ORGANIZADORES
Alexandre Morais da Rosa
Natammy Luana de A. Bonissoni

COORDENADORES
Luciene dal Ri
Rafael Padilha dos Santos
Orlando Luiz Zanon Junior

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DIREITO CONTEMPORÂNEO

CAPES
Escola de Altos Estudos - EAE
UNIVALI

AUTORES

Adriana Regina Dias Cardoso
Adriano Gonçalves Aguirre
Alexandre Morais da Rosa
Ana Luiza Colzani
Benedito Antônio Alves
Camila Savaris
Célia Regina Capeleti
Consuelo Guasque
Douglas Roberto Martins
Fabiola Wust Zibetti
Fernanda Santos Schramm
Heloise Siqueira Garcia
Hilariane Teixeira Ghilardi
Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Inês Moreira da Costa
João Henrique Pickcius Celant
Juliete Ruana Mafra Granado
Kaira Cristina da Silva
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Luiz Ricardo De Miranda
Marcos Vinicius Viana da Silva
Maximiliano Losso Bunn
Orlando Luiz Zanon Junior
Patrícia Pasqualini Philippi
Rafaela Schmitt Garcia
Raul Denis Pickcius
Rosana Aparecida Bellan
Sabrina da Silva
Saul José Busnello
Sílvia Letícia Listoni
Wilber Carlos dos Santos Coimbra
Yasmine Coelho Kunrath
Yury Augusto Dos Santos Queiroz

2016

ISBN: 978-85-7696-172-7

ORGANIZADORES

Alexandre Morais da Rosa
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

COORDENADORES

Luciene dal Ri
Rafael Padilha dos Santos
Orlando Luiz Zanon Junior

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DIREITO CONTEMPORÂNEO

ISBN: 978-85-7696-172-7

CAPES
Escola de Altos Estudos - EAE
UNIVALI
2016

Reitor
Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação
Cássia Ferri

Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa, Extensão e Cultura
Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento Institucional
Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI
Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI
Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores
Alexandre Morais da Rosa
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Coordenadores
Luciene dal Ri
Rafael Padilha dos Santos
Orlando Luiz Zanon Junior

Autores
Adriana Regina Dias Cardoso
Adriano Gonçalves Aguirre
Alexandre Morais da Rosa
Ana Luiza Colzani
Benedito Antônio Alves
Camila Savaris
Célia Regina Capeleti
Consuelo Guasque
Douglas Roberto Martins
Fabiola Wust Zibetti
Fernanda Santos Schramm
Heloise Siqueira Garcia
Hilariane Teixeira Ghilardi
Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Inês Moreira da Costa
João Henrique Pickcius Celant
Juliete Ruana Mafra Granado
Kaira Cristina da Silva
Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Luiz Ricardo De Miranda
Marcos Vinicius Viana da Silva
Maximiliano Losso Bunn
Orlando Luiz Zanon Junior
Patrícia Pasqualini Philippi
Rafaela Schmitt Garcia
Raul Denis Pickcius
Rosana Aparecida Bellan
Sabrina da Silva
Saul José Busnello
Sílvia Letícia Listoni
Wilber Carlos dos Santos Coimbra
Yasmine Coelho Kunrath
Yury Augusto Dos Santos Queiroz

Diagramação/Revisão
Alexandre Zarske de Mello
Heloise Siqueira Garcia

Capa
Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ
Presidente
Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo
Alexandre Zarske de Mello

Membros
Dr. Clovis Demarchi
MSc. José Everton da Silva
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino
Dr. Bruno Smolarek Dias

Créditos
Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI, a Comissão Organizadora E-books/PPCJ, bem como pelos professores coordenadores dos módulos da Escola de Altos Estudos: Dr. Alexandre Morais da Rosa, Dr. Paulo Márcio Cruz, Dr. Paulo de Tarso Brandão, Dr. Pedro Manuel Abreu, Dr. José Francisco de Oliveira Neto, Dr. Josemar Sidinei Soares, Dr. Marcos Leite Garcia, Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, Dra. Luciene Dal Ri.

Projeto de Fomento
Obra resultado do projeto “Escola de Altos Estudos” de fomento da CAPES com o Professor Doutor Manuel Atienza, de título e temática “A Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo", realizada em agosto de 2015 no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ.

FICHA CATALOGRÁFICA

A38 Argumentação jurídica e o direito contemporâneo [recurso eletrônico] / organizadores Alexandre Morais da Rosa, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni; coordenadores Luciene Dal Ri, Rafael Padilha dos Santos, Orlando Luiz Zanon Junior. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2016.

Livro eletrônico.
Modo de acesso: World Wide Web: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>
Incluem referências.
Varios Autores
Idioma: Português

ISBN 978-85-7696-172-7 (e-book)

1. Direito. 2. Argumentação jurídica. I. Rosa, Alexandre Morais da. II. Bonissoni, Natammy Luana de Aguiar. III. Dal Ri, Luciene. IV. Santos, Rafael Padilha dos. V. Zanon Junior, Orlando luiz. VI.Título.

CDU: 340.113

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO VII
Alexandre Morais da Rosa VII
ARGUMENTAR JURIDICAMENTE PARA VENCER 8
Alexandre Morais da Rosa 8
AS FONTES CLÁSSICAS DE DIREITO INTERNACIONAL NA ATUAL SOCIEDADE GLOBALIZADA 21
Luiz Ricardo De Miranda 21
Fabiola Wust Zibetti 21
A DISCRICIONARIEDADE E A RESPONSABILIDADE MORAL DO JULGADOR SOB A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN 39
Luiz Henrique Urquhart Cademartori 39
Fernanda Santos Schramm 39
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL SEGUNDO ROBERT ALEXY 54
Consuelo Guasque 54
CONSTITUCIONALISMO E A DECISÃO PRODUZIDA NO PROCESSO PENAL: RETÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO 68
Patrícia Pasqualini Philippi 68
Saul José Busnello 68
NEOCONSTITUCIONALISMO, ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SUSTENTABILIDADE COMO EQUAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL FRENTE AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO 89
Camila Savaris 89
O USO DA EQUIDADE PELOS MAGISTRADOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA 112
Ana Luiza Colzani 112
Marcos Vinicius Viana da Silva 112
O PÓS-POSITIVISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL 124
Rafaela Schmitt Garcia 124
JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: A OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E SEU IMPACTO NA FUNÇÃO DO MAGISTRADO 144
Hildemar Meneguzzi de Carvalho 144
A DECISÃO JUDICIAL E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA REFLEXÃO PÓS-POSITIVISTA 163
Inês Moreira da Costa 163
ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA E A VERIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NOS JULGAMENTOS A CARGO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL 184
Benedito Antônio Alves 184
Wilber Carlos dos Santos Coimbra 184

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A SENTENÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 210
João Henrique Pickcius Celant 210
Heloise Siqueira Garcia 210
A APLICAÇÃO DA EQUIDADE COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 233
Kaira Cristina da Silva 233
PRINCÍPIOS E REGRAS NO PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA 256
Célia Regina Capeleti 256
A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM MANUEL ATIENZA E A DECISÃO DO STJ SOBRE ALTERAÇÃO DO PATRONÍMICO MATERNO NO REGISTRO CIVIL EM VIRTUDE DO DIVÓRCIO 270
Yasmine Coelho Kunrath 270
COMPREENDENDO O CONSTITUCIONALISMO E SUAS MUTAÇÕES NO PARADIGMA JURÍDICO: AS SOMBRAS DO NEOCONTITUCIONALISMO 297
Juliete Ruana Mafra Granado 297
APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O USO PREDATÓRIO DA JURISDIÇÃO 319
Maximiliano Losso Bunn 319
Orlando Luiz Zanon Junior 319
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO FUNDAMENTO PARA A CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DO ATO DE APOSENTADORIA 335
Adriana Regina Dias Cardoso 335
Rosana Aparecida Bellan 335
PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO (NO JUIZ DA CAUSA OU NO JUIZ PRÓXIMO DOS FATOS): ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA 356
Douglas Roberto Martins 356
A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SEU REFLEXO PARA A SOLUÇÃO JUSTA DE CASOS 378
Hilariane Teixeira Ghilardi 378
Yury Augusto Dos Santos Queiroz 378
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 394
Adriano Gonçalves Aguirre 394
Sabrina da Silva 394
PÓS-POSITIVISMO E SUSTENTABILIDADE 417
Raul Denis Pickcius 417
Sílvia Letícia Listoni 417

APRESENTAÇÃO

A produção de conhecimento fomentada pela CAPES, via Escola de Altos Estudos, contou, no ano de 2015, com a vinda ao Brasil, do festejado Professor Manuel Atienza. Reconhecido teórico da Filosofia Analítica, participou ativamente de debates e colóquios com Professores, Doutorandos e Mestrandos dos programas de pós-graduação, dentre eles o da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI -, coordenada pelo Professor Paulo Márcio Cruz.

As atividades se desenvolveram no segundo semestre de 2015 e tive a alegria de poder compartilhar momentos com o Professor Manuel Atienza, congregando diversos professores e estudantes do Brasil e do exterior.

O resultado dos encontros está parcialmente indicado nos textos que se seguem, embora o efeito de sua viva interlocução se protraia no tempo, justamente porque muito do que foi dito precisa de tempo de acomodação. De qualquer sorte, para os fins de difusão e desenvolvimento de pesquisas sérias, que levem em conta o estado da arte no mundo, iniciativas como essas servem de esteio para o aprimoramento, efetivo, do Direito.

Entregamos, assim, ao público, os artigos que podem ser lidos em sequência ou conforme o interesse do leitor. De qualquer forma, demonstram o acerto de diálogos com o que há de mais avançado no campo do Direito.

Alexandre Morais da Rosa

Professor da UNIVALI

ARGUMENTAR JURIDICAMENTE PARA VENCER

Alexandre Morais da Rosa[1]

INTRODUÇÃO

A importância da argumentação jurídica e o Direito Contemporâneo foi o mote da recepção do Professor Manuel Atienza no ambiente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em evento patrocinado pela CAPES, na linha da Escola de Altos Estudos, no segundo semestre de 2015. Reconhecido internacionalmente como teórico analítico, Manuel Atienza nos brindou com textos e seminários sobre a importância da Filosofia Analítica, bem assim sobre a relevância de se construir teorias adequadas à realidade local.

Por isso, no texto que segue, busco reavivar a importância do discurso analítico em cotejo com o ambiente de compreensão do Direito, justamente dialogando com a obra de Manuel Atienza, para entender a importância do trajeto argumentativo em face de auditórios reais.

1. A LEITURA ANALÍTICA DO DIREITO

A importância da Filosofia Analítica no contexto do Direito Brasileiro é manifestada pela maneira que se ensina, o que se ensina, como se decide, quem decide e para que(m) se decide. Assim é que a importação, sem maiores adaptações, de modelos europeus ou americanos, exige a respectiva "tropicalização".

Compreender o caráter artificial do Direito e os mapas mentais dos jogadores mostra-se como condição de possibilidade para o entendimento dos jogos processuais, entendidos a partir da Teoria dos Jogos[2]. O Direito é Artificial por navegar pela linguagem. Inexiste algo "dado" no tocante aos significantes que serão trazidos ao contexto processual[3]. São falas técnicas, com

[1] Doutor em Direito (UFPR). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado (UNIVALI). Professor de Processo Penal (UFSC) e Juiz de Direito (TJSC). alexandremoraisdarosa@gmail.com

[2] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia **Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogo**s. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. Explora-se as possibilidades e expectativas de comportamento a partir do referencial da Teoria dos Jogos – adaptada e profanada – ,indicando-se as categorias: a) jogadores/julgadores; b) regras; c) recompensas; e d) táticas e estratégias.

[3] JAPIASSÚ, Hilton. O mito da neutralidade científica. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 63: "No processo de objetivação, a presença

teorias diversas, sentidos diferenciados, que dialogam com sujeitos (jogadores, acusados, vítimas, testemunhas, informantes, etc.) providos de mapas mentais singulares. Do jogo de sentidos acolhido pelo senso comum teórico (Warat)[4] e o sujeito individual advêm as possibilidades de atribuição, em cada contexto. Cada jogador (jogadores e julgador) processual organiza um mapa mental próprio para dar sentido à informação trazida por meio das provas, em um contexto determinado. Há um mapa do jogo processual que contém o mapa mental dos jogadores/julgadores, sem que a informação seja perfeita (total). Daí a importância da argumentação jurídica.

Por outro lado, inexiste neutralidade do sujeito ao interpretar no campo do Direito. Em qualquer uso de significantes no cotidiano forense, mesmo sem saber, esgueiram-se discursos dos mais variados matizes ideológicos, administrados, controlados, pelos portadores da fala autorizada. No discurso jurídico joga-se a luta de posições e a ingenuidade, muitas vezes, preside a adesão às orientações apresentadas[5]. Compreender esse mecanismo pode ser um ganho.

A noção que o sujeito tiver em seu mapa mental sobre Constituição[6], por exemplo, altera o peso do constrangimento que terá no futuro. Da mesma forma, Dignidade da Pessoa Humana poderá ser compreendida a partir de Kant ou Hegel, com diversas modulações[7]. E assim por diante: Teoria do Delito, do Processo, da Ação Penal, etc. (9.1.).

---

dos juízos de valor não é uma simples anomalia epistemológica, mas um dos elementos constitutivos do acesso ao saber objetivo. Este continua sendo ideal das ciências humanas. Epistemologicamente falando, toda ciência constrói o seu objeto, elabora seus dados e seus fatos. O fato puro não existe. Todo fato é construído. E a objetividade sempre se perde em pressupostos que estão longe de ser objetivos".

[4] WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luís Bolzan de Morais. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15: "Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte, canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder".

[5] ORLANDI, Eni. P. **Análise de Discurso.** Campinas: Pontes, 2013, p. 10: "Movimento de sentidos, errância dos sujeitos, lugares provisorios de conjunção e dispersão, de unidade e de diversidade, de indistinção, de incerteza, de trajetos, de ancoragem e de vestígios; isto é discurso, isto é o ritual da palavra. Mesmo o das que não se dizem. De um lado, é na movência, na provisoriedade, que os sujeitos e os sentidos se estabelecem, de outro, eles se estabilizam, se cristalizam, permanecem. Paralelamente, se, de um lado, há imprevisibilidade na relação do sujeito com o sentido, da linguagem com o mundo, toda formação social, no entanto, tem formas de controle da interpretação, que são historicamente determinadas; há modos de se interpretar, não é todo mundo que pode interpretar de acordo com sua vontade, há especialistas, há um corpo social a quem se delegam poderes de interpretar (logo, de 'atribuir' sentidos), tais como o juiz, o professor, o advogado, o padre, etc. Os sentidos estão sempre 'administrados', não estão soltos. Diante de qualquer fato, de qualquer objeto simbólico somos instados a interpretar, havendo uma injunção a interpretar. Ao falar, interpretamos. Mas, ao mesmo tempo, os sentidos parecem já estar sempre lá".

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Daí surgir o que Warat denominava de "Babel Jurídica"[8], entendida como a multiplicidade de caminhos em que o sentido pode seguir diante da eleição de uma bifurcação de sentido. A relação de pressuposição recíproca dos significantes em cadeia - tomando-se o cuidado para não se confundir com os sistemas de cognição -: (Significante 1 – Constituição – se liga ao Significante 2 – dignidade da pessoa humana – que se liga ao Significante 3 – teoria do processo, etc.) é que permite efetuar o processo de dar sentido e de argumentação. Por essa razão que sem estabelecer, minimamente, o sentido da linguagem manejada, tomamos, não raro, uma coisa por outra, criando um diálogo em línguas diversas, aparentemente sob o significante Direito Processual Penal[9]. Por isso cabe invocar o "efeito borboleta"[10], já que a mínima alteração de sentido nos significantes antecedentes compromete os demais. Não há suposto saber no silêncio e por isso os requisitos mínimos da decisão indicados pelo NCPC (art. 489) são importantes para democratização da decisão.

Estamos, assim, para além das "Condições Normais de Temperatura e Pressão Hermenêuticas" (CNTPH)[11]. O senso comum nega o caos e a incerteza no Processo Penal a partir de mantras cristalizados, lugares comuns, heurísticas, vieses, presunções, etc. Operam, em sua imensa maioria, com categorias essencialistas, capazes de dar a resposta antes das perguntas e do contexto hermenêutico[12], também não problematizado. Acreditam em sujeitos médios do Direito. Será necessária, então, certa dose de coragem e menos romantismo para compreender as particularidades do Processo Penal e da Teoria de Tomada de Decisão, informada para além de Cantor.

---

[8] WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[9] HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002; **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**: Comunicação Processual à luz da Filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014. A Teoria da Ação Comunicativa parte da estrutura de que quem argumenta presume que ela pode ser justificada em quatro níveis: a) o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocadas no uso do idioma; d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor. Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida. DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas:** A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005.

[10] O Efeito Borboleta é uma noção criada por Edward Lorenz, meteorologista americano, e utilizada pela teoria do caos para demonstrar a sensibilidade das condições iniciais em sistemas caóticos, a saber, pequenas perturbações nas condições iniciais como um bater de asas de uma borboleta no Rio de Janeiro poder desencadear um tufão no Japão.

[11] MORAIS DA ROSA, Alexandre. As decisões estão nas Condições Normais de Temperatura e Pressão Hermenêuticas? **CONJUR**, 4 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-04/limite-penal-decisoes-penais-sao-proferidas-cntph web>.

[12] MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do Direito:** indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; D. LÓPEZ M. **La teoria impura del derecho.** Bogotá: Legis, 2004, p. 129-130 "un formalismo de textos y conceptos jurídicos [...] uma comprensión que piensa que no existe, al interior del derecho, uma dimensión independiente de justicia o equidade, que el derecho es basicamente una actividad destinada a examinar textos pré-existentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades, que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que em el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables para llenarlos".

Logo, a montagem do argumento depende da antecipação de sentido que possa ser dado pelos jogadores. É preciso obter informação qualificada sobre o modo, as teorias e a forma como pensam os que interagem no jogo processual, bem assim em quais são as recompensas, mais próximo do mundo real[13] e não deslizamentos imaginários. Precisamos compreender o caráter dinâmico e contextual da argumentação jurídica.

2. QUEM É O AUDITÓRIO A SE CONVENCER?

Se no processo é necessário convencer o julgador, a argumentação jurídica ganha protagonismo. No jogo processual, então, devemos estar vinculados aos mecanismos de persuasão e convencimento. Cada jogo de linguagem é único, sendo necessário inventariar quais os meios de persuasão disponíveis, no contexto da situação comunicativa apresentada, em face da matriz processual (jogadores, julgadores, regras, recompensas, táticas e estratégias)[14]. Daí o papel relevante da construção de argumentos, uma vez que será necessário fundamentar, apresentar os argumentos incidentes no caso penal, bem assim o julgador precisará justificar o acolhimento ou rejeição. Aliás, as alegações finais servem justamente para propiciar este debate em contraditório, embora alguns entendam seu caráter ornamental.

A pretensão é a de convencer o auditório (juiz ou Tribunal), a partir de recursos lógico-formais-pragmáticos na e pela linguagem, de que a melhor compreensão do caso é a apresentada. Essa articulação, todavia, não se restringe aos aspectos jurídicos, dado que a compreensão também dialoga com mecanismos de cognição, psicológicos, sociológicos, dentre outros. A ampliação da argumentação jurídica, portanto, pode ser um dos caminhos para melhor compreensão do resultado. Isso significa que a lógica formal será necessária, mas não suficiente para o êxito. A antecipação dos possíveis contra-argumentos mostra-se como necessária. Vigora a plena dinamicidade argumentativa.

---

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR. **Direito Penal Brasileiro** – primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 65-66: "É impossível uma teoria jurídica, destinada a ser aplicada pelos operadores judiciais em suas decisões, que não tome em consideração o que verdadeiramente acontece nas relações sociais entre as pessoas".

[14] VATTIMO, Giani. **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milán, 1993, p. 54; RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica:** técnicas de persuasão e lógica informal. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13; RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica:** técnicas de persuasão e lógica informal. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13; MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19; VOESE, Ingo**. Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29; ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 33.

Por mais que se possa acolher o modelo hermenêutic[15], a ampla maioria dos juristas opera com base na lógica da argumentação jurídica de viés analítico. Logo, mostra-se relevante operar no ambiente analítico[16]. O que importa demonstrar é a relevância da temática para que se possa jogar de maneira mais consolidada nos jogos processuais.

Não se trata de mero debate, mas de cadeias de argumentação em que há objetivo por parte dos jogadores e uma pontuação pelo julgador, capaz de atribuir o sentido da produção probatória e da imputação no ato decisório. Para que a argumentação possa operar é necessário compreender o mapa mental dos jogadores e o contexto da decisão. As consequências e inferências serão de fundamental importância para o êxito das táticas e estratégias[17].

Terei como objeto o Direito Processual Penal como modelo de aplicação da argumentação. E o processo penal será o palco em que os argumentos travarão a batalha[18]. Importante, no compreensão, a distinção formulada por Peczenik[19] entre o sentido da norma "prima facie" (PF) e "tendo tudo em conta" (TTC), ou seja, em que a percepção universal do sentido ganha novos matizes no contexto de uma singularidade.

Logo, de suma relevância a obtenção de informação qualificada sobre os contextos[20] e, no caso da distinção operada por Peczenik, podemos autorizar que a compreensão "prima facie"

---

[15] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

[16] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU, v. 1, 2010; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014; GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011; PERELMAN, Chaïm. **Tratado de Argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HOLMES JR, Oliver Wendell. **La senda del derecho.** Trad. José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012; REDONDO, María Cristina; SUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Estado de Derecho y Decisiones Judiciales.** Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009; LAPORTA, Francisco J; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. **Certeza y precedcibilidad de las relaciones jurídicas**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009; MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010; AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica.** Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010; BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos em la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

[17] RAPOPORT, Anatol. **Lutas, Jogos e Debates.** Trad. Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998, p. 207: "Aqui devemos assinalar a diferença entre debate e argumentação. Se tento convencer ou desconvencer alguém apresentando fatos ou chamando atenção para cadeias de consequências lógicas, estou argumentando. O sucesso da argumentação depende de que os fatos sejam examinados e de que a cadeia de consequências lógicas seja verificada".

[18] BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo:** Comunicação Processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

[19] PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason. Springer Science+Bussines Media Dorderech**, 1989, p. 114 e sgts.

20 DIJK, Teun A. van. **Discurso e Contexto: uma abordagem sociocognitiva**. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2012.

somente ganha operatividade em um contexto situado no tempo[21], no espaço, e com seus jogadores determinados, que será o ponto inicial do sentido que advirá no processo argumentativo.

Os pontos de partida dos jogadores podem ou não ser compartilhados, instaurando-se, a partir de então, alternativas de sentido, ambos – muitas vezes - justificados legalmente. Talvez se possa defender um sentido "prima facie" de textos normativos, mas será somente no contexto real de um jogo que o sentido transitará em julgado, embora a expectativa seja a prevalência do modelo acolhido pelos intérpretes autorizados do senso comum teórico dos juristas (Warat).

Ao invés de simplesmente negar os argumentos do adversário, de modo geral, a tática mostra-se inviável se a pretensão for a de o convencer. É que o enfrentamento (choque de versões) coloca o lugar de antagonista. Assim é que a reconstrução lógica do argumento do adversário, em cadeias de argumentação, mostra-se como necessária para sua relativização. Pode-se, com esse modo de articulação, caminhar-se junto e, no ponto em que há divergência, sublinhar a dissonância. Desconsiderar toda sua argumentação é uma tática equivocada. Por exemplo, em caso de roubo, em que a tese defensiva seja a negativa de autoria, o caminhar argumentativo pode se postar somente na ausência de provas da autoria. Mas, talvez, reconhecer que o crime existiu, que há prova de que aconteceu, bem assim de que havia elementos mínimos para propositura da ação penal, mas que restaram arredados exclusivamente no tocante à autoria pelos argumentos x e y. Isso porque ao aceitarmos o desafio antecedente de "ver" o mundo como o adversário "pinta", o convidamos a "ver" o mundo conforme nossos "olhos", dando ensejo ao reconhecimento empático de similitude racional. Esse último modelo argumentativo faz com o argumento final seja ouvido pelo adversário, não implica em descrédito, com a possibilidade maior de êxito. Aparenta que compreendemos e reconhecemos a sua forma de pensar, com as divergências tópicas que nos implicam em outra conclusão. Claro que o contexto do jogo ganha relevância. O detalhe de como se diz as mesmas coisas pode fazer toda a diferença. Não significa que, necessariamente, o jogador adversário terá "ouvidos" para nossos argumentos, mas sabemos que em alguns casos podemos pelo menos nos fazer ouvir. Reside na dificuldade em se escutar um dos maiores desafios da argumentação jurídica, posta de maneira selvagem. Somente assim se pode abrir ensejo de "capitulação" e êxito da estratégia.

[21] AARNIO, Aulis. Una única respuesta correcta? *In*: AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010, p. 9-45.

3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM MANUEL ATIENZA

Para argumentação jurídica de cariz analítico[22], o Direito é concebido como empresa dirigida à resolução (ou ao tratamento) de certos tipos de problemas em que a argumentação é o meio para a tomada de decisões. No campo do jogo processual as deliberações precisam ser motivadas e, por isso, a discussão sobre as razões passíveis de manejo e acolhimento ganha destaque. Assim, argumentar e decidir são facetas de uma mesma realidade.[23] Participar da atividade argumentativa por meio da linguagem (oral ou escrita) deve se pautar pelas razões (boas e ruins) que se pode suscitar, para além do uso da força física e das coações psicológicas.[24]

Manuel Atienza distingue 3 (três) concepções de argumentação: (a) formal; (b) material; e, (c) pragmática. A argumentação formal é a lógica, em que as inferências e a deduções implicam o trajeto entre as premissas e as conclusões, tratando-se, no fundo, de esquemas argumentativos[25], em que apresenta duas limitações: (i) ausência de preocupação com o conteúdo; e (ii) a insuficiência dos esquemas argumentativos para dar conta de todos os casos[26]. Nem por isso podem ser desprezados, já que os esquemas podem ordenar os argumentos, auxiliar na interpretação e conceituação, bem assim ensejar um critério para o controle dos argumentos. Já a argumentação material investe no conteúdo do argumento (se é bom ou ruim) em face da produção de crença ou como estímulo para realização de determinada ação, conforme o mapa mental dos jogadores/julgadores.[27] Embora possa se valer da argumentação formal, deve-se comprometer com a 'verdade' dos argumentos para só então justificar a conclusão. Por fim, na argumentação pragmática, diferentemente das duas primeiras em que o trabalho se dá, basicamente, pelo próprio sujeito, surge a interação humana entre os argumentantes, em que o êxito depende da capacidade de convencimento ou persuasão do antagonista, com respeito a certas regras.[28] Pode se dar pela retórica, centrada na ideia de persuadir/convencer o auditório, em que a postura é estática, ou dialética, entre o proponente e o oponente, com a dinamicidade

[22] Adotarei a matriz de ATIENZA, Manuel, citado na sequência, assim como outros autores que dialogam com essa mesma base lógica.

[23] ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006, p. 61-62.

[24] ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel Derecho. 2012. p. 270. CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. In: **Genesis; Revista De Direito Processo Civil**, Curitiba, n. 23, jan/marc. 2002, p. 193-194: "O choque das espadas é substituído, com civilidade, pela polêmica dos argumentos; mas estes representam, neste contraste, o furor de uma partida. Razão se dará a quem souber melhor raciocinar e, se ao final o juiz outorgar o triunfo a quem melhor souber persuadí-lo com sua argumentação, pode-se dizer que o processo transformou-se, de brutal encontro de impetuosos guerreiros, em jogo sutil de engenhosos raciocínios".

[25] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 89.

[26] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 176.

[27] ATIENZA, Manuel**. El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 271.

[28] ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

do diálogo.[29]

A Teoria da Decisão, aliás, ganhou o impacto recente (Novo CPC) e ainda não assimilado, da necessidade de fundamentação efetiva, com o esclarecimento, por conceitos operacionais (COP)[30], de cada significante utilizado no decorrer da decisão. A invocação genérica da "equidade", "Justiça", "Proporcionalidade", "Legalidade", enfim, das noções jurídicas, não poderá mais se dar pela superficial indicação da palavra, porque será necessário esclarecer, naquele caso, em sua singularidade, o cabimento e extensão do sentido. O duplo viés deve se dar pela universalização da noção jurídica invocada e pela singularização à hipótese em julgamento, com dever de coerência futuro (mesmo caso, igual resposta)[31]. O desafio é levar a sério a fundamentação democrática, por razões sólidas e capazes de justificar o trajeto da decisão.[32]

Reside, contudo, nas recompensas do julgador a chave oculta para acolhimento/rejeição dos argumentos, uma vez que a maneira como se situa no plano do Direito (conformista, alheio ou crítico), faz com que mesmo os melhores argumentos do ponto de vista individual e democrático, sofram as influências de pressões ideológicas[33] e estatísticas. Um exemplo pode facilitar: um juiz abolicionista poderia não condenar ninguém. A sua ação estaria em desconformidade com o discurso ideológico dominante e, portanto, seria considerado ilegítimo, com represálias de toda a ordem. Por isso, operando dentro do sistema, precisa "dançar" com o discurso ideológico padrão para promover o que se denomina redução de danos.

A argumentação judicial, ademais, possui características específicas, dado que não se trata de mera opinião do sujeito julgador, mas da aplicação do Direito em sua autonomia, em face das pretensões de validade apresentadas pelos jogadores, devendo, de qualquer forma, estar justificadas motivadamente, ou seja, das razões que podem apresentar em suas decisões.[34] A articulação dos argumentos, todavia, é ideologizada. Muitos não gostam da invocação da ideologia pela carga negativa que ostenta. Insistirei no tema já que a escolha antecedente dos argumentos

[29] ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 272.

[30] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 34.

[31] REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico).** Barcelona: Ariel, 2012, p. 140.

[32] REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico).** Barcelona: Ariel, 2012, p. 141.

[33] WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, v. I. Trad. José Luis Bolzan de Morais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 100: "Nenhum discurso jurídico será considerado significativamente legítimo se contradizer as formas axiológicas dominantes." [...] "Um juiz para produzir uma decisão seleciona seus argumentos não só tratando de persuadir sobre o tecnicismo sua decisão, mas também atendendo à função socializadora que a sua sentença passará a cumprir. A argumentação judicial é sempre uma instância reprodutora dos valores dominantes".

[34] ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 277.

por parte dos jogadores gerará – a prevalecer a Nova Teoria da Decisão – o conjunto de argumentos possíveis de utilização na decisão judicial. Será vedado ao julgador invocar um argumento não trazido pelos jogadores e debatido em contraditório previamente. Isso porque existem diversos esquemas mentais, heurísticas e vieses que operam silenciosamente no modo pelo qual se decide, isto é, podem ser determinantes no resultado e não serão manifestados nas decisões. Há um pano de fundo ideológico, sociológico, psicológico, econômico, subjetivo que deve ser monitorado, já que pode ser o critério decisivo da decisão, embora, muitas vezes, não apareça. Nesse sentido, a argumentação bem manejada por antecipar o uso desses critérios ocultos.

O protagonismo dos jogadores em suscitar os melhores argumentos demanda preparação, conhecimento do contexto do caso penal, bem assim do mapa mental dos jogadores. Não se trata de argumentação proferida para multidão desconhecida. O inventário das possibilidades de compreensão e das recompensas dos jogadores/julgadores é que qualifica o jogador. Deve-se manter o foco nas recompensas do julgador. A limitação da memória de trabalho pode impedir a compreensão adequada dos argumentos, bem assim a qualidade da atenção dispensada pelo julgador e jogadores. O monitoramento do modo como o subjogo probatório se desenvolve é importantíssimo. Apresentar um argumento matador no momento em que o juiz está distraído pouco significa.

É necessário perguntar-se como fazer para entender o mapa mental do adversário. Com informação qualificada sobre seu mapa mental a tarefa pode se dar mediante a procura em nós mesmos das deficiências nossas e dos adversários, mudando-se de lugar. Enfim, pensar como ele pode estar pensando. Não raro o jogador adversário e o julgador nos parecem cabeça-dura, inflexível e cruel, por exemplo, sem nos darmos conta que neste exato momento ele pode estar fazendo a mesmíssima leitura de nós. Muitas vezes nosso juízo crítico sofre de cegueira de proximidade, a saber, somos tão nós mesmos que não conseguimos ver nossas deficiências. Será que não nos parecemos com ele na nossa postura? Modificar esta abordagem pode significar ouvir e sermos ouvidos. Claro que enfrentaremos jogadores que pensam que tudo se resume a jogos de poder, estratégia, táticas e manobras para vitória. Retirar o adversário de suas certezas exige esforço nada desprezível, assim como não deve ser relevado como desimportante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão do artigo foi demonstrar a importância da argumentação jurídica, de cariz analítico, no contexto de como se decide no ambiente brasileiro[35]. Não se trata de respostas antes das perguntas, nem de relegar o contexto da decisão para segundo plano, mas sim de reconhecer que diante do decisionismo, sem limites rígidos (e impossíveis), precisamos compreender a dimensão da argumentação jurídica em face de auditórios, no que a proposta de Manuel Atienza deve ser levada em conta.

É que por ausência de constrangimentos epistemológicos, morais, éticos, enfim, das bordas do Direito, desprovidos de coerção, a teoria da tomada de decisão desliza para adesão subjetiva, de compromisso e de inteligência[36] dos jogadores e dos julgadores. Assim, acolhendo como tese preliminar, a prevalência das recompensas como fator decisivo do modelo de tomada de decisão, busquei articular instrumental capaz de indicar as expectativas de decisão dominante/dominada a partir da Teoria dos Jogos.

Reconheça-se a Teoria da Decisão proposta pelo campo[37] do Direito e também sua insuficiência. Indica-se, então, novas coordenadas para que se possa compreender "como" e "com que fatores reais" a decisão acontece em cada contexto singular, ou seja, valendo-me da distinção formulada por Peczenik[38] entre o sentido da norma "prima facie" (PF) e "tendo tudo em conta" (TTC). Busca-se ampliar o horizonte de sentido com a explicitação dos mecanismos diversos, dependentes dos contextos reais em que o sentido advirá.

---

[35] POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011, p. 12: "Con todo, me resulta llamativo, sin embargo, lo poco realistas que son las concepciones acerca de los jueces defendidas por esa mayoría de gente que nunca ha sido juez, incluyendo aquí a abogados e ilustres juristas académicos, e incluso también a algunos jueces. Esta falta de realismo resulta de una diversidad de factores, entre ellos, las diferentes perspectivas de las diferentes ramas de la profesión jurídica, y también una cierta carencia de imaginación. Se debe también al hecho de que la mayor parte de los jueces son cautelosos, incluso evasivos, a la hora de hablar acerca de lo que hacen. Tienden a repetir como autómatas la visión oficial del proceso judicial (y a decir que está fuertemente vinculado por reglas) y a menudo se lo creen apesar de que no describe su práctica efectiva. También se tiene la sensación de que juzgar es realmente una profesión diferente a la de la práctica de la abogacía o a la de la enseñanza del Derecho, y que uno sólo la entiende si alguna vez la ha ejercido".

[36] STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Trad. Anna Maria Luche. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 474: "Inteligência é a capacidade para aprender com a experiência, usando processos metacognitivos para incrementar a aprendizagem e a capacidade para adaptar-se ao meio ambiente que nos cerca. Pode exigir adaptações diferentes no âmbito de contextos sociais e culturais diferentes".

[37] BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1983; OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. **Violência Simbólica:** o controle social na forma da lei. Porto Alegre: EdiPuc-RS, 2014.

[38] PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Springer Science+Bussines Media Dorderech, 1989, p. 114 e sgts.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. Una única respuesta correcta? *In*: AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010, p. 9-45.

AARNO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010;

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel Derecho. 2006.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1983.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo:** Comunicação Processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos em la teoría y práctica del Derecho.** Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

D. LÓPEZ M. **La teoria impura del derecho**. Bogotá: Legis, 2004.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e Contexto:** uma abordagem sociocognitiva. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2012.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas:** A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005.

GÜNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **La senda del derecho**. Trad. José Ignacio Solar Cayón. Madrid: Marcial Pons, 2012.

JAPIASSÚ, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

LAPORTA, Francisco J; MANERO, Juan Ruiz; RODILLA, Miguel Ángel. **Certeza y precedcibilidad de las relaciones jurídicas.** Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do Direito:** indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. As decisões estão nas Condições Normais de Temperatura e Pressão Hermenêuticas? **CONJUR**, 04 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-04/limite-penal-decisoes-penais-sao-proferidas-cntph>.

MORESO, José Juan; PRIETO SACHÍS, Luis; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los desacuerdos em el Derecho**. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2010.

ORLANDI, Eni. P. **Análise de Discurso**. Campinas: Pontes, 2013.

OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. **Violência Simbólica**: o controle social na forma da lei. Porto Alegre: EdiPuc-RS, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECZENIK, Aleksander. **On Law and Reason**. Springer Science+Bussines Media Dorderech, 1989.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado de Argumentação**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2011.

RAPOPORT, Anatol. **Lutas, Jogos e Debates**. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998.

REDONDO, María Cristina; SUCA, José María; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Estado de Derecho y**

Decisiones Judiciales. Madrid: Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009.

REGLA, Josep Aguiló. **Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico).** Barcelona: Ariel, 2012.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação jurídica:** técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Trad. Anna Maria Luche. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

VATTIMO, Giani. **Enciclopedia Garzanti di Filosofia**. Milán, 1993.

VOESE, Ingo. **Um estudo da argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, v. I. Trad. José Luis Bolzan de Morais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luís Bolzan de Morais. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR. **Direito Penal Brasileiro – primeiro volume.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

AS FONTES CLÁSSICAS DE DIREITO INTERNACIONAL NA ATUAL SOCIEDADE GLOBALIZADA

Luiz Ricardo De Miranda[1]

Fabiola Wust Zibetti[2]

Il n'ont pas l'idée que c'est um autre monde où ils pénètrent et comme un milieu baigné d'une autre lumière, et que, s'ils y entraînent avec eux leur atmosphère, tout ce qu'ils essayeront de voir se trouvera déformé par une réfraction vicieuse. [...] [Il] convient de nous dégager de nos habitudes intellectuelles, de renoncer à nos cadres tout faits, de nous laisser pénétrer lentement par les choses elles-mêmes et de démêler leur logique propre, au lieu de les plier à une méthode qui n'a pas été faite pour elles.[3]

Émile Boutmy

INTRODUÇÃO

No trecho em destaque, Boutmy[4] adverte, com sutileza quase poética, acerca dos perigos a serem evitados pelo comparatista ao apreender o direito estrangeiro: automaticamente levados a traduzir o outro segundo sem considerar sua lógica própria, invariavelmente subtraindo-lhe a essência. Essa passagem redigida no século XIX tem aplicabilidade ainda na atualidade, irrompendo a outras áreas do conhecimento que aplicam o método comparativo como ferramental, como é o caso do direito internacional - disciplina não vinculada a um sistema jurídico determinado, mas particularmente sensível à ação do tempo.

[1] Doutor e Mestre em Development Studies pela Université de Nice Sophia Antipolis e Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi visiting scholar na American University - Washington College of Law durante o primeiro semestre de 2012 (especialização em direito internacional dos investimentos). Bacharel em direito pela PUC/SP. Advogado.

[2] Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Pós-Doutorado pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pelo Centro Ibero-Americano, vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Professora do quadro permanente de docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, Brasil. Professora Convidada da Escola de Negócios da Universidad Mayor e do Programa de Mestrado em Estratégia Comercial e Política Comercial, do Instituto de Estudos Internacionais, da Universidade do Chile, Chile. E-mail: fwzibetti@gmail.com

[3] BOUTMY, E. **Études de droit constitutionnel**. Paris: Plon, 1888. pp. 84-85. Disponível em: <http://archive.org/stream/tudesdedroitcon01boutgoog#page/n105/mode/2up>. Acesso em: 10 mar. 2016.

[4] BOUTMY, E. **Études de droit constitutionnel**. Paris: Plon, 1888. pp. 84-85. Disponível em: <http://archive.org/stream/tudesdedroitcon01boutgoog#page/n105/mode/2up>. Acesso em: 10 mar. 2016, p. 84-85.

Logo nas primeiras linhas de seu clássico "Mudança na Estrutura do Direito Internacional", Friedmann oportunamente destaca que "a finalidade da lei é ordenação das relações sociais, todo o sistema jurídico deve refletir os princípios da ordem social que procura regulamentar"[5]. Muito mais que fixar um princípio elementar, Friedmann conecta de maneira inexorável o direito, a sociedade e a história. Com base nisso, leva-se a crer que o estudo do direito, particularmente do direito internacional, não pode prescindir do elemento histórico[6]. Diante disso, em um trabalho que tenha a teoria das fontes do direito internacional como objeto a análise histórica um de seus sustentáculos se revela fundamental.

Daí a pertinência do alerta inicial feito por Boutmy. Ainda que se sinta tentado a automaticamente transpor conceitos familiares, ao se analisar o direito com fundamento na perspectiva histórica, é fundamental estar atento às naturais transformações que determinados institutos possam sofrer ao longo do tempo. Conquanto essencial à compreensão do fenômeno jurídico, há que se lembrar que a história permite uma visão instantânea de determinado instituto jurídico em determinada época, sem necessariamente descrever as suas feições atuais, ao menos não de forma isolada. Por efeito, tentar retorcer os fatos a fim de encaixá-los em conceitos preconcebidos apenas confere uma ideia parcial da realidade: "*tout ce qu'ils essayeront de voir se trouvera déformé par une réfraction vicieuse*"[7].

Nesse mesmo sentido, ao reconhecer que períodos de transição tão intensa vivenciados pela sociedade podem revelar-se especialmente confusos, Castells adverte que "as categorias intelectuais que usamos para compreender o que acontece à nossa volta foram cunhadas em circunstâncias diferentes e dificilmente podem dar conta do que é novo referindo-se ao passado"[8]. É exatamente esse o perigo que se deve evitar ao se confrontar com uma análise histórica.

Diante desse contexto, o presente trabalho dedica-se ao estudo das fontes do direito internacional, considerando as transformações desse direito ao longo da história, sobretudo, mais

[5] FRIEDMANN, W. **Mudança da estrutura do direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 7.

[6] "At present, in very many cases, if we want to know why a rule of law has taken its particular shape, and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition. We follow it into the Year Books, and perhaps beyond them to the customs of the Salian Franks, and somewhere in the past, in the German forests, in the needs of Norman kings, in the assumptions of a dominant class, in the absence of generalized ideas, we find out the practical motive for what now best is justified by the mere fact of its acceptance and that men are accustomed to it. The rational study of law is still to a large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know." HOLMES, O. W. **The Path of the Law**. (in 10 Harvard Law Review 457, 1897). Disponível em: http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2013.

[7] BOUTMY, E. **Études de droit constitutionnel**. Paris: Plon, 1888. pp. 84-85. Disponível em: <http://archive.org/stream/tudesdedroitcon01boutgoog#page/n105/mode/2up>. Acesso em: 10 mar. 2016, p. 83.

[8] CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. i (prefácio à edição 2010).

recentemente, com o fenômeno da globalização – um dos fenômenos que mais contribuíram nos últimos tempos para transformar as bases dos sistemas jurídicos, conforme destaca Manuel Atienza.[9] Em especial, este estudo tem como objetivo analisar a aplicação das fontes clássicas de direito internacional confrontadas às novas demandas da sociedade globalizada.

Para o desenvolvimento dessa análise, organiza-se este artigo em três seções. Na primeira seção, aborda-se a temática das fontes clássicas, relacionando-as com os valores que orientavam a sociedade internacional. As transformações desses valores em decorrência do fenômeno da globalização e seus impactos sobre o direito internacional são examinados na segunda seção. Os novos temas que emergem no marco do direito internacional, cuja aplicação das fontes clássicas parece encontrar limites, são analisados na terceira seção deste artigo. Ao final, destacam-se algumas considerações sobre as limitações da aplicação das fontes do direito internacional na atualidade.

1. AS FONTES CLÁSSICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

No marco das fontes, os tratados, costumes e princípios gerais do direito são reconhecidos como fontes clássicas de direito internacional. A técnica contratual desenvolvida na elaboração dos tratados é capaz de fornecer traços marcantes das normas internacionais - na medida em que destaca de forma detalhada alguns aspectos de seu objeto -, ao passo que o costume, os princípios gerais de direito e a equidade tendem a preencher os vazios, muitas vezes inacessíveis ao acordo de vontades[10].

A ausência de hierarquia entre as diferentes fontes é uma característica reconhecida pelos intérpretes do direito internacional[11]; contudo, em algumas ocasiões, pode haver a sobreposição de fontes. A própria codificação do direito dos tratados reconhece isso. Inicialmente de natureza costumeira, as regras que regem a elaboração dos tratados foram continuamente detalhadas, primeiro por meio de iniciativas regionais, como a Convenção de Havana[12], posteriormente

[9] ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más:** outra forma de pensar el derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, p. 27.

[10] Ver: DINH N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002; Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas).

[11] Ver DINH et al. 2002; ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, P. B. **Manual de direito internacional público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[12] BRASIL. **Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929**. Promulga seis convenções de direito internacional publico, approvadas

globais, como a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados[13]. A própria Convenção de Viena não é imune aos efeitos do tempo e inevitavelmente a ela serão no futuro adicionados elementos derivados da integração de novas práticas, sejam essas novas práticas oriundas do contínuo desenvolvimento dos meios de comunicação ou da integração de outra inovação no seio da sociedade.

Na prática, contudo, a produção normativa não tem o tempo como seu aliado: até mesmo as fontes de natureza contratual obedecem a um rito, um período de gestação que pode se revelar bastante longo. Exemplo disso, uma vez mais, é o próprio direito aplicável aos tratados. Uma das primeiras tentativas de codificá-lo no século XX deu origem ao *Harvard Draft on the Law of Treaties*, anteprojeto elaborado pelo departamento de pesquisa em direito internacional daquela instituição. Retomado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, esse tema passou pelas mãos de diversos relatores – Brierly (1951), Lauterpacht (1951-1954), Fitzmaurice (1955-1961), Waldock, a partir de 1961 – até que um compromisso acerca do texto final foi obtido. Em 1969, após quase duas décadas de discussão, o texto final foi adotado, mas sua entrada em vigor ocorreria somente 1980, quase três décadas do início dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional[14].

No que concerne ao costume, em virtude de sua própria natureza, não se verifica maior brevidade em sua consolidação. A despeito de algumas teorias que preconizam a relativização do componente temporal em sua formação, o que pode levar, por mais paradoxal que tal posição possa parecer, a uma espécie de costume de formação imediata -, a transformação de uma prática reiterada em direito pelo decurso do tempo continua a ser um de seus elementos estruturantes.

Numa sociedade internacional orientada segundo uma lógica jurídica centrada na figura dos Estados e estruturada a partir da noção de soberania, as fontes clássicas sempre se mostraram aptas a garantir a produção normas jurídicas. Tampouco a mudança de fundamentação do direito internacional, que no século XIX teve como repercussão a ascensão dos tratados em detrimento

---

pela Sexta Conferencia internacional americana. Publicado no D.O.U. em 12 de dezembro de 1929. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>. Acesso em: 10 mar. 2016.

[13] BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Publicado no D.O.U. em 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

[14] Ver: VILLIGER, Mark E. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treatie***s*. Leiden/ Boston: Martinus Nijgoff Publishers, 2009. ORAKHELASHVILI, Alexander; WILLIAMS, Sarah. **40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties**. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2010; BRIERLY, J. L. **Direito Internacional**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979.

do até então prevalente costume alterou essa realidade.

A emergência do positivismo voluntarista, naquele dado momento histórico, não pode ser justificada de forma razoável unicamente em função de uma mudança de orientação teórica do direito internacional. O que parece ter havido ao longo de todo o século XIX, em especial durante a sua última metade, foi a intensa busca por teorias que melhor se adaptassem às aspirações políticas de uma sociedade em plena mutação[15].

Numa conjuntura caracterizada pela conjugação do ascendente nacionalismo com a crescente intensificação das relações internacionais, as demandas por refinamento técnico do direito internacional, de fato, encontraram no positivismo voluntarista os elementos ideais para satisfação de suas necessidades. O emprego dos conceitos oriundos do direito natural pelos revolucionários franceses não favoreceu a aceitação dessas teorias em um mundo dominado por ideais contrarrevolucionários. No século XIX, em um contexto caracterizado pelo cientificismo, a primazia do positivismo em detrimento do direito natural parecia até mesmo lógica: em um novo mundo altamente intelectualizado em que o progresso científico havia consagrado o empirismo, esperava-se do direito internacional nada menos que uma palpável fundamentação factual[16].

A mudança de fundamentação do direito internacional naquele momento não significou, ao menos não imediatamente, uma alteração de sua estrutura. Nessa época, o direito interacional permanecia sendo um tema reservado às entidades estatais e, a despeito do esforço argumentativo hercúleo para se adaptar formalmente o costume à fundamentação voluntarista, as fontes – conquanto tivesse ocorrido uma alteração na preferência de umas em detrimento de outras – continuavam a organizar eficazmente as relações internacionais[17].

Com efeito, não obstante um visível processo de mudança já estivesse em marcha, o direito fundava-se nos mesmos fatores que haviam servido de base à edificação do modelo vestfaliano: elementos como território, contrato e propriedade não somente ilustravam os valores de

[15] Ver: NUSSBAUM, A. **A concise history of the law of nations**. New York: Macmillan Co., 1947; CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[16] "On the European Continent, where the doctrine of the law of nature had won such notable triumphs, it not only was defeated but fell into utter disrepute. Political bias was a factor in this phenomenon: the law of nature, having furnished the conceptual weapons for the French Revolution, became an easy target of the theorists of the counterrevolution. Moreover, the speculative methods of the natural-law school harmonized but little with the intellectual climate of a century in which physical science had so conspicuously demonstrated the value of observation and painstaking research. In international law, too, theories had to be based upon the solid foundation of fact." (NUSSBAUM, A. **A concise history of the law of nations**. New York: Macmillan Co., 1947, p. 223-224).

[17] NUSSBAUM, A. **A concise history of the law of nations**. New York: Macmillan Co., 1947.

sociedades profundamente calcadas no individualismo, mas também, na esfera externa, orientavam a concepção de uma sociedade internacional edificada em torno do critério da soberania[18].

Os efeitos das grandes revoluções do século XVIII, embora já presentes no século XIX, seriam sentidos com maior energia no século seguinte. Isso porque, embora tivessem afetado de forma profunda as relações sociais da época, aquelas revoluções não produziram (ao menos não imediatamente) o impacto correlativo na noção de soberania, sobretudo em sua acepção externa[19].

Em termos estruturais, a lógica inerente a uma sociedade internacional composta unicamente por entidades soberanas e regida por normas fundadas no voluntarismo delineava os contornos de um direito caracterizado pela justaposição de soberanias, no qual o elemento territorial possuía valor fundamental[20]. Em tal contexto, não havia espaço para outros sujeitos senão Estados soberanos; cada um deles proclamando sua autossuficiência para gerir um segmento do globo.

Por conseguinte, diante de um panorama desprovido das interferências provenientes de outros entes não estatais, não se evidenciava a necessidade de outras fontes, além daquelas clássicas, para consolidar os compromissos internacionais e organizar a convivência social. Contudo, àquela época, as mudanças nas bases que fundamentam o direito internacional já estavam ocorrendo.

2. O DIREITO INTERNACIONAL EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

No último século, o mundo passou por transformações extraordinárias. A despeito da

[18] Ver: NUSSBAUM, A. **A concise history of the law of nations**. New York: Macmillan Co., 1947; CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008; DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002.

[19] "*Le nouvel Etat national hérite donc tous les attributs de l'Etat princier. Sur le plan international, il reste un Etat souverain comme son prédécesseur. Par-là même, le système interétatique est épargné parce qu'il a été établi par et pour les Etats souverains. La Révolution et l'Ancien Régime se rejoignent dans le même culte de l'étatisme*." (DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 62)

[20] "O sistema de Estados modernos é composto de unidades soberanas, coordenadas e justapostas. Os Estados individuais não são *órgãos* do sistema de Estado, dado que não são postulados e investidos de poderes por ele; os Estados não derivam suas prerrogativas de governo do sistema de Estados, mas possuem-nas, outrossim, a título igual e autodeterminado. Os Estados não *pressupõem* o sistema, *geram-no*. A boa ordem que possa existir nas relações entre tais unidades não resulta da submissão de todas elas a um poder que as transcende, mas da observância voluntária e concorrente de certas formas de conduta mútua, na consecução por cada Estado de seus próprios interesses". (POGGI, G. **A evolução do Estado moderno**: uma introdução sociológica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, pp. 97-98)

ausência do necessário resgate histórico - fator que dificulta sobremaneira a apreensão da real extensão dessas mudanças -, pode-se caracterizar este período pelo rompimento de alguns paradigmas locais e temporais[21].

Inobstante a diversidade inerente a terminologia "globalização", alguns pontos de consenso (ou quase consenso) podem ser indicados. Quanto a seus traços essenciais, o elemento comum a qualquer análise acerca da globalização parece ser a informação: "a revolução tecnológica da informação e tudo o que ela conota em termos de comunicação instantânea e de compressão de tempo e espaço".[22]

Numa acepção mais ampla, o fenômeno da globalização caracteriza-se pela intensificação da interconectividade mundial em todos os aspectos da vida social[23], podendo ser conceituado como:

> [...] um processo (ou conjunto de processos) que corporificam uma transformação da organização espacial das relações e transações – avaliadas em termos de extensão, intensidade, velocidade e impacto –, gerando fluxos e redes transnacionais e inter-regionais de atividade, interação e exercício do poder[24].

Sob uma abordagem pautada nos efeitos políticos, a globalização significa

> [...] *os processos*, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais (grifo no original)[25].

Em termos práticos, a compressão do espaço/tempo corrói as fronteiras nacionais, solapando a outrora sólida fidelidade nacional e substituindo-a por outros elementos não necessariamente internacionais. Se, como aponta Bauman, o poder tornou-se extraterritorial, "não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre próximo e distante, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer".[26]

Com base nessas observações, ao analisar de forma mais específica o âmbito cultural,

---

[21] CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. pp. 11-12.

[22] KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 23.

[23] HELD, D. et al. *Global transformations*: politics, economics and culture. Stanford: Stanford University Press, 1999, p. 1. "Globalization may be thought of initially as the widening, deepening and speeding up of the worldwide interconnectedness in all aspects of contemporary social life, from the cultural to the criminal, the financial to the spiritual." (Held et al., 1999, p. 2).

[24] KUMAR, 2006, p. 26.

[25] BECK, U. *O que é Globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

[26] BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 18.

Lotman[27] indica a não sincronicidade das transformações ao longo do tecido social. De outro apsecto, Kumar[28] destaca a não linearidade da globalização, atingindo com velocidade e intensidade distintas diferentes fatores sociais. Isso se aplica, guardadas as devidas peculiaridades, tanto às relações sociais no âmbito de um estado como às relações internacionais; tanto ao direito como a outros fatores sociais.

Uma das facetas desse impacto da globalização na sociedade foi a crescente demanda por respostas mais rápidas e eficazes a problemas outrora aparentemente inexistentes e que se tornaram rapidamente urgentes. Frente à habitual rigidez das formas tradicionais de formação do direito internacional, novos instrumentos que fundamentam o surgimento de normas jurídicas emergem.

De fato, a dinâmica da globalização alterou de forma profunda as relações sociais, sendo seus impactos, por via de consequência, sentidos também no direito. Nessa linha, Atienza destaca que "*la globalización sí que ha tenido una importante repercusión en el Derecho, transformando muchas de sus instituciones, dando lugar a nuevos formas de juridicidad*".[29]

Frente a esse fenômeno, surgem proposições teóricas – as mais diversas – tentando explicá-lo. Essas proposições pendem a dois extremos: de um lado, aquelas que relativizam descomedidamente a técnica jurídica, talvez por julgá-la inócua nesse novo contexto; de outro, as que se apegam em demasia a um mundo que não mais existe. Em ambos extremos há riscos: no primeiro, o risco de projetar uma realidade ainda não consolidada, tomando por direito o que de fato não é e, talvez, nunca virá a ser; no segundo, ao não contemplar tais evoluções, o risco de se

[27] "Esto no significa que cuando describamos la historia aislada de un arte dado nos toparemos aquí com uma interrupción: éste, al ser estudiado inmanentemente, parecerá ininterrumpito. Pero basta com que nos planteemos el objetivo de describir el conjunto de lãs artes em los marcos de tal o cual época, para que descubramos claramente la expansión de unas y 'como interrupciones' em la historia de otras. [...] Pero em el tejido real de la cultura la no sincronicidad no interviene como uma desviación casual, sino como uma ley regular. El arte transmisor que se halla em el apogeo de su actividad, al mismo manifiesta tiempo rasgos de espíritu innovador y de dinamismo. Los destinatários, por regra general, todavia están viviendo la etapa cultural precedente. Suele haber también otras relaciones, más complejas, pero la irregularidad tiene um carácter de regularidad universal." (LOTMAN, Y. **La Semiosfera**. Vol. I: Semiótica de la cultura y del texto. Madrid: Ediciones Cátedra, série Frónesis, 1996, pp. 33-34).

[28] "Claramente, a globalização não é um ramo de negócios direto. Ela não é necessariamente linear nem progressiva. Seu desenvolvimento é ao mesmo tempo inconstante, desigual, e gerou enormes disparidades de riqueza e poder [...]." (KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna:** novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, pp. 26-27).

[29] ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, p. 45. Atienza acrescenta, ademais, que: [...] es muy importante no perder de vista que el Derecho no solo ha sufrido los efectos de la globalización, sino que también ha jugado un papel causal em lo proceso; simplesmente, todos esos intercâmbios e interdependencias que tienem lugar em el âmbito mundial – que definen la globalización – no serían posibles si no se hubiese contado con instrumentos jurídicos para ello (ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, p. 45).

esquivar das discussões mais palpitantes da atualidade sem perceber que ignorar os problemas hoje encontrados no limiar do universo jurídico não lhes fará magicamente desaparecer[30].

O grande desafio na atualidade corresponde em se situar nesse panorama profundamente complexo, no qual a temática das fontes do direito internacional é também desafiada em suas bases clássicas.

Embora muito criticada a já conhecida não exaustividade do rol de fontes trazido no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), quando se analisa o tema das fontes, este aspecto serve como ponto de partida. Esse dispositivo destaca como fontes de direito internacional as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas, acrescentando como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações.[31]

De fato, desde sua concepção, esse artigo não pretendeu exaurir o rol das fontes em direito internacional público, servindo, seu elenco, expressamente para delimitar de forma material e inequívoca a fundamentação das decisões da Corte[32], ainda que, às vezes, a própria Corte desvencilhe-se dessas amarras, inclusive com decisões fundamentadas em institutos que se confundem no universo das fontes tradicionais. Nesse sentido, emergem atos unilaterais dos Estados, as decisões de organizações internacionais, além dos acordos tácitos – cujas interpretações levam a interpretar esses acordos ora como tratados, ora como costume, ou ainda como fontes *sui generis*[33].

Dentro desse contexto, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet observam que:

> Na vida internacional, os Estados negaceiam frequentemente instrumentos que não são tratados, mas não são por isso menos destinados a reger as suas relações mútuas e, em todo o caso, a orientar

[30] Nesse sentido, ver WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en droit international?, **Revue Générale de Droit International Public**, Tome LXXXVI, Paris, Pedone, 1982, pp. 5-47.

[31] BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

[32] TRINDADE, A. A. C. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[33] Sobre os acordos tácitos, ver: ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Boundary Agreements in the International Court of Justice's: Case Law, 2000–2010. **The European Journal of International Law** (EJIL), vol. 23, n. 2, 2012, pp. 495–515; D'ASPREMONT, Jean. The International Court of Justice and tacit conventionality. **QIL**, Zoom-in 18, 2015, pp. 3-17 ; BONAFÈ, Beatrice I. Observatoire sur la **Cour Internationale de Justice n. 2/2014**. Le differend maritime entre le Perou et le Chili et l'existence d'accords tacites en Droit International: Arrêt du 27 janvier 2014, Différend maritime (Pérou c. Chili), **Ordine Internazionale e Diritti Umani**, 2014, pp. 320-326 ; ROSALES ZAMORA, Pablo César. **¿Los Acuerdos Tácitos Pueden Delimitar una Frontera Marítima?:** A Propósito de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Perú vs. Chile. Rio de Janeiro: Cedin, [2014].

> a sua conduta. Resultantes, como os tratados, de uma concertação entre sujeitos de direito internacional, estes actos não estão submetidos ao direito dos tratados e, em especial, à regra fundamental que o sustém, o *princípio pacta sunt servanda*. Nem por isso deixam de desempenhar um papel político extremamente importante, o que não é contestado por ninguém, e, a despeito de controvérsias doutrinais particularmente vivas sobre este ponto desde os anos 70, têm efeitos jurídicos[34].

A despeito de sua não exaustividade, tem-se no mencionado artigo do Estatuto da CIJ um rol bastante seguro para determinação das fontes do direito internacional. Mesmo no que se refere às referidas fontes ausentes desse elenco - como no caso dos atos unilaterais dos Estados ou algumas decisões específicas de organizações internacionais -, detecta-se uma lógica comum. Inobstante sua unidade formal seja produto de um gigantesco esforço argumentativo, não verdadeiramente de sua natureza, todas essas fontes derivam da ação (direta ou indireta) dos Estados, sendo o voluntarismo, neste caso, contemplado em toda a sua essência[35]. Contudo, "nem sempre é fácil distinguir os [atos] concertados não convencionais das outras categorias de instrumentos jurídicos internacionais".[36]

Portanto, o problema que hoje os juristas internacionalistas enfrentam não parece ser a ausência de uma completa superação das fontes clássicas (ou, numa outra perspectiva, a superação do próprio direito internacional), mas a integração ao direito de outros elementos marginais, de natureza ainda indefinida, que lhe permitam organizar de maneira mais eficaz determinados setores da vida internacional que as fontes clássicas apresentam dificuldades de alcançar.

3. NOVOS DESAFIOS AO DIREITO INTERNACIONAL

Os sinais são incontornáveis: ocorrência de crises econômicas globais; ameaças ecológicas; movimentos migratórios incontroláveis que, não raro, redundam em tragédias humanitárias; combate ao terrorismo, inclusive digital; contenção de epidemias; entre outros fenômenos.

Conforme observado, um dos efeitos característicos da globalização tem sido a compressão das variáveis de espaço e tempo[37]. Em termos práticos, evidencia-se uma relativização dos

[34] DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 394.

[35] Ver: DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002; CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[36] DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 396.

[37] KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro:

elementos espaciais e temporais que tem abalado as fronteiras nacionais, afetando aqueles que eram os componentes fundamentais do sistema vestfaliano: a soberania. Se a herança clássica havia dado vida a um direito internacional que, nas palavras de Brierly[38], tinha clara inspiração nos direitos individuais de propriedade, o caráter inexpugnável da noção de território revelava-se como elemento indispensável à determinação do poder soberano.

Ao corroer as já porosas fronteiras nacionais, o fenômeno da globalização impactou, assim, um dos sustentáculos da lógica jurídica em que se fundava o direito internacional do século XIX e que, em grande medida, mantinha-se inviolado até os dias atuais. Nesse contexto, as fontes clássicas exibem suas limitações ao tentar organizar uma sociedade internacional que se transforma em progressão geométrica. Isso porque não se confronta mais a um panorama de justaposição de soberanias em que a autossuficiência de cada Estado na resolução dos problemas nacionais garante, por meio da somatória de soluções individuais, a resolução dos problemas globais; nos dias de hoje, algumas questões internacionais assumiram feições globais, adquirindo amplitude muito maior que a mera somatória de suas manifestações nacionais.

Ao mesmo tempo, à medida que os problemas da sociedade internacional são dotados de maior complexidade, também os esforços para equacionar esses problemas se tornaram dependentes de um arranjo cooperativo cuja concretização passou a exigir a relativização ainda maior da soberania nacional.

Nesse cenário de superação da autossuficiência estatal, o papel do Estado inevitavelmente começou a se deslocar, acomodando-se diante da emergência de outros entes – atores - que, cada vez mais, passaram a exercer funções outrora reservadas exclusivamente às entidades estatais. O reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais é reflexo inegável desse processo. A participação ativa dos indivíduos como sujeitos de direito internacional também. Por mais que se pretendesse manter a antiga concepção que via nas organizações internacionais meras extensões dos desígnios de seus membros[39], após a consolidação da personalidade jurídica internacional desses entes, tal entendimento deixa gradualmente de

---

Jorge Zahar, 2006, p. 23.

[38] BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979. p. 19.

[39] DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 65; DUPUY, René-Jean. État et organisation internationale. In: **Manuel sur les organisations internationales***:* a handbook on international organizations. Dordrecht /Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998, pp. 16-22. Sobre o reconhecimento da personalidade jurídica das Nações Unidas, ver: ICJ-CIJ. **Advisory Opinion of 11 April 1949***:* Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations. 1949. Disponível em: http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf. Acesso em 10 out. 2015.

subsistir.

Outra faceta das transformações operadas pela globalização é o superdimensionamento do elemento temporal. A urgência das questões internacionais e suas repercussões quase automáticas tornam obsoleto o formalismo necessário à consolidação das fontes clássicas: a necessidade de soluções imediatas exige agilidade muitas vezes inalcançável às fontes clássicas.

Diante dessa insuficiência de instrumentos normativos, surgem, da prática internacional, formas alternativas de organização da sociedade internacional. Proliferam-se, com isso, arranjos de natureza política, como declarações conjuntas de Estados ao final de Conferências internacionais, que muitas vezes passam a ocupar um espaço que, outrora, caberia às fontes convencionais, como os tratados internacionais; mesmo se a maior parte desses arranjos é feita em circunstâncias bastante peculiares, em que predomina o aspecto político em detrimento do direito. Destarte, muitas vezes situações novas e urgentes são solucionados por meio de instrumentos distintos do clássico tratado baseado no *animus contrahendi.*

Nesse contexto, a ausência do *animus contrahendi* dificulta a identificação da força constringente em documentos internacionais, mas não impede que, ainda que de forma involuntária, a consolidação global de algumas práticas possa, por meio do influxo do tempo, gerar regras "costumeiras" – embora com tempos mais reduzidos. Neste caso, longe de substituir as fontes clássicas, as novas práticas funcionariam como uma etapa anterior em sua consolidação, como a chamada "*soft law*"[40] – a qual, segundo Atienza, trata "*de guiar la conducta de manera flexible o sin pretender imponerse coactivamente*".[41]

A respeito do tema, Casella argumenta que:

> A *soft law* exprime a intenção, que pode vir a traduzir-se em superveniente consolidação de novas normas de direito internacional. Mesmo se, por ocasião de seu surgimento, não se tiver clareza nem enquadramento específico destas em relação aos tradicionais patamares de jurisdicidade. A sua exata configuração normativa permanece incerta, mas a multiplicação dessa ferramenta juridicamente indeterminada, vem responder a anseio dessa mesma comunidade internacional em relação à necessidade de afirmação, se não de princípios, ao menos de anseios, que, todavia, regulados de modo incipiente poderão vir a traduzir-se e regulação legalmente eficaz e adequada para responder às necessidades da humanidade, confrontada com sua sobrevivência[42].

[40] Nesse contexto, Gold observa que: "*It is easy to be too condescending toward soft law even if firm law would be preferable. Soft law can overcome deadlocks in the relations of states that result from economic or political differences among them when efforts at firmer solutions have been unavailing*" (GOLD, J. **Legal and institutional aspects of the international monetary system**: selected essays. Washington: FMI, 1979, vol. 2, p. 516).

[41] ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013, pp. 42-44.

[42] CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, pp. 1378-

Outro problema surge, no entanto, quando entes de natureza diversa dos Estados, diante da inércia estatal, passam a organizar determinados aspectos da sociedade internacional, como por exemplo organizações internacionais não estatais. Legitimados por elementos distintos daqueles que legitimaram o poder no âmbito do Estado, tais entidades são muitas vezes guiadas por objetivos próprios, estranhos à satisfação do interesse geral[43]. Justificando-se num questionável imperativo de efetividade, relativizam-se assim os valores democráticos e sociais nos quais se fundaram os Estados democráticos.

No que se refere, em particular, à temática da regulação no âmbito internacional, sua noção se revela tão fluida quanto imprecisa é sua categorização jurídica. Nesse ponto, reencontra-se o debate entre aqueles que, com o avanço dessa nova sociedade, atribuem à regulação poder normativo que esta propriamente não possui; enquanto outros, mais reticentes, se apegam a um direito incapaz de explicar essas novas formas de organização da sociedade, rechaçando-as de forma peremptória.

Nesse panorama, confronta-se à incumbência de realinhar o direito em relação as outras formas de organização da sociedade, promovendo a sinergia entre os diferentes instrumentos de organização da sociedade internacional. A temática da regulação, fenômeno social mais amplo que atravessa o direito, sem, contudo, restringir-se a suas fronteiras, pode ser identificada como manifestação concreta desse fenômeno.

Todas essas transformações não implicaram no desaparecimento das fontes clássicas, mas certamente exigem um esforço de adaptação do próprio direito internacional à nova realidade. Para tanto, assim como ocorre com o processo de redefinição do próprio papel do Estado na sociedade, revela-se necessário um esforço de reinvenção do direito internacional, repensando as fontes desse direito e redefinindo igualmente seu âmbito de ação em meio a essa miríade de manifestações objetivando organizar as relações na sociedade internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno conhecido como globalização tem alterado de maneira sensível o modo de

1379.

[43] Sobre o assunto, ver ainda TIETJE, Christian; BROUDER, Alan (Eds.). **Handbook of Transnational Economic Governance Regimes.** Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009; MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & Law**. 2ed. New York: Oxford University Press, 2007; ALVAREZ, José A. **International Organizations as Law-makers**. New York: Oxford University Press, 2005.

vida das pessoas. Seus efeitos alastraram-se a todos os fatores sociais, afetando-os, no entanto, de forma não homogênea. No direito internacional, em particular, foram parcialmente superados os elementos que haviam servido de substrato à edificação do Estado moderno e à consolidação do modelo vestfaliano. A compressão das variáveis de espaço e tempo não teve como efeito a supressão das fronteiras nacionais, mas, de fato, as tornou mais fluidas, falseando, no mesmo processo, algumas certezas sobre as quais se consolidou o direito internacional.

Todavia, não obstante o processo de esboroamento das estruturas do modelo vestfaliano seja palpável, expondo certas deficiências de um sistema fundado prevalentemente no voluntarismo, esse cenário de tensões latentes não consegue ocultar a realidade sempre atual das relações internacionais. A despeito das transformações constantes ocasionadas pela crescente interdependência entre as nações, Estados soberanos continuam sendo os principais agentes do sistema internacional[44], ainda condicionando consideravelmente a cooperação internacional segundo seus interesses individuais.

Neste contexto, as tensões no direito internacional levam a refletir sobre o clima de atrito contínuo também presente no âmbito da sociedade que tenta regular as relações sociais. Isso porque o esforço cooperativo não é naturalmente uniforme em todos os setores da sociedade, mas invariavelmente proporcional à força e à intensidade com que a globalização os afeta.

Vive-se, então, um processo de substituição de paradigmas, identificado por Casella[45] como característica de uma crise da pós-modernidade, em que um novo modelo operacionalmente inacabado ainda não substituiu o modelo clássico obsoleto.

Não parece, contudo, que esse processo venha produzir a completa superação das fontes clássicas de direito internacional, pelo contrário, adicionará outros componentes ainda não categorizados pela teoria jurídica a esta equação. Ao jurista internacional resta, então, ao desafio de integrar as fontes clássicas e essas novas manifestações, de natureza ainda um tanto incerta, das práticas internacionais.

---

[44] "The sovereign State is still the basic constituent of the international system. The machinery of government which it provides is indispensable for the implementation of international law and has not greatly changed since the nineteenth century. However, under the influence of the ever-growing interdependence ('globalization') the manner in which it is able to pursue its purposes and to discharge its functions has undergone dramatic changes. The area of autonomous decision-making is more and more reduced and the State often cannot deal effectively with the external influences on its security, economy, society and culture." (ZEMANEK, Karl. The legal foundations of the international system, General course on public international law, **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International** (RCADI), v. 266, 1997, p. 66).

[45] CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Nesse panorama, identificam-se duas posições para às quais vertem as distintas linhas de pensamento: uma voltada para a flexibilização dos elementos definidores das fontes, o que em última análise afetaria o próprio conceito de direito; outra, mais reticente às mudanças, apega-se a um mundo que não mais existe, excluindo de forma categórica manifestações que seus fundamentos pré-concebidos não conseguem explicar.

Olhadas em perspectiva, verifica-se que ambas as posições são na verdade faces opostas da mesma moeda: não obstante se alterem os fatores da equação, o resultado final permanece inalterado. Isto é, cada uma, à sua maneira, implicitamente expressa a limitação das fontes clássicas (ou do próprio direito internacional clássico) para lidar com essa nova realidade da sociedade internacional.

REFERENCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVAREZ, José A. **International Organizations as Law-makers**. New York: Oxford University Press, 2005.

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Boundary Agreements in the International Court of Justice's: Case Law, 2000–2010. **The European Journal of International Law (EJIL)**, vol. 23, n. 2, 2012, pp. 495–515.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más**: outra forma de pensar el derecho. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAFÈ, Beatrice I. Observatoire sur la Cour Internationale de Justice n. 2/2014. Le differend maritime entre le Perou et le Chili et l'existence d'accords tacites en Droit International: Arrêt du 27 janvier 2014, Différend maritime (Pérou c. Chili), **Ordine Internazionale e Diritti Umani**, 2014, pp. 320-326.

BOUTMY, Emile. **Études de droit constitutionnel.** Paris: Plon, 1888. p.84-85. Disponível em: http://archive.org/stream/tudesdedroitcon01boutgoog#page/n105/mode/2up>. Acesso em: 13 de janeiro de 2013.

BRASIL. **Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929**. Promulga seis convenções de direito internacional publico, approvadas pela Sexta Conferencia internacional americana. Publicado no D.O.U. em 12 de dezembro de 1929. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Publicado no D.O.U. em 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRIERLY, James Leslie. **Direito Internacional**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008;

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

D'ASPREMONT, Jean. The International Court of Justice and tacit conventionality, **Questions of International Law (QIL)**, Zoom-in 18, 2015, pp. 3-17. Disponível em: <http://www.qil-qdi.org/the-international-court-of-justice-and-tacit-conventionality/>. Acesso em 10 out. 2015.

DINH, Nguyen Quoc ; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L.G.D.J., 2002

DUPUY, René-Jean. État et organisation internationale. In : **Manuel sur les organisations**

internationales: a handbook on international organizations. Dordrecht /Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998, pp. 13-30.

FRIEDMANN, Wolfgang. **Mudança da estrutura do direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

GOLD, Joseph. **Legal and institutional aspects of the international monetary system: selected essays**. Washington: FMI, 1979, vol. 2.

HELD, David et alt. **Global transformations: politics, economics and culture**. Stanford: Stanford University Press, 1999.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of the Law*, 10 **Harvard Law Review**, 457, 1897. Disponível em: http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm. Acesso em: 13 de janeiro de 2013.

ICJ-CIJ - INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Advisory Opinion of 11 April 1949**: Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations. 1949. Disponível em: http://www.icj-cij.org/docket/files/4/1837.pdf. Acesso em 10 out. 2015.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LOTMAN, Yuri. **La Semiosfera. Vol. I: Semiótica de la cultura y del texto**. Madrid: Ediciones Cátedra, série Frónesis, 1996.

MUCHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & Law.** 2ed. New York: Oxford University Press, 2007.

NUSSBAUM, Arthur. **A concise history of the law of nations**. New York: Macmillam Company, 1947.

ORAKHELASHVILI, Alexander; WILLIAMS, Sarah. **40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties.** Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2010.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

ROSALES ZAMORA, Pablo César. **¿Los Acuerdos Tácitos Pueden Delimitar una Frontera Marítima?**: A Propósito de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Perú vs. Chile. Rio de Janeiro: Cedin, [2014]. Disponível em: http://www.cedin.com.br/wp-

content/uploads/2014/05/Los-Acuerdos-T%C3%A1citos-Pueden-Delimitar-una-Frontera-Mar%C3%ADtima-A-Prop%C3%B3sito-de-la-Sentencia-de-la-Corte-Internacional-de-Justicia-en-el-Caso-Per%C3%BA-vs.-Chile.pdf>. Acesso em 10 out. 2015.

TIETJE, Christian; BROUDER, Alan (Eds.). **Handbook of Transnational Economic Governance Regimes**. Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLIGER, Mark E. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.** Leiden/ Boston: Martinus Nijgoff Publishers, 2009.

WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en droit international?, **Revue Générale de Droit International Public**, Tome LXXXVI, Paris, Pedone, 1982, pp. 5-47.

ZEMANEK, Karl. The legal foundations of the international system, General course on public international law, **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (RCADI)**, v. 266, 1997, p. 9-336.

A DISCRICIONARIEDADE E A RESPONSABILIDADE MORAL DO JULGADOR SOB A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

Luiz Henrique Urquhart Cademartori[1]

Fernanda Santos Schramm[2]

INTRODUÇÃO

A última obra de Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*[3], publicada em janeiro de 2011, denota certa distância em relação às publicações anteriores do autor. A ênfase, normalmente centrada em questões predominantemente jurídicas e hermenêuticas, embora permeie toda a construção narrativa, não constitui o enfoque central do texto, voltado essencialmente à defesa da teoria filosófica da unidade do valor.

A teoria da unidade do valor é apresentada com o intuito de demonstrar a integralidade do direito, sob o argumento de que existe uma resposta correta para cada situação (ainda que não seja a única). Daí o título da obra, traduzido para o português nos termos "A raposa e o porco-espinho: justiça e valor". Conforme esclarecido pelo próprio autor[4], o título faz referência a um verso de Arquíloco – antigo poeta grego – abordado por Isaiah Berlin: "a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa", que seria justamente a importância do valor. A ideia, de forma resumida é a de que, por mais astuta que fosse a raposa na tentativa de atacar o porco-espinho, no fim este conseguiria defender-se com base em uma mesma estratégia: encolhendo-se e utilizando-se de seus espinhos como forma de repelir o inimigo.

A tese da resposta correta na decisão judicial, voltada à negação do poder discricionário do julgador, já havia sido exposta por Dworkin na obra "Levando os direitos a Sério", ao argumento

[1] Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Pós-Doutorado pela Universidade de Granada – Espanha; Professor permanente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; autor de várias obras e artigos sobre Direito Público. E-mail: luiz.hc@terra.com.br

[2] Mestranda em Direito, Estado e Sociedade junto ao Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (CESUSC). Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: fernandasantosschramm@gmail.com

[3] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

[4] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 3.

de que a refutação a respeito da existência de resposta correta seria "hostil à tese dos direitos".[5] O possibilidade de encontrar a resposta correta é corolário da tese da unidade do valor, o grande trunfo do porco-espinho e um dos pontos centrais do pensamento dworkiano, pressupõe a ausência de conflito no âmbito dessa teia de valores. Segundo o autor, muitos dos conflitos anunciados traduzem conflitos meramente aparentes, decorrente do contínuo processo de interpretação dos conceitos e valores morais. A reinterpretação conceitual visa, justamente, garantir a unidade dessa teia de valores e um fluxo de posicionamentos coerentes entre si e com as responsabilidades morais.

1. A TEORIA DA UNIDADE DO VALOR

A tese da resposta correta foi – e ainda é – alvo de críticas e inúmeros questionamentos doutrinários, o que não passa despercebido pelo autor. Com o intuito de responder, ou evitar já de antemão, a formulação de julgamentos contrários à teoria desenvolvida, Dworkin antecipa algumas respostas a possíveis indagações. Destacam-se, nesse sentido, os argumentos desenvolvidos no Capítulo 13 da já mencionada obra "Levando os direitos a sério"[6], posteriormente, no Capítulo 5 de "Uma questão de princípio"[7], e, de uma forma geral, em *Justice for Hedgehogs*.

A mais popular das objeções feitas à tese da resposta correta traduz-se, de forma resumida, na crença de que seria impossível delimitar uma única solução, na medida em que não seria possível afastar as crenças e ideologias do julgador no exercício interpretativo do direito positivado. Além disso, não seria possível demonstrar – em termos objetivos – que uma resposta, necessariamente influenciada por juízos pessoais e ideologias políticas, seria mais ou menos correta que outra. Segundo Dworkin, os autores que sustentam essa posição acabam por defender uma "teoria sobre coisa nenhuma"[8].

Dando continuidade ao raciocínio, Dworkin sustenta estar convencido de que

> apesar de a decisão de um determinado grupo de juízes ser falível, e talvez nunca se consiga provar sua correção, convencendo todos os outros advogados, ainda assim é melhor deixar essa decisão vigorar do que atribuí-la a outra instituição qualquer ou pedir para que os juízes decidam com base

[5] DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martim Fontes, 2011. p. 430.

[6] DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martim Fontes, 2011, p. 439.

[7] DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martim Fontes, 2005. p. 175

[8] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martim Fontes, 2011. p. 433.

> em argumentos políticos ou de algum outro modo que não lhes exija seu melhor julgamento sobre os direitos das partes.[9]

Ou seja, o autor defende que, em um determinado sistema jurídico, a conclusão de que a resposta correta não possa ser objetivamente comprovada não impede que possa ser alcançada a partir da verificação de qual teoria oferece a melhor justificação dos direitos em discussão. Noutros termos, exige-se, no exercício hermenêutico do direito positivado, coerência e responsabilidade do julgador na busca da resposta correta, fiel ao conjunto de princípios e valores que, de forma integrada, compõem o raciocínio jurídico do interprete.

Sob essa base teórica, em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin defende que o pensamento jurídico deva desenvolver-se guiado por uma ideia central, que faça referência a um único sistema, íntegro e coerente, calcado em princípios universais. Ainda nesse sentido, o autor sustenta uma dependência recíproca entre valores éticos e morais, o que, segundo ele, embasaria a *teoria do bem viver*, descrita nos termos (i) do que se deve fazer para as outras pessoas; e (ii) do que não se pode fazer com elas caso se queira viver bem.

Para além disso, a unidade dos valores traduziria uma "*teoria filosófica ampla e complexa*" segundo a qual, "*a responsabilidade intelectual diante dos valores é em si um valor importante*"[10]. A ideia, em linhas gerais, é de que existiriam verdades objetivas (e não meramente subjetivas) a respeito de valores[11], o que excluiria a margem de discricionariedade do julgador. Em outras palavras, haveria valores universais, objetivos, independentemente das crenças ou convicções das pessoas cuja atividade deve ser pautada por esses valores. De forma resumida, o subjetivismo do julgador, acerca do que é certo ou errado, justo ou injusto, não poderia influenciar no exercício interpretativo acerca do valor, na medida em que a resposta seria sempre objetiva.

O ponto fulcral da teoria proposta pelo autor, no que concerne à responsabilidade moral, é de que a busca da verdade moral deve ser marcada pela coerência do intérprete, endossada pela sua convicção, que se traduziria justamente em uma rede interligada, que se justifica reciprocamente. A aceitação do método interpretativo calcado na unidade do valor, retira a discricionariedade do julgador na medida em que este fica condicionado à rede de valores jurídicos que se justificam reciprocamente.

---

[9] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martim Fontes, 2011, p. 432.

[10] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 3.

[11] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 13.

À ideia de que todo argumento moral depende de outras premissas morais para ser justificado é dado o nome de *circularidade*. O autor sustenta a sua afirmação na premissa de que não seria possível precisar a veracidade de determinada convicção moral, senão por meio de outra convicção moral. Ainda nesse particular, Dworkin não descura da existência de convicções morais conflitantes e até mesmo antagônicas. Nessas hipóteses, os interlocutores não poderiam demonstrar a veracidade das suas interpretações, mas podem conservar a esperança de convencer-se mutuamente de que agiram com responsabilidade no seu julgamento, já apresentando, de forma antecipada, o tema do próximo tópico.

O autor resume o raciocínio na primeira pessoa do singular, ao afirmar que "*Posso julgar que suas conclusões são gravemente equivocadas, mas, não obstante, aceitar que você atuou com plena responsabilidade ao desenvolvê-las*"[12]. Justamente por isso, é importante que haja um conceito comum para a posterior concordância ou discordância. A inexistência de um conceito comum não enseja discordância. Quando muito, há um mal entendido.

Dworkin não nega a existência de divergências na interpretação da norma jurídica, muito pelo contrário, reconhece explicitamente essas possíveis discordâncias. O método interpretativo proposto por ele é, então, uma tentativa de (i) racionalizar o argumento jurídico; (ii) diminuir o grau de incerteza e insegurança jurídica; e (iii) proteger os direitos individuais da discricionariedade do julgador. Justamente por isso a teoria da unidade do valor será orientada no sentido de que existe um resposta correta para cada situação, que deve ser perquirida pelo intérprete.

2. A RESPONSABILIDADE MORAL DO INTÉRPRETE

A Parte II de *Justice for Hedgehogs* é essencialmente voltada à importância da responsabilidade no exercício interpretativo. O autor adverte que muitos acreditam tanto em uma determinada proposição que irão defendê-la de forma irrefletida, irresponsável, a partir de uma mera reprodução de conceitos morais herdados do meio familiar, cultural, e social, com base no que lhes foi dito, sem que estas convicções passem por um processo interpretativo interno. Dworkin defende que só nos tornamos "*moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma*

[12] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 151.

delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente"[13].

A conclusão do autor é de que toda a reflexão do indivíduo moralmente responsável será necessariamente uma reflexão interpretativa. Daí a importância do processo de interpretação e dos conceitos interpretativos, que serão tratados no decorrer da obra. O indivíduo moralmente responsável seria, portanto, aquele capaz de alcançar a integridade, unidade e coerência nas suas diversas decisões e interpretações, de tal modo que cada uma delas sustentasse as demais, em uma rede de valores. A integridade, nesse sentido, equivale à unidade do valor, exposta no tópico anterior.

A responsabilidade moral é encarada como uma virtude e significa que "*as pessoas moralmente responsáveis agem com base em princípios; agem por causa de suas convicções, e não apesar delas*"[14]. Além disso, posicionam-se de acordo com o modo que entendem adequado de levar a vida. Sob essa ótica, o autor afirma que existiriam, basicamente, quatro formas de irresponsabilidade: (i) a irresponsabilidade decorrente da falta de sinceridade, nas hipóteses em que o indivíduo defende valores e convicções nos quais ele próprio não acredita – seria como uma espécie de hipocrisia argumentativa –; (ii) a irresponsabilidade da racionalização, nas hipóteses em que o interlocutor realmente acredita que suas decisões são pautadas por princípios, mas, na realidade, esses princípios são utilizados de forma estratégica pelo interlocutor, em prol dos seus interesses pessoais; (iii) a irresponsabilidade decorrente de uma espécie de esquizofrenia moral, em que a pessoa defende dois princípios antagônicos, optando pela utilização de um ou outro, a depender do contexto em que está inserida – o autor afirma que o intérprete "*é moralmente irresponsável: seu comportamento não é imparcial, mas arbitrário e flutuante*"[15]; por fim (iv) a irresponsabilidade decorrente da compartimentalização moral, mais sutil, quando o indivíduo defende valores que se harmonizam apenas pontualmente.

Para evitar a adoção de uma postura irresponsável, a decisão deve passar pelo crivo do que o autor chama de *filtro das convicções efetivas*, para garantir a coerência e integridade entre os valores e convicções. Assim, caso o intérprete esteja inclinado a tomar determinada decisão que seja antagônica com as suas decisões e posicionamentos anteriores, a utilização do filtro das

[13] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 153.

[14] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 156.

[15] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 158.

convicções evidenciaria a incoerência entre as motivações. Nas palavras do autor:

> A responsabilidade moral exige de nós que tentemos transformar nossas convicções reflexivas num filtro maximamente denso e eficaz. Desse modo, as convicções serão tão fortes quanto possível dentro da matriz causal mais geral da nossa história como um todo. Precisamos, para tanto, buscar uma cabal coerência de valores entre nossas convicções. Precisamos também buscar a autenticidade nas convicções assim coeridas: temos de encontrar convicções fortes o suficiente para desempenhar o papel de filtros quando somos pressionados por motivações concorrentes que também defluem da nossa história pessoal. [...]
>
> Devemos, tanto quanto possível, interpretar cada uma dessas convicções à luz das demais e também à luz daquilo que naturalmente nos afigura como um modo de adequado de levar a vida[16].

A ideia não seria ignorar ou criminalizar as posições contrárias às suas crenças e valores, desde que expostas de boa-fé e construídas com responsabilidade, centrada na igualdade, que o autor traduz como igual consideração da vida humana. Entretanto, não podemos deixar de lado nossa convicção moral, sob pena de desrespeitar-nos a nós mesmos. A responsabilidade moral garante o respeito mútuo, mesmo nas hipóteses em que os posicionamentos forem conflitantes.

"*As pessoas moralmente responsáveis podem não chegar à verdade, mas a buscam*"[17]. Com isso o autor defende a necessidade de um esforço investigativo, cujo resultado seja capaz de expressar a razão pela qual determinado juízo de valor é considerado verdadeiro. Embora não seja possível demonstrar, com base em provas e indícios precisos, tal como nas ciências sociais, a veracidade do valor não dispensa a exigência de alguma espécie de comprovação que lhe dê respaldo.

No âmbito do Direito, o seu aspecto argumentativo e hermenêutico serviria a tal fim. A título exemplificativo, a mera utilização de precedentes como fundamento de decisões judicias, isolado de outras justificações, é insuficiente[18], não faz prova de coisa alguma. Por isso é exigido do julgador que argumente, motive adequadamente suas decisões, explicitando as razões que o levaram a determinada conclusão. O autor afirma que, os juízos de valor "*não podem ser*

[16] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, pp. 163-164.

[17] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 171.

[18] Tal insuficiência foi expressamente reconhecida pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal nº 13.105/2015) que, nos incisos do § 1º do artigo 489, considera não fundamentada a decisão que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015).

independentemente verdadeiros, só podem ser verdadeiros em virtude de um argumento", por isso quando o intérprete ou julgador "*cita um precedente para demonstrar que o direito não reconhece determinada defesa, ele apresenta um argumento em favor dessa conclusão. O precedente não é prova de um fato jurídico ulterior e independente*"[19].

A invalidade da mera transcrição de precedentes como fontes normativas também é anunciada por autores díspares tais como Luigi Ferrajoli, a partir de uma concepção teórica em muitos aspectos divergente, como parte da proposta de um constitucionalismo garantista:

> Esta é uma tese inadmissível para a abordagem garantista. A ideia de que as sentenças sejam fontes contradiz o princípio da legalidade, a sujeição dos juízes *somente* à lei e, por isso, a separação de poderes (p. 140).
>
> [...]
>
> Certamente os precedentes jurisprudenciais têm uma potente capacidade de influência sobre a jurisdição. Mas é essencial não confundir influência com autoridade, força persuasiva com força autoritativa. [...] A força vinculante dos precedentes, ao contrário, tem o seu fundamento somente na sua influência ou plausibilidade substancial, e não em uma possível autoridade formal como é aquela exercida pelo poder legislativo. Os precedentes jurisprudenciais, em resumo, possuem nos nossos sistemas o valor de argumentos persuasivos, mas não o valor das leis[20].

A despeito das diferenças teóricas entre Dworkin e Ferrajoli, a afirmação acima amolda-se à perfeição à responsabilidade moral apregoada por Dworkin. A transcrição de precedentes sem uma mera contextualização, sem a demonstração dos argumentos que embasam o juízo de valor empregado, pura e simplesmente porque consideram-se corretos, pode ser descrita, nas palavras de Dworkin, como "*mera impaciência ou falta de imaginação. Não é expressão de responsabilidade, mas do seu contrário*"[21].

Uma das ideias centrais que fundamentam a tese da resposta correta, a ser perquirida dentro de uma rede coerente e íntegra de valores e convicções, é baseada na circularidade argumentativa, ou seja, na ideia de que cada argumento justifique outro argumento, e assim por diante, até que retorne ao primeiro argumento. A utilização do filtro das convicções, como já dito, garantiria a unidade e integridade dos valores. A ideia de circularidade é defendida por Dworkin nos seguintes termos:

---

[19] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 176.

[20] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto politico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 140-141.

[21] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 174.

> O máximo que podemos dizer é: o argumento termina se e quando encontra a si mesmo. [...] Se você organiza todas as suas convicções morais num filtro idealmente eficaz que encapsule sua vontade, elas formarão um grande sistema de princípios e ideias interconectados e interdependentes. Para defender qualquer parte dessa rede, tudo o que você pode fazer é citar alguma outra parte – até que consiga, de algum modo, justificar todas as partes pelas demais[22].

O processo de interpretação dos valores morais seria inacabável e contínuo, por não haver nem um único princípio que seja independentemente verdadeiro, mas, ao contrário, uma rede interligada de inúmeros princípios e valores que se justificam recíproca e circularmente. Não existe, segundo o autor, partículas morais independentemente verdadeiras, as quais, em tom jocoso, dá o nome de "mórons"[23].

Dworkin esclarece que a sua teoria não advoga em favor de nenhuma espécie de relativismo, em outras palavras, de que existiriam diversas opiniões morais verdadeiras, subordinadas ao subjetivismo do intérprete. Pelo contrário, a proposta – um tanto quanto ousada – do autor, consiste na descrição e proposição de um método interpretativo capaz de evidenciar qual a resposta correta, qual a melhor decisão a ser tomada em um determinado contexto tendo por base a teoria da unidade do valor.

O objetivo, em síntese, é evitar um comportamento, bastante usual, pelo qual as pessoas se sentem *constrangidas* em defender com entusiasmo uma dada opinião moral – sendo que algumas vezes evitam inclusive expor – a sua opinião moral. Segundo Dworkin:

> As pessoas parecem se incomodar menos ao dizer, sobre uma opinião moral, não que ela é verdadeira, mas que "é verdadeira para mim" ou "funciona para mim". Essas expressões são entendidas às vezes como confissões de ceticismo, mas é melhor compreendê-las como reinvindicações de responsabilidade, não de veracidade[24].

Mais adiante, afirma que "parece arrogante, às pessoas mais sensatas, a insistência em que nesse caso a questão interpretativa em pauta tenha uma única verdade exclusiva", e, nessa mesma linha, "parece mais realista e mais modesto dizer que não existe uma única interpretação correta, mas sim várias interpretações aceitáveis ou responsáveis"[25].

---

[22] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 177.

[23] Segundo nota do tradutor o nome seria decorrente de um "*trocadilho entre o som, que lembra o da palavra 'moral', e o sentido usual da palavra moron em inglês: idiota, imbecil*". Idem, nota de rodapé, p. 16. Dworkin descreve os "*mórons*" como "*proposição metafísica referente a partículas ou propriedades morais*" resultantes da compartimentalização de referências morais enraizadas no senso comum – tal como a imoralidade da tortura.

[24] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 184.

[25] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 230.

O autor crítica com veemência essa posição. A crítica do autor volta-se contra a crença de que a única verdade é que não existe uma única verdade, o que denota extrema falta de responsabilidade moral. Trocando em miúdos, sustenta que, ainda que a verdade não possa ser objetivamente comprovada, o intérprete deve ter estar compromissado com a busca pela resposta correta e assumir essa responsabilidade. A importância da responsabilidade moral, nesse sentido, sobrepõem-se à própria verdade.

Não é raro, sobretudo no meio jurídico, especialmente em consultas e pareceres, a exposição de um raciocínio jurídico ser encerrada com jargões do tipo: "salvo melhor juízo", "no nosso sentir", dentre outros. Muitas das decisões judiciais são marcadas por uma profunda ambiguidade, reconhecendo, em determinadas oportunidades, a existência de mais de uma interpretação plausível. Não existem diferentes padrões de certo ou errado, a depender do julgador. A crença de que não existe uma interpretação ou resposta correta no campo do direito – e de qualquer campo científico ou artístico – traduziria o que ele chama de ceticismo interno ou ceticismo interpretativo.

Na visão de Dworkin falta postura e responsabilidade aos operadores do direito que manifestam esse ceticismo dentro do seu próprio campo de atuação, e exemplifica:

> Em certas circunstâncias, o ceticismo pareceria não somente estranho como também escandaloso. Imagine um juiz que envia um réu penal para a prisão, ou talvez para o corredor da morte, ou que obriga um réu cível a pagar uma imensa indenização, mas admite no meio da sentença que outras interpretações das leis, que exigiriam decisões contrárias, são tão válidas quanto a sua.
>
> [...] se, em sua opinião, certa interpretação é a melhor, necessariamente, em sua opinião, as interpretações contrárias serão inferiores; e ele se contradiz quando afirma que algumas delas não são. Mas a popularidade dessas declarações incoerentes sublinha a incerteza que muitas pessoas sentem acerca da busca da verdade pela interpretação[26].

Se o intérprete está seguro de que manteve o seu compromisso com a busca pela verdade e empregou todos os meios e esforços necessários para alcança-la, não há por que recear em expor e defender como correta a resposta por ele encontrada.

[26] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho***:* justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 192.

3. A RESPONSABILIDADE MORAL PAUTADA PELA TEORIA DA UNIDADE DO VALOR: UM NOVO MÉTODO INTERPRETATIVO

Como já dito, uma das propostas de Ronald Dworkin em *Justice for Hedgehogs*, voltada ao alcance da verdade correta como resultado de uma postura moralmente responsável do intérprete, consiste na proposição de um novo método interpretativo. Repita-se que o objetivo do autor é limitar – e se possível evitar – a discricionariedade do julgador, normalmente legitimada pela utilização de princípios e valores incoerentes e desconexos. A busca da verdade "correta", no sentido de não assumidamente relativa, deve ser entendida como um procedimento a ser seguido pelo intérprete, independentemente dos resultados alcançados. Exige-se, do julgador, que evite ele próprio juízos discricionários, aplicando o filtro das convicções e primando por uma postura coerente.

Nesse sentido, é oportuno ressaltar que a introdução dos princípios como forma de fundamentação das decisões judiciais foi proposta com o objetivo de *limitar* a atuação dos julgadores. No contexto brasileiro, entretanto, acaba sendo utilizada de forma desvirtuada, de modo a ampliar o poder discricionário dos magistrados. A crítica, na seara brasileira, é evidenciada por autores como Lênio Streck:

> Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar no enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses "princípios") é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como exemplo da "efetividade", um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de "panprincipiologismo", caminho perigoso para um retorno à "completude" que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na "ausência" de "leis apropriadas" (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo[27].

O que se constata na realidade, é que muitos princípios são utilizados como padrões interpretativos, adquirindo uma espécie de *status* de universalização e sendo aplicados, na maior parte das vezes, em situações distintas, com diferentes conotações, a depender do interesse em jogo. A crítica à utilização dos princípios como forma de ampliação da discricionariedade do julgador marca a produção teórica mais recente de Luigi Ferrajoli[28]. O autor italiano não nega a

[27] STRECK, 2009a, p. 493.

[28] A título de exemplo: FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto politico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André KARAM (org.). **Garantismo,**

existência de espaços de discricionariedade da jurisdição e, por consequência, a importância de uma teoria da argumentação em condições de orientar, racionalmente, a motivação das decisões. A sua crítica está voltada, sobretudo, à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. À semelhança de Dworkin, no constitucionalismo garantista de Ferrajoli, a discricionariedade judicial e os princípios encontram-se em rota de colisão.

Pois bem, segundo Dworkin, a interpretação, quando pautada pela busca da verdade, envolve três estágios: (i) a *individualização das práticas sociais* que serão objeto da interpretação, o que consiste na definição do gênero; (ii) a *atribuição de pressupostos objetivos* a tais práticas, com a definição de qual valor é promovido por aquela prática ou gênero; e (iii) a tentativa de identificar a *melhor realização do valor* frente a determinada situação. Nesse último estágio do processo, é obtido o conceito interpretativo e realizada a teoria do valor. Após as três etapas do processo, o intérprete pode garantir ter alcançado a resposta correta.

O autor chama atenção para a importância da segunda etapa na identificação das discordâncias genuínas, que acabam ocultando conflitos aparentes. A verdadeira discordância só ocorre, de fato, quando há um consenso sobre os valores atribuídos às práticas sociais. "*Por essa razão, os juristas que discordam acerca da melhor concepção de democracia tenderão a discordar, por exemplo, acerca da melhor interpretação da cláusula de igual proteção ou até do Código Comercial*"[29]. Nesse sentido, as discordâncias ocultas corroboram a teoria da unidade de valor, por evidenciar que a existência de conflitos aparentes decorre diretamente da adoção de premissas distintas. Por fim, o autor adverte que, embora o modelo esquemático apresentado seja útil para enfatizar a importância do valor no processo interpretativo, o seu único porém consiste na desconsideração da necessidade de uma interpretação holística, na qual há necessária interação entre as três etapas.

A proposta de Dworkin de uma teoria interpretativa do valor destaca três diferentes gêneros de interpretação: (i) a interpretação colaborativa; (ii) a interpretação explicativa; e (iii) a interpretação conceitual. Na primeira, o projeto do autor deve ser finalizado pelo próprio

---

hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André KARAM (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[29] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 203.

intérprete, nas hipóteses em que o texto só se completa com a leitura. Um exemplo de interpretação colaborativa seria a própria prática jurídica: o julgador considera estar colaborando com a intenção proposta pelo legislador. Na segunda, o objeto da interpretação é dotado de um significado particular, que independe da interação do intérprete. A última, e mais importante para a teoria do valor, a interpretação conceitual, é pautada pela busca do significado do conceito no cerne de uma comunidade. Justamente por isso, desaparece a distinção entre autor e intérprete.

A interpretação conceitual seria aquela a ser empregada na busca da resposta correta, pautada, como já afirmado, pela teoria do valor. Nesse sentido,

> A teoria do valor resgata nossa convicção da verdade em face da complexidade, da controvérsia e da inefabilidade. Se os intérpretes admitirem que uma teia complexa de valores define o sucesso em sua empreitada, podem também acreditar, sem fugir à sensatez, que existe uma interpretação particular que, em qualquer ocasião interpretativa, indentifica e atende melhor que as outras a esse valor. Inversamente, se chegarem à conclusão de que de que determinada interpretação de algo é a melhor, também podem pensar, sem fugir à sensatez, que essa interpretação atende aos critérios que definem o sucesso na empreitada, mesmo que não consigam formular esses critérios de modo detalhado ou mesmo de modo genérico. Podem assim pensar que a interpretação tem uma verdade objetiva. Só podem fazê-lo, no entanto, se pensarem que os valores têm uma verdade objetiva[30].

Por isso é tão importante completar as três etapas do processo interpretativo sugerido pelo autor, definido qual o valor primário atribuído às práticas sociais. A verdade, segundo Dworkin, decorre de uma interpretação conceitual e, por corolário, ampara-se em conceitos interpretativos.

Antes de definir o conceito interpretativo, o autor diferencia três espécies conceituais: (i) os conceitos criteriais, baseados na identidade dos critérios utilizados pelos intérpretes, o que garantiria a discordância genuína; (ii) os conceitos ditos "naturais", definidos como "*coisas que tem um identidade fixa na natureza*"[31]; e, finalmente, (iii) os conceitos interpretativos, que se materializam quando um grupo de pessoas manifesta um entendimento comum de que o significado que lhe é atribuído é a melhor interpretação das práticas sociais dentro do contexto no qual encontra-se inseridas.

Os conceitos morais e políticos tratados no texto, que influenciam diretamente as decisões judicias, são classificados no rol dos conceitos interpretativos e, segundo o autor:

[30] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, pp. 230-231.

[31] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 242.

> [...] não temos esses conceitos em comum pelo fato de concordarmos com a sua aplicação, uma vez que todos os outros fatos pertinentes tenham sido estabelecidos, mas pelo fato de manifestarmos o entendimento de que a sua correta aplicação é determinada pela melhor interpretação das práticas no contexto das quais elas figuram[32].

Destarte, os conceitos interpretativos seriam diferentes dos conceitos naturais e criteriais justamente porque não exigiriam "*concordância em torno de um processo de decisão empregado como teste decisivo para a identificação de casos particulares*". E prossegue:

> Pelo contrário, o ato de termos em comum um conceito interpretativo é compatível com diferenças de opinião imensas e completamente irresolúveis quanto aos casos particulares. Também é compatível com o fato de algumas pessoas que partilham o conceito negarem que ele expresse um valor qualquer. A pessoa que declara que não existe valor algum naquilo que é expressado por determinado conceito – a castidade, por exemplo, ou a etiqueta, ou o patriotismo – necessariamente supõe uma ampla concordância quanto aos paradigmas desse conceito entre as pessoas que o consideram dotado de valor. Caso contrário, seu argumento desmistificador não teria onde se apoiar[33].

Presume-se que os indivíduos que utilizam os conceitos interpretativos tem plena consciência das práticas sociais – os gêneros – aos quais fazem referência. A consciência da atividade interpretativa na busca conceitual, assemelha-se à ideia da resposta comum, no sentido de que após a identificação do gênero e a atribuição de um significado que represente a *melhor interpretação possível*, o intérprete deve refutar eventuais outras interpretações. Além disso, como as pessoas raramente preocupam-se com a estrutura ou o marco teórico que direciona o seu raciocínio, acabam por deparar-se diante de uma discussão que traduz um conflito meramente aparente, decorrente da utilização de conceitos distintos.

A classificação tripartite proposta por Dworkin não é estática. Os conceitos podem migrar dentre as categorias, na medida em que a sua classificação é resultado de um exercício interpretativo. Conceitos criteriais ou naturais tendem a tornar-se interpretativos quando positivados em comandos normativos. O autor exemplifica o que chama de migração dos conceitos a partir de uma hipotética lei que isentasse de impostos a circulação de *tablets*, sob o vetor axiológico da educação, propagação da informação e fomento da cultura. Para a aplicação da lei, será necessário um esforço no sentido de transformar o conceito criterial – de livro – em um conceito interpretativo. Os operadores do direito precisarão encontrar "*qual definição* [de

[32] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 244.

[33] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, pp. 245-246.

tablet] *representaria o melhor entendimento dessa isenção do ponto de vista político*"[34], possibilitando a distinção, para fins fiscais, de todo e qualquer dispositivo móvel e de *tablet*.

Como já afirmado, os conceitos morais constituem conceitos interpretativos. Dworkin utiliza-se novamente da figura dos "*mórons*", para afirmar que os conceitos morais não podem ser tidos como criteriais ou naturais pura e simplesmente porque não é possível estabelecer critérios objetivos capazes de defini-los ou alguma referência natural. Mesmo porque a definição de bem ou mal, certo ou errado, decorre, ela própria de um conceito interpretativo e, portanto, não pode ser caracterizada como criterial ou natural.

Por fim, o fato de os conceitos morais serem classificados como conceitos interpretativos não significa que não sejam passíveis de definição, muito pelo contrário, "*pelo fato de toda definição de um conceito moral ser um exercício de interpretação moral, toda definição útil será inevitavelmente controversa*"[35], e mais, uma controvérsia que se caracteriza como genuína, justamente porque fruto de um processo interpretativo voltado à obtenção ad melhor definição possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por derradeiro, diante das bases teóricas construídas no curso da presente explanação, a busca pela resposta correta traduz um esforço interpretativo comprometido com a verdade. Como dito no início desta pesquisa, ainda que a verdade não possa ser objetivamente comprovada, o intérprete deve responsabilizar-se por buscá-la. A verdade, nesse sentido, não difere dos conceitos morais, por revelar, ela própria, um conceito interpretativo. A afirmação corrobora a existência de verdades objetivas a respeito de valores morais que, após ter percorrido todas as etapas do processo interpretativo, que limitariam a margem de discricionariedade do julgador.

Nesse momento, todas as premissas levantadas no decorrer do trabalho se entrelaçam: o raciocínio interpretativo exigido do julgador moralmente responsável e comprometido garante o esforço em prol da busca da resposta correta, necessariamente fundamentada em uma rede integrada de valores morais, objetivamente verdadeiros, considerada a concepção de verdade

[34] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 251.

[35] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 260.

adotada por Dworkin e explicitada antes. Portanto, a verdade que fundamenta a decisão judicial deve ser "*aquilo que representa a solução maximamente bem-sucedida a um desafio de investigação*"[36].

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____, **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martim Fontes, 2011.

_____, **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Martim Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto politico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

[36] DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho:** justice e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 271.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL SEGUNDO ROBERT ALEXY

Consuelo Guasque[1]

INTRODUÇÃO

Quando se fala em argumentação jurídica, verifica-se que entre a teoria e a prática aplicada nos Tribunais, e em unanimidade entre os juristas, há ao menos quatro razões para o cabimento da teoria da argumentação jurídica, quais são a imprecisão da linguagem do direito, a possibilidade de conflitos entre as normas, o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, e a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto[2]. Em que pese proposições e respectivas decisões serem sempre fundamentadas, ou, ao menos assim deva ser, a teórica da argumentação jurídica revela-se de suma importância ao passo em que a ótica jurídico-prática se converge na grande maioria dos casos na necessidade da pronta resposta do Poder Judiciário ao pleito. Ainda, em conta, a diversidade e o excessivo volume de ações que tramitam e congestionam os órgãos da prestação jurisdicional, buscando-se (ou almejando-se) hodiernamente o cabimento de decisões prontas a casos idênticos ou bastante similares.

A teoria da argumentação jurídica formulada por Robert Alexy, em sua Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begrundung, coloca-se como resultado de um projeto de prática de sua própria construção, recaindo no discurso de argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral, inclusive moral.[3]

---

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Pós-graduado em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (Brasil). E-mail: consuelo@guasque.adv.br.

[2] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, p. 17, acessado em 22/12/2015.

[3] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. Ninguém mais pode afirmar que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados. Essa constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea. Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros.

Vale citar:

> Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso somente pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então, como um caso especial (Sonderfall) do discurso prático geral[4].

O presente artigo objetiva o resultado do ponto de vista estrutural da teoria de Alexy para a argumentação jurídica, buscando como fundamento de entendimento aquele em que referida teoria se posiciona, junto a outra de MacCornick, como aquela que se pode chamar ou denominar (atualmente) de padrão da argumentação jurídica.

Entre fontes variadas, Alexy utiliza Hare, Toulmin, Baier, Habermas, Erlangen e Perelman. Contudo, a influência fundamental é de Habermas[5].

1. A TEORIA HABERMASIANA

Entre diversas fontes de Alexy, como dito, Habermas é a fundamental. A teoria de Alexy significa uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático Habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.

O entendimento de Habermas se constitui no ponto fundamental de que as questões práticas podem ser resolvidas com base na razão. As decisões devem se pautar sempre no racional e melhor argumento, mesmo aquelas de ordem prático-morais. Nas questões práticas sempre existirá o fato, a verdade, e esta pautará a decisão racionalmente motivada, baseada na verdade ou validade. Segundo este entendimento, a verdade é aquela que todos podem sustentar, que todos podem ver. Todos aqueles que discutem um tema devem enxergar as mesmas verdades naquele tema, sustentando-se assim a argumentação racional que resulta numa verdade fundada no entendimento também do outro, ouvinte ou falante. Se há contraposição não se trata de verdade real. Parece, a tanto, eleger, na prática, os pontos pacíficos, verdadeiros entre os falantes para a construção daquela interpretação e respectiva pragmática técnica como resultado racional.

---

http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 22/12/2015, pág. 17

[4] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 143.

[5] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 186.

Segundo Habermas, a verdade é "uma condição da validade que anexamos aos atos constitutivos de discurso. Uma afirmação é verdadeira quando afirma a condição de validade implícita no ato de discurso, com o que confirmamos que a afirmação feita por meio das sentenças é justificada". A justificação de uma afirmação, portanto, não deve mais depender da verdade do que é afirmado, como se supunha tradicionalmente, porém, ao contrário, a verdade do que está sendo afirmado depende da justificação da afirmação. Por assim dizer, o conceito de verdade é enviado do nível da semântica para o nível da pragmática[6].

No entanto, Habermas difere aquilo que é válido daquilo que é verdadeiro, correto, conforme o tipo de ato, de fala de que se trate. Na constatação o falante pretende que o seu enunciado seja verdade. No ato regulador o que se pretende é que o ordenado seja correto. Pode-se compreender a diferença entre os atos como ato verdadeiro aquele em que se verificou, interpretou, analisou, e se percebeu, ou se constatou, tratar-se de uma verdade aplicável, ou seja, aquela que Habermas conceitua como uma verdade acatada por todos os envolvidos[7]. Já sobre o ato regulador caberá se atribuir se esta atitude é correta, ou seja, se é uma verdade correta, regular, cabível à exigência então atribuída na interpretação.

Não se pode olvidar, portanto e ainda, que Habermas compreende a interpretação dos fatos da forma mais racional possível, sejam como verdades ou como pretensões válidas.

Ainda qualifica o estudioso que os atos de fala representativos tenham em sua edificação a sinceridade, e/ou veracidade.

Disto tudo deságua o entendimento de que com todos os atos de fala de interação ordinária se propõe uma pretensão de inteligibilidade. Nos atos de fala consensuais, onde se busca consenso entre os falantes, são pontuadas quatro pretensões de validade: A expressão inteligível, para que o falante e ouvinte entrem em consenso mútuo de aceitação da verdade ou validade; conteúdo verdadeiro, para que o ouvinte entenda a veracidade conforme o seu saber; manifestação de forma veraz, para que seja possível crer e ter confiança na exposição; e,

[6] *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 22/12/2015, pág. 93.

[7] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 22/12/2015, pág. 93. Segundo os critérios de verdade da teoria do consenso "eu posso dar um predicado a um objeto, só quando todas as outras pessoas que puderem entrar numa conversa comigo, atribuírem ao objeto o mesmo predicado. A fim de distinguir as afirmações falsas das verdadeiras, eu me refiro ao julgamento dos outros – na verdade, ao julgamento de todos os outros com os quais tive uma conversação (incluo aqui, contratualmente, todos os parceiros de discurso que pudesse encontrar se o histórico da minha vida fosse co-extensivo com aquele da espécie humana). A condição para a verdade das afirmações é o acordo potencial de todas as outras pessoas.

manifestação correta, para que haja coincidência entre si sobre o cerne normativo conhecido.

Quando não se alcançam quaisquer destas quatro pretensões de validade, segundo Habermas, se dá a passagem da ação comunicativa para o que qualifica como discurso, que se traduz como teórico ou prático. No primeiro discurso o falante oferece razões para que o ouvinte creia racionalmente em sua proposição. Já no prático, há que se contextualizar a narrativa com validade. Há ainda, em sua teoria e nesta seara analítica, outras duas pretensões. De inteligibilidade da comunicação, referida como discurso explicativo e de veracidade, situada onde a honestidade do falante não se resolve discursivamente, mas sim e somente, em suas ações.

Nos ensina Alexy[8] que:

> Um passo decisivo na teoria de Habermas consiste no fato de que "a teoria dos atos de discurso faz parte de uma teoria geral da comunicação que distingue duas formas fundamentalmente diferentes de comunicação: ação e discurso. Ações são jogos de linguagem, em que as condições da validade implícitas nos atos de discurso são tacitamente reconhecidas. Ao contrário, nos discursos, as afirmações sobre a verdade que se tornou problemática são trazidas à tona em sua justificação é analisada. Nas ações a questão sobre se a afirmação feita no ato de discurso é verdadeira, ou se o estado de coisas nela expressa existe, não é feita.

Para Habermas, segundo McCarthy, o discurso é essa forma "peculiarmente improvável de comunicação, em que todos os participantes se submetem à "coação não coativa do melhor argumento", com a finalidade de chegar a um acordo sobre a validade ou não validade das pretensões problemáticas.

Diz Habermas[9]:

> É que a inegável diferença entre a lógica do discurso teórico e do discurso prático não são tais que expulsem o discurso prático do âmbito da racionalidade; que as questões prático-morais podem ser decididas "por meio da razão", por meio da força do melhor argumento; que o resultado do discurso prático pode ser um resultado "racionalmente motivado", a expressão de uma "vontade racional", um consenso justificado, garantido ou fundado; e que, em consequência, as questões práticas são suscetíveis de verdade num sentido amplo dessa palavra.

A razão é o foco para que a argumentação seja programada e crível - por sua verdade, ou válida - por sua natureza de ser correta e, portanto, juridicamente aceitável. Fala-se em simetria e total liberdade entre todos os participantes, sempre nos termos antes identificados da fala consensual ou do discurso, cada um a seu tempo e condições. Essa tese de argumentação

[8] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 94. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 22/12/2015.

[9] *Apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 191.

funciona quando a todos os participantes é dada uma distribuição simétrica das oportunidades de escolher e executar atos de fala.

O genial da teoria de Habermas reside na substituição de uma razão prática (agir orientado por fins próprios), baseada num indivíduo que através de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanação da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito é capaz de realizar a grande aspiração da realidade, isto é, a efetivação da justiça.[10]

Em resumo, vale citar:

> Chamo de ideal uma situação de fala em que as comunicações não são impedidas só por influxos externos contingentes, mas também pelas coações decorrentes da própria estrutura da comunicação. A situação ideal de fala exclui as distorções sistemáticas da comunicação. E a estrutura da comunicação só deixa de gerar coações se, para todo participante do discurso, é dada uma distribuição simétrica das oportunidades de escolher e executar atos de fala[11].

Alexy, em sua proposta, sobre as exigências de simetria e liberdade de Habermas, denomina como *regras de razão.* Parece-nos justo afirmar que Alexy objetivou em sua teoria a capacidade de delinear critérios para julgar se uma proposição é racionalmente válida.

2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ALEXY

Como dito, Alexy se utiliza do discurso de Habermas e tal se pode caracterizar como teoria do procedimento.

Assim o contexto de Alexy para a argumentação se constrói diante de três proposições:

1) Com relação aos indivíduos;

2) Com relação às exigências; e

3) A inclusão ou não da possibilidade da modificação das convicções normativas dos indivíduos.

Enquanto procedimento, sendo ainda este fundado em discurso racional, necessita de um

[10] *Apud* NOGUEIRA, Clauton Ritnel. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, nº 23, setembro, 2005. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=257, acessado em 17/09/15.

[11] *Apud.* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 191.

regramento como linha mestra para que não se resulte numa discussão infinita e a fundamentação se torne circular. Ante esta linha mestra, como aporte a uma discussão racional, chega-se ao resultado, mesmo que não signifique este ser absolutamente correto.

As proposições se traduzem podendo se tratar de um único falante ou de vários e até mesmo de vários de uma mesma classe (auditório universal de Perelman)[12]. Esta teoria de Alexy, do discurso, abrange em seu procedimento a possibilidade de participação de um número ilimitado de falantes e/ou envolvidos, desde que estes realmente existam.

Sobre exigências, podem estas se situar como condições ou regras e Alexy as constitui, ambas, como formas de argumento.

A inclusão ou não da possibilidade de modificação das convicções normativas dos indivíduos, falantes ou não, torna-se, para Alexy, como uma assertiva, ou seja, pode-se decidir e se caracterizar a teoria pelo fato de as convicções fáticas e normativas poderem ser modificadas em virtude dos argumentos existentes no curso do procedimento.[13]

O comportamento do falante também é enquadrado por Alexy no procedimento, fundamentando-se as regras sobre quatro possibilidades. Cabe anotar, resgatando-se a ideia de Alexy, que importa o discurso prático racional geral, não o teórico.

Uma das possibilidades tratadas às regras que devam ser tratadas como regras técnicas é evitar ou buscar que o fim conseguido por meio do discurso elimine de forma não violenta o conflito discutido. Essa possibilidade é seguida pela "Escola de Erlangen".[14]

A segunda, da fundamentação empírica, se pauta na demonstração de que determinadas regras vigoram de fato. A terceira é que a fundamentação definidora consiste em analisar as regras que definem um jogo de linguagem, aceitando-as como critério. E, a quarta, chamada de "pragmático-transcendental" ou "pragmático-universal", situa-se em demonstrar que a validade

[12] *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pág. 133. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 22/12/2015. No cerne da teoria de Perelman como teoria normativa da argumentação, portanto, está a designação de uma audiência que só pode ser convencida por meio de argumentos racionais. Perelman chama isso de "audiência universal" (auditoire universel). A concordância da parte da audiência universal é o critério de racionalidade e objetividade na argumentação.

[13] *Apud.* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 143

[14] *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pág. 117. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 22/12/2015. A teoria da deliberação prática da escola de Erlangen dá uma importante contribuição para a teoria do discurso prático. Essa teoria formulada por Lorenzen e, particularmente desenvolvida por Schwemmer, é uma tentativa de aplicar um método construtivo ao campo da ética.

de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística.

A aplicação destes caminhos de fundamentação prescinde do cabimento interpretado pelos próprios participantes, pois segundo Alexy todos estes métodos oferecem vantagens e desvantagens.

3. OS LIMITES DO DISCURSO PRÁTICO GERAL

Todos os discursos devem se iniciar a partir das convicções normativas dos falantes ou ouvintes, estas que se determinam historicamente e também são variáveis. Isto não se traduz em solução a todos os problemas de conhecimento que venham a surgir, bem como também não significam que em caso de acordo sobre estas convicções normativas todos estariam dispostos a cumpri-lo. Alexy empresta de Kant uma distinção entre formação do juízo e formação da vontade. Entender de uma forma e agir desta forma são situações distintas.

Aí se reveste de realidade, a partir desta necessidade, o sistema jurídico que possa encobrir este vazio de racionalidade que surge entre o saber o que é certo e o agir de acordo com o que se sabe que é certo. Aparece assim a imposição das normas postas no discurso, impondo-as àqueles que não estejam dispostos a segui-las por seu próprio entendimento.

> A observação das regras estipuladas e a utilização das formas de argumento descritas na verdade aumentam a probabilidade de alcançar acordo em assuntos práticos, mas não garantem que a concordância seja alcançada em todo assunto nem que o acordo obtido seja final e irreversível. A razão disso está nos fatos de que as regras de racionalidade, em particular, só podem ser parcialmente cumpridas, que nem todos os passos na argumentação são passos fixos, e que todo discurso precisa se basear em preconcepções normativas historicamente dadas, e, portanto, mutáveis[15].

Os procedimentos jurídicos se instalam no entendimento de Alexy de três formas:

> 1) Criação estatal de normas jurídicas. Existem regras do discurso pratico que são discursivamente impossíveis e outras que são discursivamente necessárias, sendo que o resultado desta balança poderia ser aquele em que sem contrariar as regras do discurso se fundamentassem regras incompatíveis entre si. As normas jurídicas selecionariam, então, algumas destas normas discursivamente possíveis, sem, contudo, garantir, por si própria, a solução a todos os casos apenas seguindo-se ou utilizando-se destas normas vigentes.
>
> 2) O segundo procedimento, que nasce em razão da imprecisão ou da incerteza do primeiro, denominado por Alexy como argumentação jurídica ou discurso jurídico, que teria o condão de

[15] *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pág. 200. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 03/01/2016.

emitir uma resposta correta ao caso. Mas este também se limita por não resultar nesta única resposta, necessitando de um procedimento que preencha essa lacuna de racionalidade.

3) O terceiro, portanto, é o processo judicial, este que visa preencher a dita lacuna de racionalidade, emitindo um resultado único como resposta entre as regras discursivamente possíveis.

Vale a pena citá-lo:

> Alguns julgamentos de valor e de obrigação, bem como algumas regras são obrigatoriamente requeridas e totalmente excluídas pelas regras do discurso. Isso é verdade, por exemplo, para regras que excluem totalmente alguns seres humanos da participação nos discursos, impondo-lhes o status jurídico de escravos. Nesse sentido é possível falar respectivamente de "impossibilidade discursiva" e de "necessidade discursiva". As regras do discurso podem ser necessárias ou discursivamente impossíveis. Nas instâncias em que duas afirmações normativas ou regras incompatíveis podem ser justificadas sem violar nenhuma das regras de discurso, podemos falar em "possibilidade discursiva". Esta situação por sua vez, pode ser tema do discurso prático. Nesses discursos, se justificam as regras que tornam possível decidir entre duas soluções incompatíveis e discursivamente possíveis[16].

4. O DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Tendo em conta que no discurso jurídico se discutem as questões práticas e que também se inclui a pretensão de correção, dentro das limitações do discurso prático, entende-se que uma determinada proposição a se analisar não pode ser sustentada como mais racional, mas sim, que possa ser fundamentada de forma racional e dentro do contexto do ordenamento jurídico vigente e aplicável. Portanto, o discurso jurídico precisa necessariamente se sustentar na racionalidade de interpretação do discurso prático geral que também se sustenta pela sua sujeição à lei e à dogmática jurídica. Alexy, então, distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas, a interna e a externa.

A interna se trata de uma inferência dedutiva, para a fundamentação de uma decisão jurídica deve haver pelo menos uma norma universal e esta decisão deve ser seguida logicamente de pelo menos uma norma universal junto a outras proposições.

Já a externa se refere na justificação das premissas, que se situam em direito positivo, enunciados empíricos e um terceiro tipo de enunciados que se formam a partir de argumentação jurídica.

[16] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pág. 200/201. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 03/01/2016.

Alice Leal Wolf Geremberg[17] cita que:

> A "argumentação jurídica" deve ser estudada a partir de duas etapas: a) a primeira etapa é denominada "justificação interna", fase de descoberta das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada segundo as estruturas formais das regras ou dos princípios; e b) a segunda etapa é denominada "justificação externa", fase de justificação das premissas, quando as premissas elencadas na etapa anterior serão fundamentadas. É na "justificação externa" que a relação entre fato e norma é completada.

O estudioso Galvão Filho faz referência a Alexy[18]., neste tema:

> Segundo Alexy, uma exigência mínima para a justificação de uma decisão judicial é que ela possa ser reconstruída de tal modo que a proposição normativa definidora do dever jurídico particular concreto siga logicamente e das proposições apresentadas na justificação da mesma, juntamente com outras proposições pressupostas, resultando um conjunto todo de premissas livres de contradições. Esse, contudo, é somente um lado da justificação das decisões judiciais, pois a sua correção não deve ser limitada à correção lógica da sua cadeia de proposições. O outro lado da justificação das decisões judiciais consiste na análise da verdade, correção ou aceitabilidade das proposições apresentadas como premissas

E Alexy[19]., diretamente sobre a tese do caso especial, cita que:

> [...] o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso acontece com base em: (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de "caso especial" porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito

5. OS LIMITES DO DISCURSO JURÍDICO. O DIREITO COMO SISTEMA DE NORMAS (REGRAS E PRINCÍPIOS) E DE PROCEDIMENTOS

Como igualmente ocorre no discurso prático geral, o discurso jurídico delimita também o discursivamente possível. Quando diante de um mesmo caso as regras do discurso jurídico autorizam que os falantes cheguem a soluções incompatíveis entre si, porém, todos racionais e válidas em proposições.

Alexy coaduna que respostas discursivamente diferentes não significam que todas sejam possíveis.

---

[17] *Apud* REIS, Jorge Renato dos. ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A teoria da Argumentação Jurídica de Robert ALEXYy e a sua aplicação prática: Constitucionalização do Direito e Ponderação.** http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58661be7f4d35e53, acessado em 03/01/2016. pág. 04.

[18] *Apud* REIS, Jorge Renato dos. ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A teoria da Argumentação Jurídica de Robert ALEXYy e a sua aplicação prática: Constitucionalização do Direito e Ponderação.** http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58661be7f4d35e53, acessado em 03/01/2016. pág. 05.

[19] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pág. 200/201. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 03/01/2016. p. 212.

O ponto principal parece ser aquele em que a correção almejada ou esperada no discurso jurídico, neste contexto argumentativo, é limitada e também relativa, sendo dependente das prerrogativas legais e ainda, até mesmo, do entendimento e da crença dos participantes do discurso nestas prerrogativas no que se determina momento temporal do procedimento.

Mas não por essa motivação Alexy desacredita na teoria do discurso. O fator da possibilidade de respostas diferentes entre os falantes não se traduz em veracidade ou oportuna validade a todas estas respostas, surgindo, portanto, os limites no trânsito entre as verdades e as validades, instransponíveis.

> O fato de que a argumentação jurídica depende da argumentação prática geral não significa que seja idêntica ou redutível a ela. A argumentação prática geral requerida para o discurso jurídico ocorre em formas especiais e segundo regras especiais e em condições especiais. Essas formas e regras especiais levam tanto à consolidação quanto à diferenciação do modo de argumentação. Cada uma é requerida por motivos práticos gerais. Assim, a argumentação jurídica pode ser vista como uma forma especial de argumentação prática geral que é requerida por motivos práticos gerais, estruturalmente dependente de princípios práticos gerais e exigindo argumentação prática geral, e que ocorre em formas especiais, segundo regras especiais, e em condições especiais, sendo, portanto, particularmente poderosa e, portanto, não redutível à argumentação prática geral[20].

Entremeio às diversas opiniões consideradas por Alexy, "toda discussão tem de ter um ponto de partida. Não pode começar do nada. Esse ponto de partida consiste nas convicções normativas dos participantes faticamente existentes. A teoria do discurso não é nada mais que um procedimento para o seu tratamento racional. E, aqui, cada convicção normativamente relevante é um candidato para uma modificação baseada numa argumentação racional.[21]

Preceitua o estudioso ora em comento, por sua teoria, que durante o discurso racional os valores podem ser alterados, conforme as verdades apresentadas em consenso ou não, ainda, de entendimento de cada falante que virá a se tornar, ao final, a verdade válida da argumentação, livre de deficiências que possam ter sido vislumbradas nos momentos anteriores. Destaca ainda em sua teoria que o procedimento até aqui tratado de análise de cada resposta sobre sua oportuna validade, embora na prática, na maioria dos casos, não possa ser realizado, possa assim o ser hipoteticamente pelo perguntante.

Mais, o entendimento é o de que a teoria da argumentação jurídica somente possa ter

[20] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, pág. 271. http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf, acessado em 03/01/2016.

[21] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 215.

valor prático reconhecido se contextualizada no mundo da teoria geral do Estado e do Direito, computando os modelos de sistema jurídico de procedimento e de normas. Além do procedimento, portanto, que seria o lado prático, ativo, há o lado passivo que contempla mais que o sistema de regras, mas também os seus princípios destas. Mas, considerando Dworkin, Alexy preceitua que:

> As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contêm, por isso, determinações no campo do que é fática e juridicamente possível.[22]

A aplicação, portanto, destes princípios deve ser de maneira ponderada, e a explicação a tanto ocorre, pois "são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diversos graus". Os princípios devem servir de fundamento para decisões jurídicas, observando-se uma ordem não necessariamente rígida de três elementos:

> 1) Condições de prioridade: se há conflito de princípios a solução destes no caso concreto valerá a novos casos, formando o caso concreto da regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalecente.
>
> 2) Estruturas de ponderação que derivam da consideração dos princípios como mandados de otimização, com relação às possibilidades fáticas e jurídicas: às fáticas são formuladas duas regras que supõem a passagem do campo da subsunção e da interpretação para o da decisão racional. A primeira destas é uma questão de proporcionalidade de eficácia com foco na otimização, uma medida pode ser proibida se não for eficaz para proteger um princípio, mas for eficaz para proteger outro; A segunda é que uma medida proibida em relação a dois princípios pode ser superada ante a existência de uma alternativa que protege um e alveja menos o dois.

Daí surge a obrigação da otimização das possibilidades jurídicas por seus princípios, segundo a lei da ponderação: "Quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro"[23].

A distância entre as regras e os princípios se materializa em suas considerações de resultado. Os princípios devem ser aplicados ou considerados por ponderação, enquanto as regras, por subsunção. As regras trazem em seu contorno a força coativa, traz em si o fato e a

[22] Apud ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 217.

[23] *Apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pág. 218.

consequência. É de aplicação mais direta. Os princípios trazem em seu contexto uma linha de entendimento, qual será aplicado conforme o fato apresentado, portanto, não necessariamente já previsto ou inserido no princípio. Daí se observa o que acima foi dito por Alexy, sobre a otimização das possibilidades jurídicas por seus princípios. A ponderação seria então um processo por fases e critérios, para obter o cabimento para as possibilidades jurídicas com base nos princípios inicialmente aplicáveis ao fato, ou seja, qual princípio, em resultado argumentativo e de ponderação, será registrado como de melhor validade jurídica para o alcance da solução almejada na proposição.

Finalmente, aqui, pode-se atribuir ao sistema de normas e procedimentos que independentemente de haver apenas uma única resposta correta ao caso estudado, deve haver uma resposta que será elevada como válida e correta e, ainda, contemplando a ideia reguladora de que para cada caso não existe apenas uma única resposta correta mas vale a pena procurar encontrar, entre as hipoteticamente corretas assim validadas no discurso, a única resposta correta para cada caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a superação do Positivismo, limitando o Direito a concepções formais do ordenamento jurídico, houve o retorno de aspectos valorativos através dos princípios ou das cláusulas abertas, havendo a necessidade da criação de teorias que garantissem a objetividade da decisão judiciária.

O presente trabalho buscou demonstrar que é possível racionalizá-la com o emprego da Teoria da Argumentação Jurídica.

Em um primeiro momento, ao analisar o desenrolar do procedimento, encontram-se as regras concernentes ao discurso prático racional geral.

No segundo momento, já na fase de elaboração de norma concreta, o magistrado deverá aplicar as regras concernentes ao discurso jurídico.

Demonstrou-se que a Teoria da Argumentação Jurídica está presente nas decisões judiciais através das regras fundamentais, da razão. Isso é possível quando se observa a dimensão objetiva do princípio do devido processo legal, que viabiliza o contraditório e a ampla defesa, delimita o ônus probatório e demais atos processuais exercidos de boa-fé. Se as regras do discurso prático

racional geral forem respeitadas, será possível pressupor uma sentença justa.

Impossível imaginar o operador do direito desvincular-se da prática argumentativa, havendo um vasto campo de aplicação da teoria da argumentação jurídica.

Buscou-se demonstrar que a teoria da argumentação jurídica possui alguma ligação com a ponderação, buscando a "constitucionalização do direito".

Uma vez respeitadas as regras do discurso prático geral, ao juiz caberá prolatar a sentença valendo-se da argumentação jurídica, que, durante o processo, também foi levantada pelas partes. Esta, por sua vez será fundamentada pela ação silogística e, num segundo momento, pelos argumentos trazidos pelos métodos de interpretação, precedentes, analogia.

Pode-se verificar que os mecanismos contidos na argumentação jurídica atuam no sentido de racionalizar o processo de ponderação, aumentando, dessa maneira, as chances de que a decisão tomada seja a mais justa para o caso concreto, ou, ao menos, que assim seja considerada pelo maior número de pessoas possível.

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

Finalmente, conclui-se a profundidade, a aplicabilidade e a importância de um estudo mais apurado, e linear sobre as obras de Robert Alexy agregando conhecimentos teóricos e práticos de todo e qualquer operador do Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. Disponível em http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/AlexyTeoria.pdf.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cuertino. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

COELHO, André. **Crítica de Habermas à Teoria da Ponderação de Alexy**. Disponível em http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/09/critica-da-habermas-teoria-da.html.

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica jurídica**. A teoria da argumentação de Alexy. Disponível em http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-viii-da-teoria-da-interpretacao-a-teoria-da-argumentacao/7-a-teoria-da-argumentacao-de-alexy.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O Discurso Jurídico como discurso Prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, nº 09. Dezembro de 2006. Disponível em http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/FernandoGalvao.pdf.

NOGUEIRA, Clauton Ritnel. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, nº 23, setembro, 2005. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=257.

LIMA JR., Claudio Ricardo Silva. Teoria da Argumentação: a proposta de Robert Alexy para a fundamentação racional da decisão jurídica**. Jus Navigandi**. Publicado em 08/2010. Disponível em http://jus.com.br/artigos/17268/teoria-da-argumentacao-a-proposta-de-robert-alexy-para-a-fundamentacao-racional-da-decisao-juridica/2.

REIS, Jorge Renato dos. ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexyy e a sua aplicação prática: Constitucionalização do Direito e Ponderação**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58661be7f4d35e53.

CONSTITUCIONALISMO E A DECISÃO PRODUZIDA NO PROCESSO PENAL: RETÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO

Patrícia Pasqualini Philippi[1]

Saul José Busnello[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a análise da decisão proferida no processo penal, num ambiente de forte Constitucionalismo, o qual impõe ao julgador na arte da retórica e da argumentação jurídica, motivar e fundamentar tudo o que vier a decidir.

Parte-se do pressuposto de que não há juiz neutro e todas as decisões, além do aspecto formal e racional que apresentam, ou que se obrigam a apresentar, tem no seu fundo o ideológico, o irreal, a alma, a dor, o amor ou dissabor de quem decide. Em áreas de conflito, falar em neutralidade, imparcialidade, beira a mais pura inocência.

Apesar e independente disso, é importante que se motive e fundamente a decisão, sobretudo a decisão no processo penal, de forma adequada, já que o que está em jogo é via de regra o direito de liberdade do indivíduo.

A decisão deve, portanto, quer por regras, quer por princípios, amoldar-se à luz da Constituição Federal. É essa sem sombra de dúvidas, a forma adequada de fundamentar, motivar e justificar.

[1] Advogada; Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Introdução ao Estudo do Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: philippi@unidavi.edu.br

[2] Advogado atuante em Blumenau/SC - OAB/SC 25091; Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG; Graduado em Direito pelo Centro de Educação Superior de Blumenau – CESBLU; Graduado em Tecnólogo em Processamento de Dados a Nível Superior pela Universidade Regional de Blumenau – FURB; Professor Universitário, Titular no Curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI; Coordenador e Orientador junto ao Laboratório Piloto de Mediação de Conflitos do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI; Coordenador Editorial da Revista Julgados Turmas de Recursos e Tribunal de Justiça de Santa Catarina [ISSN 1415-529X]; Editor Responsável e Membro do Conselho Editorial da Revista Direito UNIDAVI [ISSN 2177-2991]; Autor de Livro e de Artigos Jurídicos publicados em periódicos impressos de circulação nacional e On-line. E-mail: saulbusnello@hotmail.com

A par disso, trata-se no primeiro capítulo do Constitucionalismo e de que como este fenômeno fortaleceu o Estado democrático e social do direito, evoluindo para um Estado Constitucional do direito, em que a força da Constituição é força motriz de todo o ordenamento jurídico e do próprio Estado.

O segundo capítulo dedica-se por sua vez a estudar o processo penal como um sistema de garantia, que deve passar pelo filtro da Constituição, como forma de evitar tiranias. Além disso, desbrava-se a valoração da prova e o livre convencimento do juiz, os quais mais dia, menos dia, cairão na armadilha da verdade real, pois esta simplesmente inexiste. Logo, por vezes o que se julga não é o crime, mas infelizmente, o criminoso.

No terceiro e último capítulo, analisa-se a necessidade argumentativa e retórica da decisão, cuja motivação e fundamentação denotam além da persuasão, também o direito ao duplo grau de jurisdição. Neste capítulo se esclarece os requisitos retóricos da decisão que se inicia pela verossimilhança dos fatos, passa pela observância da legalidade, a percepção axiológica, chegando ao final, com a discussão acerca da sua só "aparente" neutralidade, para enfim, ratificar a ideia de que tudo deve ser interpretado e aplicado passando-se pelo filtro da Constituição. Eis o remédio mais forte contra decisões arbitrárias.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente[3], da Categoria[4], do Conceito Operacional[5] e da Pesquisa Bibliográfica.[6]

Para este fim, visando estabelecer uma ordem didática que permita uma compreensão adequada dos aspectos envoltos na pesquisa, optou-se por conceituar as diversas categorias na medida em que forem apresentadas, procurando identificar os seus contornos e variáveis.

Delimitado o conteúdo que se tratará e indicada a metodologia a ser utilizada, inicia-se com uma abordagem do Constitucionalismo, partindo-se logo em seguida para uma abordagem acerca do processo penal, correlacionando-os e chegando ao final à ideia de que neste ambiente, apesar

[3] Conceitua-se Referente como "a explicitação prévia do(s) motivos, do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54).

[4] Denomina-se Categoria "a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 25).

[5] Conceito Operacional é a "definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 37).

[6] Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 209).

de inexistir decisão neutra, toda ela deverá ser motivada e adequadamente fundamentada, o que pressupõe o respeito e a obediência à Constituição.

1. CONSTITUCIONALISMO

Na releitura da história, percebe-se que o direito é um poderoso instrumento de transformação da Sociedade[7] e da sua ordem política, econômica e social. Tal fenômeno inserido nos amálgamas da Sociedade Moderna e fincado no Estado de Direito – Democrático e Social, ganha maior força com o paradigma do Constitucionalismo, ou Estado Constitucional de Direito[8] surgido nas últimas décadas do século XX.

Na leitura de Streck, "Seu ponto de partida é a existência de uma Constituição com característica compromissória e dirigente, que atravessa vertical e horizontalmente as relações sociais."[9]

Para Atienza, o Constitucionalismo, traz a partir da Segunda Guerra Mundial um modelo de constitucionalização dos direitos baseado na existência de Constituições rígidas, povoada de direitos, capazes de condicionar a legislação e a jurisprudência à ação dos atores políticos ou as relações sociais, ou a sua teorização.[10]

Os significados deste novo paradigma vão desde a equivalência a um sistema jurídico até uma teoria do direito. Como sistema jurídico, o Constitucionalismo equivaleria a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a toda e qualquer fonte normativa subordinada à Constituição e como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais aportada apenas na conformidade das suas formas de produção e formas

[7] A opção da autora da presente Dissertação para este tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: "[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!". Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (negritos e destaques no original).

[8] Conforme Ferrajoli, pode-se utilizar "jus-constitucionalismo" ou "constitucionalismo jurídico" ou ainda melhor, "Estado Constitucional de Direito" ou, simplesmente, "constitucionalismo" para designar – em oposição ao "Estado Legal" ou Estado legislativo de Direito", privado de Constituição ou dotado de Constituição flexível – o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais, qualquer que seja sua acepção filosófica e metodológica. *In:* FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

[9] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In:* PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p. 11.

[10] ATIENZA, Manuel. Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo**.

procedimentais de elaboração, mas também à coerência de seus conteúdos com os princípios de justiça previstos na Constituição.[11]

Sua força motriz é identificada na existência da Constituição como uma lei superior a ser adotada à legislação ordinária, independente das técnicas que garantam a sua superioridade.

E neste viés, emanam do Constitucionalismo duas concepções contrapostas quanto à referida técnica de aplicação: a ideia do constitucionalismo jusnaturalista, onde os princípios são utilizados na motivação da decisão como objeto e mediante ponderação e o constitucionalismo juspositivista, onde a motivação se dá por regras, mediante subsunção.[12]

Ao lado desta distinção, o que Ferrajoli chama de constitucionalismo argumentativo principialista e constitucionalismo normativo ou garantista, diz-se que o primeiro é marcado pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de normatividade mais branda, confiada não à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. Já o segundo, caracteriza-se pela normatividade forte, que pressupõe que a maior parte dos princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras.[13]

Essa dicotomia toma fundamental importância na tomada de decisões, sobretudo, em Estados Constitucionais de Direito, onde a motivação das decisões é direito e garantia previstos pela e na própria Constituição.

Além disso, sabe-se que sob este novo paradigma, a argumentação segue acompanhando a decisão, que não pode ser apenas descritiva ou explicativa, mas, antes e acima de tudo, justificada.

Nas exatas palavras de Atienza[14] lê-se:

> A forma de Estado Constitucional é a que exige também um maior uso de argumentação. Digamos que a ideia regulativa do Estado Constitucional supõe a submissão completa do poder à razão e, portanto, a exigência de que as decisões jurídicas devem ser decisões justificadas com razão, decisões argumentadas. Pode-se compreender, a partir disso, que cada vez mais exista uma maior pressão para que os juízos motivem, devidamente, as suas decisões, o que tem uma extraordinária

[11] FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

[12] FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

[13] FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

[14] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 134.

importância, não só do ponto de vista estritamente jurídico (para o bom funcionamento de um sistema de recursos), senão também em um plano político.

O Estado Constitucional de Direito reflete a ideia de que o que antes era primazia da lei – no Estado de Direito - passou a ser então a primazia da Constituição, tendo deslocado a reserva da lei para a reserva da Constituição e do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Soma-se a isso, a inserção do princípio democrático nas atuais Constituições, o que agregou outra característica, a de a lei ser não só uma regra geral, mas também a expressão de vontade da toda a coletividade, formulada por representantes livremente escolhidos pelos cidadãos. Da conexão interna entre estas duas qualidades tem-se o "Estado constitucional democrático de direito".[15]

O Estado Constitucional e Democrático de Direito supõe um equilíbrio entre o caráter determinante da vontade popular e a garantia de direitos ou situações jurídicas fundamentais do indivíduo, intocáveis, inclusive, por esta mesma vontade.[16]

A respeito da Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988, afirma Ferrajoli que é indubitavelmente a mais avançada de todas da América Latina, especialmente no que diz respeito a um amplo catálogo de direitos sociais. Disso resulta uma postura de Estado Constitucional de Direito enormemente potencializada, seja no que diz respeito às garantias primárias (nos limites e vínculos impostos à legislação para a tutela dos direitos constitucionalmente estabelecidos), seja nas garantias secundárias, conferidas à jurisdição e prevista para as hipóteses de violações das garantias primárias (consistente na obrigação de anular ou sancionar os atos inválidos ou ilícitos).[17]

O papel da Constituição ganhou, com o passar dos tempos, paulatinamente força e excelência, sendo instrumento jurídico e político fundamental de organização do próprio Estado e de transformação social, além de funcionar como limite pela legislação ordinária. O Constitucionalismo é marcado assim pelo Direito, pela Democracia e pela força da Constituição.

[15] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

[16] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212-214.

[17] FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. FERRAJOLI, Luigi, et al. (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232-233.

Portanto, neste momento que permeia a história, compreende-se que o direito não é mais ordenador, como na fase liberal, tampouco é promovedor, como na fase do *welfare state;* em tempos de Estado Democrático de Direito, é este mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em elemento qualificativo para sua própria legitimidade, uma vez que é o provedor do processo de transformação da realidade.[18]

Como consequência do Constitucionalismo, adverte Atienza que há uma tendência em se aumentar os poderes dos juízes - dos aplicadores do Direito. E por isso a necessidade de se desenvolver uma cultura de motivação das decisões judiciais.[19]

Registre-se que o Constitucionalismo defendido por Atienza, ao menos é o que declara Ferrajoli, é o que se revela no modelo de constitucionalismo argumentativo principialista o que produziria, inclusive, uma maior discricionariedade. [20]

Isto porque no Estado Constitucional de Direito os princípios ostentam uma particular relevância, dando aos juízes mais poderes do que tiveram no Estado anterior, Estado Legislativo. Isto se daria porque os princípios têm uma maior abertura semântica que as regras, e deste modo, podem conduzir a uma maior discricionariedade das decisões judiciais.[21]

A questão é diferenciar discricionariedade de arbitrariedade, fazendo com que os juízes se movam dentro de parâmetros de discricionariedade e não de arbitrariedade, o que se alcançaria com argumentação jurídica e a exigência de motivação racional das decisões judiciais.[22]

Sem nem mesmo adentrar-se na discussão de casos fáceis ou de casos difíceis (easy e heard cases), ou ainda, como diz Atienza, em casos trágicos[23], este artigo procura evidenciar a necessidade de motivar as decisões judiciais no âmbito de Estados Constitucionais de Direito ou do fenômeno também conhecido como Constitucionalismo. Motivar no sentido de justificar, não apenas explicar ou descrever.

---

[18]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In:* PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013, p. 17.

[19] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 137.

[20] FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

[21] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 137.

[22] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane (Org). **Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 199.

[23] Expressão utilizada por Manuel Atienza em Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo**.

Como adverte Dworkin[24], "O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente."

Destarte, toda e qualquer decisão, fácil, difícil, ou trágica deve ser adequadamente motivada. E isso, afinal, independe da técnica. Seja, principialista ou normativa, o que realmente importa, é evitar decisões arbitrárias ou inexplicáveis.

E mais, é imprescindível para as partes da relação processual tomar conhecimento dos reais motivos da decisão e no que a mesma se sustenta. Isso se dá no mínimo por três razões: primeiro, porque é a partir desta argumentativa fundamentação que a parte decidirá se irá ou não recorrer, abrindo-se espaço ao duplo grau de jurisdição; segundo, sabendo da motivação, saberá o que replicar ou em que recorrer; terceiro, terá o Tribunal condições de firmar um posicionamento real acerca da necessidade ou não de revisar ou cassar a decisão proferida.

No Brasil, a exemplo dos países europeus continentais, onde o direito aparece integrado fundamentalmente por códigos e normas legisladas ou regulamentares formais, é descabido afirmar e defender o modelo de um juiz que seja mera "boca da lei", pois depende a norma jurídica e escrita de interpretação e ajustes. Nesta perspectiva, o juiz ao selecionar um dos muitos sentidos possíveis da norma, levando em conta a equidade, atuará na criação do Direito, cujo limite da tarefa é a própria lei.[25]

Essa nova concepção matizada pelo Constitucionalismo mostra que o Direito não é uma realidade pronta, já dada como um produto de uma autoridade ou vontade. O Direito é uma prática social, que exige realismo e no que implica aferição de valor.

Nesta perspectiva, a argumentação no Direito é tarefa obrigatória, sobretudo, nas decisões judiciais, que exigem motivação adequada e à luz da Constituição, pois se constitui a decisão não apenas em uma resposta formal às partes e à Sociedade, mas num instrumento de criação e mutação do próprio Direito.

2. PROCESSO PENAL

Em verdade, o processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da história e seus princípios de política processual não é outra

[24] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127.

[25] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 141.

coisa senão segmentos da política estatal, servindo assim como termômetro dos elementos corporativos ou autoritários da Constituição.[26]

Neste raciocínio, uma Constituição autoritária corresponderá a um processo autoritário, inquisitório; uma Constituição democrática impõe a democratização do processo penal, sua abertura para realização do projeto democrático lá insculpido.[27]

A par disso, uma Constituição democrática deve orientar sempre para a democratização substancial do processo, que não tolera um processo penal autoritário típico de um Estado de Polícia, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.[28]

À medida que o processo serve como instrumento para realização do Direito, tem ele uma dupla função, de um lado, no sentido de tornar viável a aplicação da pena, do outro, de servir como garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. O processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir a plena efetividade aos direitos constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.[29]

Neste compasso a Constituição passa a ser um instrumento de garantia contra a tensão entre a liberdade e o poder (movimento que caminha e atravessa a história da civilização) e pelo seu filtro devem passar todos os ordenamentos infraconstitucionais, a exemplo da lei penal e processual penal.

Não se pode olvidar, porém, conforme já alertado por Brandão e Spengler, que nem sempre isso se mostra possível, porquanto, nesta fábrica de leis, nem sempre há obediência ao dito e prescrito pela Constituição:

> Percebe-se, assim, que a contínua falta de percepção legislativa de leis penais e processuais penais têm por destinatários seres humanos, assim como o esquecimento de que está declarado. Na Constituição Federal, ser o Brasil um Estado Democrático e de Direito, afasta a elaboração das leis do leito do rio que deveria desaguar nos limites e garantais que se aplicam a todos, indistintamente, para encontrar a foz do arbítrio e da seletividade[30].

---

[26] Texto extraído e reproduzido da Dissertação de Mestrado da autora – Patrícia Pasqualini Philippi sob o título: **"Medidas Cautelares Substitutivas Alternativas á Prisão Cautelar Preventiva:** uma análise à luz do garantismo. 2013 – Universidade do Vale do Itajaí – Univali, SC.

[27] LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 13.

[28] LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal.** Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/32>. Acesso em 23 set. 2015.

[29] LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal.** Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/32>. Acesso em 23 set. 2015.

[30] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra rigorosamente a tutela dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo do Estado, tendo recepcionado o modelo Garantista e todos os seus axiomas de garantia, de forma a adequá-los o máximo possível às regras penais e processuais.[31]

Prescreve ainda em seu artigo 93, inciso IX, que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]."[32]

Além disso, o texto constitucional acrescentou ainda previsão especial para as decisões adotadas no processo penal, obrigando em seu artigo 5º, LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]".[33]

Somando o modelo de Estado Constitucional e democrático de direito, ao fenômeno do Constitucionalismo em todas as suas acepções e ao que prevê o ordenamento pátrio, a necessidade de motivação e fundamentação das decisões judiciais resta inconteste.

O problema reside em como argumentar, ou melhor, como fundamentar e motivar as decisões, porquanto dois caminhos podem ser assumidos: um por princípios e o outro por regras, estas aqui entendidas como normas.

Outro terreno arenoso é o subjetivismo contido nas decisões. Subjetivismo fruto da psique, do emocional, do histórico, da ideologia, do temperamento, enfim, dos sentimentos que permeiam a mente de cada juiz.

Isto se torna mais grave, quando se percebe que o juiz primeiro decide, para depois argumentar (fundamentar). E nisso, precisa escamotear por vezes seus reais motivos, percorrendo uma reconstrução técnica e racional para justificar seu entendimento e com isso manter sua decisão.

Logo, muitas vezes a motivação, "seria, portanto, uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis."[34]

âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 104.

[31] A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate;A4 Nulla necessitates sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla action sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine acusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal:** a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 294-295. (itálicos conforme o original).

[32] BRASIL, Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2014.

[33] BRASIL, Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2014.

Neste contexto, também se mostra como celeuma a valoração da prova e o que permeia a livre convicção do juiz. A motivação destes elementos condiciona o raciocínio decisório e afasta em tese, arbitrariedades, tiranias ou devaneios.

No âmbito processual penal, existem, basicamente, três sistemas de avaliação e valoração das provas: sistema da prova tarifada (quando todas as provas tem seu valor pré-fixado na lei); sistema da livre convicção, sem necessidade, portanto, de motivação e sistema da persuasão racional ou da livre convicção motivada.

O processo penal brasileiro "caminhou para o sistema da livre convicção motivada, ou da persuasão racional."[35]

Dispõe o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro:

> Art. 155. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A motivação tem assim a natureza de um discurso que justifica a decisão judicial, ou seja, não se trata apenas de indicar motivos no sentido de antecedentes causais, para enfim, explicar a decisão, mas de dar lugar às razões que efetivamente justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo.[36]

A tarefa de reconstruir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu (baseado no livre convencimento) e de valorar a prova, conforme valorou, é tarefa difícil.

Defende Brum, que referente à valoração da prova, "os códigos são lacônicos, a doutrina extremamente plástica, e a jurisprudência, vacilante."[37] Diante destes aparelhos os juízes podem manejar os fatos segundo suas crenças, ideologias, emoções, sentimentos. Para isso, a única reserva que o sistema oferece é que o juiz deve fundamentar suas decisões, permitindo que os inconformados possam investir contra as mesmas, voltando os mesmos instrumentos oferecidos por este sistema.[38]

---

[34] MALAN, Diego; Prado, Geraldo (Coord.). **Processo Penal e democracia:** estudos em homenagem ao 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 66.

[35] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 782.

[36] MALAN, Diego; Prado, Geraldo (Coord.). **Processo Penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 67.

[37] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 71.

[38] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 71.

Logo, acerca da dimensão retórica da prova, mesmo na esfera fática atrelada à sua valoração, os juízos não são meramente descritivos, mas de valor, no que também devem passar pela esfera justificativa.[39]

Por outro lado, o uso da norma como única solução para todas as panaceias que envolvem a decisão, mais parece fetiche. Como já disse certa feita Warat: "Assim, no mundo do direito, graças ao fetichismo das normas, tudo parece ser objeto de decisões, da vontade, fruto de atos pessoais, em uma palavra, encarnação da Razão."[40]

Não há, porém, como negar que os fatos postos ao crivo judicial terão de ser reconstruídos no momento da decisão. Essa reconstrução caracteriza-se pela seleção, avaliação e interpretação do material probatório que foi recolhido e acumulado ao longo da instrução criminal. E nessa reconstrução fática, terá o juiz que justificá-la como verdadeira.[41]

E isso não termina por aqui. Nesta reconstrução há também interpretação. A postura de interpretar pode ser formalista, que tem por objetivo principal a segurança jurídica, ou realista, as quais tem por valor máximo a equidade.

Não se presta este artigo em detalhar estes critérios. Apenas cita-se para fins de instigar a sua investigação em outro tempo e lugar, porquanto, seus resultados certamente fazem a valoração da prova e a convicção do juízo trilhar por caminhos diferentes.

Nada, porém, pode escapar à interpretação conforme a Constituição. Esta, mais que uma técnica de salvamento da lei ou de ato normativo, consiste em técnica de decisão.[42]

Assim, é preciso considerar que o Direito não pode ser entendido exclusivamente como um sistema de normas, mas também como uma prática jurídica.

Vários fenômenos envolvem esta prática e afastam a tão desejada neutralidade do juiz. Neste suspense, o que de exato se tem é a imprescindibilidade da argumentação judicial e sua adequada motivação que deverá sempre ocorrer à luz da Constituição, o que fornecerá às partes e ao órgão superior a real possibilidade de um duplo grau de jurisdição ou por outro lado, a vinculação da decisão proferida, como fonte de criação do direito.

---

[39] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 71.

[40] WARAT, Luis Alberto. **A epistemologia Jurídica da Modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995, p. 60.

[41] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 77.

[42] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

3. DECISÃO PENAL: RETÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO

A prática jurídica envolve a arte de convencer e comover através de provas, fatos e argumentos. Num Estado Constitucional e democrático de direito esta atividade tem relevância fundamental, porquanto, a atividade jurisdicional exige fundamentação em todas as suas operações.[43]

As palavras, no Direito são, portanto, feitas para persuadir. E como afirma Reboul, a retórica "é a arte de persuadir por meio do discurso."[44]

Acentua Atienza que a argumentação dentro da concepção pragmática pode distinguir-se sob dois enfoques. Um da retórica, centrado na ideia de persuadir um auditório, de papel estático. Outro da dialética, em que a argumentação assume um papel dinâmico, com interação constante.[45]

Para o jurista, a teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente no contexto da justificação dos argumentos e em geral costuma ser tanto pretensões descritivas, quanto prescritivas, defendendo a ideia de como as decisões se justificam de fato e também como deveriam elas ser justificadas.[46]

Muito mais que uma deliberação individual, o ato de decidir é um procedimento dentro de um processo, um sistema interativo global, em diferentes níveis recorrentes.[47]

Quem decide ou colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem, num discurso juridicamente racional e fundamentado, comprovado.[48]

A decisão produzida no processual penal como sentença contém requisitos formais, disciplinados no artigo 381 do Código de Processo Penal[49] e requisitos retóricos, argumentos estes

---

[43] FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord); VALVERDE, Alda da Graça Marques; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos. **Lições de argumentação jurídica: da teoria à pratica.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 16.

[44] REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica.** Tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XIV.

[45] ATIENZA, Manuel. Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo**.

[46] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica.** Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 8.

[47] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 307.

[48] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 318.

[49] O artigo citado diz que: "Art. 381. A sentença conterá: I – o nome das parte ou, quando não possível, as indicações necessárias para identifica-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; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V –o dispositivo; VI – a data e assinatura do juiz. In: BRASIL. **Códigos**

pelos quais uma sentença terá maior probabilidade de impor-se à comunidade jurídica como norma vinculante.[50]

O julgador em qualquer processo, mas aqui com enfoque no processo penal, ao decidir pela condenação ou absolvição do réu, chegará a esta conclusão por vários motivos, muitas vezes por suas percepções pessoais, sua ideologia, sua história, seu temperamento, seus valores e suas emoções, os quais certamente não seriam aceitos pela comunidade jurídica.[51]

Então, entende Brum que buscará ele outros caminhos, que pode ser por meio da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Para o referido autor, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida distante dos Tribunais e sua possibilidade de controle seria mais difícil.[52]

Ocorre que na determinação da verdade processual e na justificação da valoração das provas, haverá quase sempre opções ao livre convencimento do juiz. Surge daí o primeiro requisito retórico da sentença, o da verossimilhança fática, o que seria um efeito da verdade.[53] A verdade processual, porém, não é espelho da realidade.[54]

Como alerta Atienza[55]

> É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão, seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das instituições 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.

A verdade aqui tratada é a formal, ou seja, aquela estabelecida por meio do processo. A verdade real ou material a ser alcançada no processo penal é uma afirmação dogmática que não tem qualquer correspondência com a realidade.[56]

---

3 em 2 Saraiva: Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[50] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 72.

[51] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 72.

[52] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

[53] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

[54] ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do Real x Controle Penal:** direito & psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011, p. 57.

[55] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica.** Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 9-10.

[56] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

É uma ambição de verdade, pois o que se deveria defender no cenário democrático e constitucional é a presunção da inocência, deixando a ambição da verdade, ao direito e processo penal do inimigo.[57]

A liberdade na apreciação das provas, contudo, não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confia a possibilidade de formar a verdade judicial sob sua responsabilidade, com base em critérios objetivos, repetível mentalmente e controlável.[58]

O segundo requisito retórico, segundo Brum, é o efeito da legalidade. Obtida a verossimilhança fática, é preciso então dar-se uma solução jurídica ao caso. É preciso aplicar o direito ao fato concreto. Ainda que adote o juiz uma linha decisória totalmente inédita, deve este deixar a sensação de ter agido legislativamente condicionado. A mensagem apresentada não pode permear a ideia de um juiz julgador.[59]

Já admitiu a respeito, Hart: "As normas só são importantes na medida em que possa ajudar a prever o que os juízes farão."[60] Como explica Nery Junior[61], fundamentar significa que o magistrado precisa dar razões de fato e de direito que o convenceram a decidir daquela maneira, implicando em fundamentação substancial e não meramente formal. O juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.

Assim, é evidente que o ato decisório final, especialmente quando condenatório, sem fundamentação ou quando se apresente esta contraditória ou ambígua, resta mutilado, não só no tocante à forma, mas também quanto ao seu conteúdo. Isto porque a garantia da motivação exige seja a decisão condenatória fundamentada, sem contradição e que não propicie a mínima perplexidade.[62]

---

[57] LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 51.

[58] MALAN, Diego; Prado, Geraldo (Coord.). **Processo Penal e democracia:** estudos em homenagem ao 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 66.

[58] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p, 72.

[59] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 78.

[60] HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito do Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. São Paulo, 2012, p. 180.

[61] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 156.

[62] TUCCI, Lauria Rogério. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

São as regras do jogo, que em se tratando de direito processual penal, exige respeito de maneira transparente[63], especialmente em momentos de crise, onde o encarceramento da pobreza é panaceia para todos os males do Estado.

O Direito e também o processo dependem de uma compreensão hermenêutica, compromissada com a facticidade e que encara o fenômeno, exigindo um juiz intérprete que se posicione, que crie e que justifique enquanto intérprete.[64]

De nada adianta trocar o juiz "boca da lei", pelo juiz "dono da lei"[65]. Melhor dizendo, o pecado mora ao lado, pois se de um lado os formalistas, usam da regra para muitas vezes encobrir seus absurdos, por outro, os realistas, usam dos princípios. Troca-se um argumento por outro na tentativa de justificar o injustificável.

E é justamente como arma de coibição destes abusos que a Constituição surge e se faz como um eficiente remédio contra arbitrariedades, autoritarismos e tiranias.

Como terceiro requisito, traz o efeito de adequação axiológica. Justifica o autor que apesar do domínio histórico das posturas formalistas, não se pode ignorar que as teses realistas têm seu prestígio na esfera penal. Em seu pensar, não basta atender á exigência da legalidade, a decisão deve ser justificada também na sua dimensão axiológica, até porque sublinha que o juiz tem imensa responsabilidade social, já que não é mero instrumento da decisão mas seu agente.[66]

A propósito, como afirmou Streck[67]

> Das teorias do discurso a fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que descolocaram o polo da tensão interpretativa em direção ao intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, solucionar os casos difíceis (não abarcados pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórias e dirigentes).

Nas palavras de Motta, desde o momento em que aceitamos a Constituição, em sua materialidade, como topo normativo e interpretativo, a exemplo do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, princípios abstratos, que devem ser tomados como um todo coerente e que sustentamos que toda a atividade judicial é ato de jurisdição constitucional, não

[63] CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78-79.

[64] MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 119.

[65] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In:* DAVI, do Espírito Santo; PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013, p. 14.

[66] BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 82.

[67] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In:* DAVI, do Espírito Santo; PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013, p. 11, aspas no original.

podemos mais conviver com um processo judicial que não esteja embebido de todas essas noções.[68]

Sucede que em sede de direito penal, para tornar tudo mais complicado, a separação entre direito e moral é apenas formal. Continua-se uma espécie de jogo de máscaras[69], pois o inconsciente judicial participa do ato decisório, deixando de lado o crime para mirar a pessoa do criminoso.

Como último requisito retórico da sentença, considerou Brum, com base num pensamento histórico positivista, a neutralidade judicial. O juiz em sua atividade ”deve eleger parecendo neutro, racionalizar o irracional e dar cientificidade ao sentimento”. [70]

E isso parece difícil, quando não impossível. A neutralidade judicial é perfeitamente concebível como elemento formal, mas como elemento de uma realidade, parece incorrer.

É como se tivéssemos um juiz grau “zero”, sem compreensão anterior. Acontece que a compreensão antecede qualquer argumentação. É condição de possibilidade. A pré-compreensão, forjada no mundo prático e arguitivo, antecederia a argumentação, dificultando a referida neutralidade.[71]

Se o ato de interpretar e aplicar do Direito é subjetivo, e necessita antes de tudo de sua compreensão ou pré-compreensão, e se fazer ciência social é antes de tudo fazer ciência sobre si mesmo, deve o jurista assumir-se ideologicamente.[72] É preciso abrir, reconhecer esse ser, que antes de juiz, é homem comum.

E mais, ao que parece e explica a tradição e a práxis jurídica “há sempre a aderência – mesmo alienada – a um modelo ideológico.”[73] A decisão neutra está é mais para uma ficção científica, um imaginário social, pois seu conteúdo, ao contrário do que se prega, estará sempre vinculado a outros fatores (morais, religiosos, culturais, ou mesmo do cotidiano, do temperamento, etc.).

---

[68] MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 57.

[69] ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do Real x Controle Penal:** direito & psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011, p. 49.

[70] BRUM, Nilo Bairros de**. Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 83-84.

[71]STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In:* DAVI, do Espírito Santo; PASOLD, Cesar. **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado.** Florianópolis: Insular, 2013, p. 33-34.

[72] MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 253.

[73] ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático:** crítica á metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 97.

Ou seja, como defende Barroso toda a atividade de interpretação é necessariamente parcial, uma vez que, em sentido pleno, não há neutralidade possível. Isto porque, "não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos."[74]

Aliás, como já disse Alexy[75]: "Às vezes se sugere na literatura que os julgamentos de valor exigidos para se tomar decisões jurídicas devem ser entendidos como avaliações morais."

Para Abreu, o judiciário, seja como ator coletivo, seja por meio individual do trabalho do juiz, está por abandonar o canto neutro, identificando-se com a preservação de valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece em seu estado e no seu sistema de representação.[76]

Assuntos antes objeto da arena política, passaram a pertencer a arena das decisões judiciais, cunhando a expansão do Poder Judiciário e o fenômeno do ativismo judicial. Só desse fenômeno, já toca o alarme da discricionariedade e da arbitrariedade, que tais decisões possam conter.

Daí a possível invasão nos limites do poder legislativo e executivo pelo poder judiciário, que, seja pelo viés da judicialização da política ou pelo viés da judicialização do jurídico, subverte a clássica divisão dos poderes.[77]

Tudo isso sem contar na pessoa do condenado no processo penal, aquele a quem é aplicada a decisão. As consequências de todo o corpo decisório, será sofrido pelo réu e seus familiares, não pelo juiz. Com o cumprimento da pena, o processo acaba. Mas a pena não, o sofrimento e a dor continuam.[78]

Com efeito, ao exigir que o juiz apresente na motivação os fundamentos da sua decisão, a lei não visa apenas o cumprimento de um requisito formal, mas a superar a assimetria das impressões pessoais muitas vezes utilizadas por este e sua argumentação racional, visando assim evitar decisões arbitrárias.[79] E no mesmo espectro, os ativismos judicias.

---

[74] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281-282.

[75] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 21.

[76] ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia com *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 269.

[77] ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia com *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 269.

[78] CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009, p. 83.

[79] MALAN, Diego; Prado, Geraldo (Coord.). **Processo Penal e democracia:** estudos em homenagem ao 20 anos da Constituição da

O constituir da Constituição é a obrigação suprema do direito.[80] É por essa veia que a decisão processual penal deve permear. É nela que se baseia a mais valia do próprio Direito.

Dito de outro modo, não há como garantir neutralidade, mas há como garantir decisões motivadas e fundamentadas na e pela Constituição, cuja coerência e integridade faz parte da tradição do Direito. Nada soa mais justo e garantista, sobretudo, no processo penal, a decisão cuja tarefa retórica argumentativa e justificativa é feita à luz da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível identificar no desenvolvimento deste artigo, os requisitos retóricos relacionados à motivação e fundamentação da sentença proferida no processo penal, estão longe de ser solucionados.

Muito embora, no contexto do Constitucionalismo e na esfera contemporânea do Estado Constitucional de Direito, seja inconteste a necessidade da motivação adequada da sentença se dar conforme a leitura da Constituição há elementos retóricos que por vezes escapam a esse fenômeno.

O fato é que primeiro o juiz compreende para depois decidir. E quando decide, muitas vezes decide embebecido de suas crenças, sentimento, moral, temperamento, etc. A tão difundida imparcialidade ou neutralidade, parece mais uma ficção científica, do que uma prática jurídica.

Detidamente, no processo penal, isso se mostra demasiadamente perigoso, pois o que se discute é a liberdade do indivíduo. Nesta esteira, a verossimilhança dos fatos, a apreciação do juízo, a livre convicção, se assentam em terreno arenoso, pois elementos axiológicos ou de valor irrompem a fronteira da racionalidade no momento de decidir.

Assim, muitas das vezes as razões da decisão proferida são inconfessáveis, obrigando o juiz a escamoteá-la para que pareça uma decisão efetivamente fundamentada.

Apesar disso, é certo que se erra menos ou se julga bem ou bem melhor, quando se interpreta e se aplica ao rigor da Constituição. É na e pela Constituição que deve o juiz motivar suas decisões, ainda que não se mostre ou se aperceba neutro.

República de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 67.

[80] FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

Em todos os seus argumentos e na análise dos requisitos retóricos que emanam da sentença no processo penal, não há margem de dúvidas que decidir e motivar adequadamente permeia o leito constitucional. Fora isso, o que sobra são arbitrariedades e autoritarismos, que não podem mais ser tolerados em Sociedades e Estados Democráticos e Republicanos.

Por fim é de considerar que, embora o tema não se esgote e mereça de muito mais estudo e aprofundamento, por esta breve reflexão já é possível afirmar que pelas regras do jogo, a única aposta possível é na Constituição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia com *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito.** Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica.** Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. Seminário realizado de 10 a 12 de agosto de 2015, na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí-SC, com o tema **A argumentação jurídica e o direito contemporâneo**.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 48 ed. atua. e ampl. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. **Códigos 3 em 2 Saraiva:** Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009.

CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord); VALVERDE, Alda da Graça Marques; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos. **Lições de argumentação jurídica: da teoria à pratica.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. *In:* BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito do Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. São Paulo, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal.** Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/32>. Acesso em 23 set. 2015.

MALAN, Diego; Prado, Geraldo (Coord.). **Processo Penal e democracia:** estudos em homenagem ao 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PHILIPPI, Patrícia Pasqualini. *In:* Dissertação de Mestrado: **"Medidas Cautelares Substitutivas Alternativas á Prisão Cautelar Preventiva:** uma análise à luz do garantismo". 2013 – Universidade do Vale do Itajaí – Univali, SC.

RAMOS, Paulo; RAMOS, Magda Maria; BUSNELLO, Saul José. **Manual prático de metodologia da pesquisa**,: artigo, resenha, projeto, TCC, monografia, dissertação e tese. Blumenau: Acadêmica, 2003.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica.** Tradução. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal:** a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Para um processo penal democrático:** crítica á metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

_____. **Jurisdição do Real x Controle Penal:** direito & psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera/KindleBookBr, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Solipsismo: ainda e sempre o problema do positivismo. *In:* PASOLD, Cesar; SANTO, Davi do Espírito. **Reflexões sobre a Teria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

TUCCI, Lauria Rogério. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **A epistemologia Jurídica da Modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

NEOCONSTITUCIONALISMO, ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SUSTENTABILIDADE COMO EQUAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL FRENTE AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Camila Savaris[1]

INTRODUÇÃO

É notória a importância da argumentação jurídica para o Direito, principalmente com o Neoconstitucionalismo, mudando a forma de interpretar e ver a Constituição, nos fazendo querer entender quais as influências desse fenômeno para a argumentação jurídica, e qual a importância disso para a atividade dos juízes no momento de proferir suas decisões.

Ocorre que, de todas as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo, cumpre ressaltar a sua principal herança, qual seja, a técnica da ponderação, que complementou a técnica de subsunção na resolução de casos difíceis, se mostrando um instrumento imprescindível para decifrar, segundo os ditames da Constituição, qual a solução da dicotomia existente entre preservação ambiental e desenvolvimento econômico, vez que ambos possuem valores e princípios em constante colisão, não bastando uma subsunção simples para solucionar a problemática.

O presente artigo visa demonstrar a aplicação da técnica da ponderação na dicotomia preservação ambiental e do Crescimento Econômico, utilizando-se como base a sustentabilidade. Para tanto, são objetivos específicos analisar as características do neoconstitucionalismo e sua influência na argumentação jurídica, bem como a argumentação jurídica de Manuel Atienza, para no final aplicar a técnica da ponderação na dicotomia desses dois princípios relevantes, quais sejam, preservação ambiental e crescimento econômico.

Assim, o presente trabalho apresenta como problemática a resposta dos seguintes questionamentos: De que forma o neoconstitucionalismo aumentou a importância da argumentação jurídica? Quais os valores discutidos entorno da busca a preservação ambiental e

[1] Aluna no Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação S*tricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí-SC. E-mail: c_savaris@hotmail.com.

crescimento econômico? A sustentabilidade é resposta a dicotomia preservação ambiental e crescimento econômico?

Com base nisso, o presente trabalho num primeiro momento vai dispor sobre o Neoconstitucionalismo e suas características, bem como sua influência na Argumentação jurídica, destacando alguns aspectos da teoria de Manuel Atienza. Em seguida, passa-se a analisar os valores discutidos acerca da preservação ambiental e do crescimento econômico. E, no último item, o foco será se a sustentabilidade é ponto de equilíbrio entre preservação ambiental e crescimento econômico.

A metodologia utilizada foi o método indutivo, método dedutivo, com as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Após a Segunda Guerra Mundial e como uma forma de reação aos regimes jurídicos autoritários, diversos países sentiram a necessidade de um novo direito constitucional, com a inserção de valores morais. Dentre esses países estão países de cultura italiana e espanhola, bem como diversos países da América Latina, entre eles o Brasil[2].

Assim, uma nova linha de pensamento passou a ser colocada em prática, onde todo e qualquer instituto deveria passar sob as lentes das normas constitucionais, reconhecendo a primazia da Constituição e, principalmente o poder normativo que os princípios constitucionais expressos ou não possuem.

E o positivismo jurídico, pensamento predominante até então, foi superado diante desse fenômeno, uma vez que mudou a forma de aplicação e interpretação do direito pelos julgadores, ampliando o trabalho dos mesmos para além da subsunção, inserindo um cunho valorativo, conforme Miguel Carbonell[3] destaca em sua obra "El canon neoconstitucional":

> Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran em juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales.

[2] CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional.** Madrid: Editora trotta, 2010.p. 153

[3] CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional.**p. 155.

Trata-se, portanto, de uma teoria do direito caracterizada pela impregnação da Constituição Federal no ordenamento jurídico, denominada segundo Riccardo Guastini "constitucionalização do ordenamento jurídico"[4], que além das características mencionadas o doutrinador Pietro Sanchis[5] acrescenta:

> Mais princípios em vez de regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise individual e concreta do que análise geral e abstrata; mais poder judiciário e menos poder executivo e legislativo; mais aplicação da Constituição em vez de aplicação de leis ordinárias, e por último, coexistência de uma constelação plural de valores, que podem às vezes tendencialmente ser contraditórios, em vez de homogeneidade ideológica em torno de um conjunto de princípios coerentes entre si.

Porém, é importante destacar que o fenômeno de constitucionalização não ocorre de maneira igualitária em todos os ordenamentos jurídicos, tendo diversos graus dependendo da profundidade que a constituição impregna o ordenamento jurídico e que de acordo com o doutrinador italiano Riccardo Guastini[6] há sete condições a serem preenchidas pelo ordenamento jurídico para ser considerado impregnado pela Constituição, quais sejam:

> 1) Existência no ordenamento jurídico de uma Constituição escrita e rígida, que incorpora os direitos fundamentais e os protege, em virtude da diferença hierárquica entre leis constitucionais e infraconstitucionais;
>
> 2) Garantia jurisdicional da Constituição ou o controle da constitucionalidade das leis em relação à Constituição no asseguramento da Supremacia Constitucional e, consequentemente, da supremacia dos direitos fundamentais;
>
> 3) Força vinculante da Constituição que expressa e reforça a normatividade dos dispositivos constitucionais. Toda e qualquer norma constitucional é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos. É a onipresença nas Constituições, de princípios e regras jurídicas. A Constituição deixa, assim, de ser vista como um "manifesto político" repleto de meras recomendações aos operadores do Estado e do Direito;
>
> 4) Necessidade de a Constituição ser interpretada extensivamente de tal maneira que dela possam ser extraídas também normas implícitas e idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, fechando-se, assim, espaço para a discricionariedade legislativa. A invocação dos princípios constitucionais amplia e intensifica a presença da Constituição nas relações jurídicas em geral. É o que o autor chama de sobreinterpretação, e, com ela, deixam de existir espaços vazios ou livres da Constituição. Mesmo a atividade legislativa se encontra pré-regulada na própria Constituição;

[4] GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" Del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editora Trotta. 2003.

[5] PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p.131.

[6] GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" Del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. p. 50-58.

> 5) A quinta condição respeita a aplicação direta das normas constitucionais e a consequente produção de seus efeitos, mesmo que programáticas as normas e ainda que nas relações entre particulares;
>
> 6) A interpretação das leis conforme a Constituição no sentido que a interpretação que se faz delas deve adequá-las aos dispositivos constitucionais;
>
> 7) Influência da Constituição sobre as relações políticas.

Lembrando que as duas primeiras condições são consideradas essenciais para a constitucionalização, enquanto as outras cinco irão apontar o quanto o fenômeno da constitucionalização ocorreu naquele determinado ordenamento jurídico.

Porém, essa nova cultura jurídica não se limita somente a essas características, pois ela se encontra em constante evolução e, consequentemente, acaba por não possuir contornos nítidos, gerando reflexos imensuráveis na legislação, jurisprudência e relações verticais e horizontais, como destaca Miguel Carbonell[7]:

> Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas –materiales- o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Tais transformações no mundo jurídico também são determinantes para a argumentação jurídica, visto que os julgadores se utilizam de uma metodologia jurídica para formular as decisões judiciais, de acordo com a corrente que vigora e orienta a maneira de interpretar a constituição e as normas infraconstitucionais.

Assim, partindo de tal premissa, passou-se de uma visão mais conservadora, qual seja, o método da subsunção ou jurisprudência mecânica, em que os juízes se limitavam a aplicar a norma ao caso concreto; para, com o neoconstitucionalismo, a uma interpretação mais extensiva, com o juízo de ponderação, colocando os juízes numa posição de concretizadores de direitos fundamentais.

É, conforme destaca Leonardo García Jaramillo em seu texto "Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción"[8], que:

> Los principios se concibem como mandatos de optimización y, así, su forma idónea de aplicación es la judicial y mediante la ponderación; mecanismo metodológico que se debe constituir en forma racional de argumentación.

Dessa forma, a ponderação veio como uma forma complementar ao da subsunção para

[7] CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional.** p. 154

[8] CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional.** p. 208

buscar soluções a casos mais complexos, visto que os operadores do direito não podiam simplesmente optar a usar uma norma e deixar todas as outras pertinentes de fora, comprometendo inclusive a função da Constituição, conforme destacado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos[9]:

> A interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a constituição é um documento dialético- que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes- e que princípios nela consagrados frequentemente entram em colisão.

Assim, a ponderação não se trata somente de colocar os princípios numa balança e ver qual pesa mais. O que ocorre com os princípios é uma relação de respeito, uma ponderação, não havendo, portanto, prevalência de um em relação a outro, mas sim a aplicação com maior ou menor intensidade de um em relação a outro.

Para melhor compreensão de como aplicar a técnica da ponderação, existem três passos simples a serem destacados, segundo Luís Roberto Barroso[10]: Primeiro, cabe ao operador do direito buscar as normas cabíveis ao caso e, com isso, verificar se existe conflito entre elas. Em segundo lugar, o operador analisa os fatos e sua interação com as normas anteriormente selecionadas, visto que as normas são consideradas "vazias" se não analisadas com o caso concreto. Na terceira e última etapa que acontece a ponderação propriamente dita, visto que diante das diferentes normas aplicáveis a um determinado caso, deverá o operador verificar qual grupo de normas deve prevalecer no caso, e em qual intensidade isso deve ocorrer, tomando como base o princípio da proporcionalidade.

Ocorre que esta técnica exige a interpretação do julgador para aplicá-la, o que por muitas vezes pode gerar decisões diferentes para casos semelhantes, prejudicando a segurança jurídica dos jurisdicionados e colocando em dúvida a atividade jurisdicional. A partir desta problemática, a argumentação jurídica passou a exercer um papel fundamental na técnica de ponderação, como formas de legitimar a decisão, devendo assim o julgador expor suas razões e motivos, como sustenta Carlos Wagner Dias Ferreira[11]:

> A interpretação dos princípios que proclamam direitos fundamentais exige, portanto, a exposição de argumentos que os corporifiquem, dando-lhes conteúdo e densificação suficiente para a adequada aplicação do caso concreto, de modo a minimizar, ao menos, subjetivas e arbitrárias impressões do intérprete judicial a respeito da matéria.

---

[9] AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). **Interpretação constitucional.** 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 286

[10] AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). **Interpretação constitucional.** p. 288-289

[11] MOURA, Lenice S. Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 234.

E na seara da argumentação jurídica, nada melhor do que destacar a referência no assunto, o Professor Doutor Manuel Atienza da Universidade de Alicante, que ministrou no curso da Escola de Altos Estudos em Filosofia do Direito, na UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí), que destaca o fim do positivismo jurídico no texto "El Derecho como argumentación"[12]:

> [...] el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho Natural. Al igual que Bloch escribo que 'la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia', hoy podría afirmarse que el constitucionalismo ha crucificado al positivismo el la cruz de la Constitución.

Dessa forma, fica claro que Manuel Atienza é um adepto do neoconstitucionalismo, visto que o mesmo, conforme destacado na Escola de Altos Estudos ocorrida em Itajaí no dia 10, 11 e 12 de agosto que "o direito não pode ser visto como apenas um conjunto de normas a serem aplicados num determinado caso concreto"[13], além de o neoconstitucionalismo representar a "submissão completa do poder ao Direito, à razão: a força da razão, frente à razão da força"[14].

E essa é a primeira característica da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza, visto que o neconstitucionalismo indica essa idéia de atividade do Direito, onde há constante movimentação e trabalho de interpretação de princípios para satisfazer as necessidades da sociedade que estão em constante mudança.

É inclusive o que destacou Manuel Atienza nas aulas ministradas na Escola de Altos Estudos ocorrida em Itajaí no dia 10, 11 e 12 de agosto, quando alega que "o neoconstitucionalismo demanda uma maior justificação, pois a argumentação jurídica deve possuir valores morais e políticos" [15].

Para ele, a argumentação jurídica é uma atividade complexa, conforme destaca:

> [...] o Direito não pode ser concebido simplesmente como um sistema de normas, mas, fundamentalmente, como uma atividade, uma prática social que trata, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema, de satisfazer a uma série de fins e valores que caracterizam essa prática.[16]

Dessa forma, a motivação de decisões realizada pelos juízes não consiste somente em

[12] ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 44

[13] ATIENZA, MANUEL. A argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo. In: Escola de Altos Estudos. Itajaí, 10-12, ago.2015.

[14] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**, p. 17. Tradução livre.

[15] ATIENZA, MANUEL. A argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo. In: Escola de Altos Estudos. Itajaí, Univali- Universidade do Vale do Itajaí,10-12, agosto de 2015.

[16] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica. **Revista consultor jurídico,** São Paulo.19 de setembro de 2015, Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 22. Set.2015.

tornar uma decisão aceitável pela sociedade, mas também como uma forma de "guia da conduta humana"[17].

Além disso, destaca-se que para Atienza[18] a argumentação jurídica abrange diversos fatores diferentes, conforme destaca: "[...] a teoria da argumentação jurídica teria de dar conta não só dos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do Direito, como também da argumentação que ocorre no âmbito da produção do Direito."

Demonstrando que a argumentação jurídica não abrange somente a aplicação das normas jurídicas conforme a teoria padrão pregava. Mas também "o tipo de raciocínio levado a efeito no contexto desses procedimentos – jurídicos- de resolução de conflitos"[19].

Outra marca característica diz respeito à distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Para Atienza[20], os casos fáceis não possuem problemas, visto que uma simples aplicação de normas jurídicas ao caso se mostra suficiente, não havendo portando utilização da argumentação jurídica. Tal tipo de argumentação é denominado pelo autor de Argumento por redução ou interna.

Porém, na sociedade atual os juízes e advogados se deparam com casos mais complexos ou, segundo o doutrinador, os chamados casos difíceis, dando origem ao verdadeiro trabalho da argumentação jurídica, vez que diversos princípios são trabalhados, gerando dúvidas em relação a qual é mais apropriado, cabendo, assim, a realização de um juízo de ponderação e argumentação apropriado.

E, no que diz respeito aos casos difíceis, Atienza apresenta em sua obra "As razões do Direito- Teoria da Argumentação Jurídica" [21], quatro passos para realizar o processo de argumentação.

Em primeiro lugar, Atienza[22] destaca que é preciso identificar o tipo de problema que deve ser resolvido, podendo ser: problemas de pertinência, problemas de interpretação, problemas de prova ou problemas de qualificação.

---

[17] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica**.** Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p.8.

[18] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica**.** p.255.

[19] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica**.** p.257.

[20] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica**.** p.139.

[21] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica**.**p. 263.

[22] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica**.**p.263.

Em segundo lugar, deve-se verificar o porquê existe determinado problema e, conforme o exemplo dado pelo próprio Atienza[23] "uma vez estabelecido, por exemplo, que se trata de um problema de interpretação [...] é preciso determinar se ele surge por uma insuficiência de informação".

Em terceiro lugar, busca-se construir hipóteses para solucionar o problema, mediante novas premissas. E, por fim, justificar as hipóteses formuladas, ou nas palavras de Atienza[24], "é preciso apresentar argumentos a favor da argumentação proposta".

Além disso, para Atienza não existe somente uma forma de argumentação jurídica, mas sim três formas, ou concepções, quais sejam: a material, formal e a pragmática. E entende que a forma de distinção entre elas diz respeito às inúmeras possibilidades de situações que pode se deparar o operador ao argumentar sobre um problema. Ressalta-se ainda que elas não são incompatíveis, pois para Atienza uma teoria de argumentação jurídica não as separa, mas sim as integra.

Após esse esclarecimento, para Atienza[25], a concepção formal diz respeito a enunciados sem interpretação, sendo, portanto, uma argumentação de resultado, visto que o conteúdo se extrai da conclusão. Para isso, ele se utiliza da lógica para impor limites para essa atividade.

A concepção material vai focar no que tornam os enunciados verdadeiros, ou seja, se o fato que o enunciado se refere ocorreu e se institucionalmente falando há alguma previsão para aquele enunciado existir. Significa, assim, que o julgador tem que expor boas razões ao proferir uma determinada decisão da forma que o fez.

E, por fim, temos a concepção pragmática, que segundo Atienza terá como objetivo final a persuasão, buscando a atividade e interação da sociedade para chegar a um acordo acerca de um determinado caso. A argumentação aqui é uma atividade social, visto que envolve a retórica e a dialética, sendo a primeira a arte da persuasão e a segunda a arte da discussão.

Há muitos outros pontos a serem abordados da teoria de Manuel Atienza. Porém, o presente item buscou apresentar aspectos importantes para em especial o julgador se ater no momento de proferir a decisão, além de apresentar pontos mais teóricos desenvolvidos por

[23] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica.p.264.

[24] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito:** Teoria da argumentação jurídica p. 264

[25] ATIENZA, MANUEL. A argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo. In: **Escola de Altos Estudos**. Itajaí, Univali- Universidade do Vale do Itajaí,10-12, agosto de 2015.

Atienza, visto que imprescindíveis para um prévio conhecimento de sua teoria.

E em relação às influências do neoconstitucionalismo na teoria da argumentação jurídica, pode-se verificar uma aproximação do Direito com a moral, não havendo uma única resposta correta para um determinado caso, mas sim, uma vasta possibilidade de respostas que irão dar ensejo à argumentação para chegar à solução de um determinado problema.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO: PRESERVAÇÃO AMBIENTAL X DIREITO ECONÔMICO

Conforme destacado, o neoconstitucionalismo ocasionou diversas mudanças, dentre elas o reconhecimento do poder normativo dos princípios, mudando a forma de ver o direito e de aplicá-lo, surgindo uma nova forma de interpretação que se aliou ao da subsunção, qual seja, o da ponderação.

A partir desses esclarecimentos iniciais, o assunto pelo qual esse item foi destinado visa falar sobre as discussões e valores envolvidos na busca da preservação ambiental de um lado, e do crescimento econômico de outro, pois ambos são vistos como incompatíveis. Isto por que, com a Revolução Industrial, a preservação ambiental foi uma matéria esquecida pela população visto a preocupação da sociedade com o crescimento econômico, voltando a ser uma preocupação em larga escala quando ficou constatado que as matérias-primas advindas da natureza não eram inesgotáveis[26], conforme ressalta José Rubens Morato Leite[27]: "De fato, o modelo proveniente da revolução industrial, que prometeu o bem-estar para todos, não cumpriu com aquilo que prometeu, pois, apesar dos benefícios tecnológicos, trouxe, principalmente, em seu bojo, a devastação planetária e indiscriminada."

E em consequência disso, o que antes era uma preocupação pontual, visto que somente as grandes indústrias eram responsabilizadas, passou a ser uma preocupação global, não se atendo somente ao Brasil, mas sim à população mundial, buscando formas para amenizar os danos até então realizados, caracterizando a transnacionalidade ambiental.

Assim, surgiu a necessidade de buscar uma nova compreensão do direito que pudesse corresponder às necessidades atuais da sociedade. Um direito que priorizasse outros valores

[26] SILVA, Odair Vieira da.Sistemas produtivos, desenvolvimento econômico e degradação ambiental**. Revista Científica Eletrônica Turismo.** São Paulo. Ano III. Edição n. 5, junho de 2006.

[27] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 7ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

fundamentais, especialmente no diz que respeito à preservação do meio ambiente e que, em contrapartida, limitasse um pouco da liberdade advinda do liberalismo. É o que acrescenta Cruz e Bodnar[28]:

> A constatação de que a preservação e recuperação do ambiente e sua utilização racional sugere a reinvenção da tensão da tensão entre direito e liberalismo capitalista, o que gerará a necessária sustentabilidade. Isso para que uma nova concepção de direito possa contribuir para que o mundo seja cada vez menos confortável para o capitalismo predatório e que um dia se possa ter uma alternativa ou, ao menos, um capitalismo sustentável.

E é justamente por causa da transnacionalidade que adquiriu o direito ambiental que este novo paradigma do direito é tão relevante, que gira entorno de uma sustentabilidade que supere os limites do Estado, responsabilizando de forma global.

Soma-se a isso as preocupações com o meio ambiente que resultaram no desenvolvimento de diversas políticas públicas, mostrando a interdependência entre direito ambiental e direitos humanos, em especial no que diz respeito ao direito à vida[29].

E como resposta aos anseios de muitos países em relação aos impactos ambientais que estavam sofrendo, em 1972 foi publicada a Declaração de Estocolmo, que trouxe os princípios básicos do direito ambiental, bem como disposições a fim de aumentar a conscientização humana para os benefícios decorrentes da preservação ambiental. E, dentre eles, podemos destacar o desenvolvimento intelectual, moral, social e espiritual conforme a disposição 1 do documento[30].

Em relação ao Brasil, o primeiro indício de preocupação com o meio ambiente foi com a instituição do SISNAMA- Sistema Nacional do meio Ambiente, instituído pela Lei nº 6938/81, com o fim de aumentar a consciência em relação à exploração de recursos naturais e, o segundo indício de preocupação e mais importante, foi quando o direito ao meio ambiente foi elevado a nível constitucional, no art. 225 e seus incisos, reconhecendo o direito a um meio ambiente saudável como um "direito-dever fundamental"[31].

---

[28] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD/Unisinos**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, janeiro-junho de 2011, p.79.

[29] MIALHE, Jorge Luís. Direito ambiental como expressão dos Direitos Humanos: a relevância do direito à informação no Mercosul**.** **Verba Juris**, Paraíba, ano 5, n.5, jan./dez.2006, p. 209-210.

[30] BRASIL. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano- 1972.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 15/09/2015.

[31] RAMME, Rogério Santos. Avaliação de equidade ambiental: um dever fundamental socioambiental. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 119-141, 2014. Disponível em: http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/index/search/search. Acesso em: 15/09/2015.

Este status mostrou que o direito ao meio ambiente preservado está interligado a muitos outros direitos, e estes possuem como finalidade a busca do princípio base da Constituição de 88, a dignidade da pessoa humana. Em relação a isso destaca-se as considerações de José Rubens Morato Leite[32]: "Verifica-se que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, caracterizando-se pelo cunho social amplo e não meramente individual."

Houve ainda outras medidas para destacar a importância do meio ambiente e aumentar a conscientização quanto à necessidade de mudanças de costumes, como a Conferência Mundial que ocorreu no Rio de Janeiro de 1992, em que foi instituída a Agenda 21; em 2002, a Conferência Mundial ocorrida em Joahhanesburg, África do Sul e por fim a Conferência Mundial que ocorreu no Rio de Janeiro em 2012, denominada Rio+20.

A última medida foi realizada em Setembro de 2015, denominada "Cúpula das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável 2015", com uma agenda, chamada de "Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável"[33], composta por 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas para acabar com pobreza, bem como incentivar o crescimento econômico sem comprometer o meio ambiente, a fim de possibilitar a concretização de direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, para corresponder às expectativas de todos os programas desenvolvidos no que diz respeito a atitudes quanto ao meio ambiente, o desenvolvimento econômico não pode ser deixado de lado, visto que importante para possibilitar a "implementação de políticas públicas"[34], com o fim de buscar o bem comum.

Assim, a economia e, portanto, o crescimento econômico, além de estar diretamente ligada à concretização da proteção do meio ambiente, vai contribuir para a concretização de direitos fundamentais sociais, ou seja, aqueles ligados à sociedade como um todo, tais como o direito a educação, o direito à vida, entre outros, que vão abrir caminho para o fim maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

---

[32] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. p.99.

[33] ONU. Organização das Nações Unidas. **Começa sexta-feira (25) a Cúpiula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/comeca-sexta-feira-25-a-cupula-das-nacoes-unidas-sobre-o-desenvolvimento-sustentavel/> Acesso em: 21/09/2015.

[34] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.13.

Ressalta-se aqui a vinculação da sociedade para contribuir com este objetivo, visto a importância das gerações atuais e futuras de se conscientizarem em relação as questões referentes à sustentabilidade, especialmente no que diz respeito à preservação ambiental, visto que "a sustentabilidade é empática e intergeracionalmente solidária, ao estabelecer alargadas obrigações, tendo em conta o reconhecimento intrínseco do ambiente saudável"[35]. O que significa que esta geração deve adotar medidas para se preservar e, consequentemente, preservar as gerações futuras.

E em relação à efetividade desses direitos, importante destacar as palavras de José Eduardo Faria[36]:

> [...] necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade. Políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles gerados com sua positivação.

Ainda, deve-se pensar nas mudanças que estão ocorrendo no cenário mundial, visto o aumento do contingente migratório e, consequentemente o aumento da diversidade cultural, resulta numa sociedade global, em que os direitos fundamentais se tornam ainda mais importantes de serem concretizados.

A causa determinante dessas mudanças é a globalização, que está gerando uma crise na existência do próprio Estado, visto que além de mudar o conceito de povo, esta acabando com seus dois outros elementos básicos: território e soberania.

E, como reflexo desta crise, pode-se acrescentar as demandas da sociedade que só aumentam, bem como o anseio por novas tecnologias que vêm sendo cada vez mais buscadas, fazendo com que o desenvolvimento econômico seja um fator determinante para qualquer vestígio de Estado que ainda exista, como uma forma de manter suas obrigações em âmbito internacional, visto que, conforme Paulo Márcio Cruz[37]:

> Também se deve ter em conta a relativização do conceito clássico de Soberania diante do processo de globalização econômica, pois já não são os governos do Estado Constitucional Moderno que manejam sozinhos os rumos da economia. Os mercados podem, atualmente, inviabilizar muitos Estados, principalmente os ditos emergentes ou em desenvolvimento.

[35] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.79.

[36] FARIA, José Eduardo. **O direitos na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 273

[37] CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí: Editora Univali, 2011, p. 90.

A princípio a garantia dos direitos fundamentais sociais necessitava de uma economia que estivesse ligada com o Direito, com o Estado intermediando, relação essa que com o mercado global vem sendo progressivamente neutralizada[38]. Ocorre que esta nova era acaba sendo preocupante para países em que o desenvolvimento não está totalmente solidificado, ou para os países pobres, pois como Paulo Márcio Cruz[39] dispõe em sua obra:

> O grande desafio [...] será encontrar uma nova forma de organização político-jurídica que compatibiliza a globalização econômica com a necessidade premente de distribuição de riquezas, de justiça social e de uma nova concepção de civilização.

Assim, enquanto não se estabelece uma nova forma de organização, o Estado necessita buscar meios para manter seu desenvolvimento a fim de dar efetividade ao ordenamento jurídico e à Constituição, bem como aumentar a sua credibilidade nesse novo cenário mundial, caracterizado pela "mundialização das relações econômicas" [40], bem como de globalização econômica.

E, apesar de o direito econômico e o direito ambiental coincidirem no que diz respeito a sua finalidade[41], a busca de uma vida digna, bem como a concretização de diversos outros direitos previstos na Constituição Federal, ainda restam dúvidas em relação a como continuar um desenvolvimento econômico que não devastasse o que ainda resta do meio ambiente, visto este ser imprescindível às atividades empresarias pois fornece matéria-prima. Sobre isso, destacam-se as considerações de José Rubens Morato Leite[42]: "Os recursos naturais não são contabilizados em seus sistemas econômicos e, como consequência, a defesa do meio ambiente e o crescimento econômico são vistos como inconciliáveis e excludentes".

Diante disso, não seria possível pensar em uma redução no crescimento econômico visto que importante para ter uma posição e corresponder às exigências no cenário mundial atual. Mas também, não se pode esquecer os resultados catastróficos no meio ambiente que este crescimento desenfreado está ocasionando.

Assim, é um desafio buscar soluções para esta dicotomia, pois tanto o crescimento

---

[38] CANOTILHO, J.J. GOMES [et al]; (Coord.) **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.18

[39] CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI. p. 93.

[40] SCAFF, Fernando Facury(coordenador). **Ordem econômica e social:** estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTr, 1999, p. 43.

[41] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A busca por uma economia ambiental: a ligação entre o meio ambiente e o direito econômico, p.20. In: GARCIA, Denise. **Governança transnacional e sustentabilidade.** Itajaí: Univali,2014.

[42] MILARE, Édis. A política ambiental brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática.p.35.

econômico, quanto a busca pela preservação ambiental são importantes para assegurar um futuro saudável às gerações futuras.

3. A SUSTENTABILIDADE COMO EQUAÇÃO ENTRE A DICOTOMIA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E CRESCIMENTO ECONÔMICO

Após abordar sobre o neoconstitucionalismo e a técnica de ponderação, bem como sobre os direitos fundamentais preservação ambiental e crescimento econômico, cabe agora demonstrar a aplicação da técnica da ponderação com a finalidade de resolver a dicotomia entre esses dois direitos fundamentais tão importantes para o futuro da sociedade.

Para iniciar, importante retomar os três passos da técnica de ponderação descritos no item 1[43], quais sejam: Primeiro, cabe ao operador do direito buscar as normas cabíveis ao caso e, com isso, verificar se existe conflito entre elas. Em segundo lugar, o operador analisa os fatos e sua interação com as normas anteriormente selecionadas, visto que as normas são consideradas "vazias" se não analisadas com o caso concreto. Na terceira e última etapa que acontece a ponderação propriamente dita, visto que diante das diferentes normas aplicáveis a um determinado caso, deverá o operador verificar qual grupo de normas deve prevalecer no caso, e em qual intensidade isso deve ocorrer, tomando como base o princípio da proporcionalidade.

Como resposta a cada um desses passos, tem-se para o primeiro, como valores em colisão, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico. No segundo passo, apesar de não haver um caso concreto a ser analisado, sabe-se que a dicotomia a ser resolvida é importante para encontrar soluções para o cenário atual da sociedade, visto que é uma questão que esta colocando em risco a vida da sociedade em âmbito mundial, além de comprometer as futuras gerações.

No que concerne a este passo, importante destacar a "questão de precedência"[44], ou seja, os princípios têm pesos diferentes e, por isso, o que tem maior peso prevalece sobre o outro. Mas isso só pode ser afirmado diante das circunstâncias do caso concreto, pois o objetivo é verificar qual deles é a melhor resposta para o caso enfrentado, analisando todos os argumentos que giram

[43] AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). **Interpretação constitucional.** p. 288-289.

[44] SANTANA, Patrícia da Costa. **A ponderação na colisão entre princípios da proteção das manifestações culturais religiosas da matriz africana e o da proteção dos animais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2007, p. 106

em torno de cada um dos valores em conflito, demostrando aqui a importância da teoria da argumentação jurídica para a técnica de ponderação.

Em relação a esses argumentos que giram em torno desses valores, o item 2 já antecipou alguns deles, mas importante relembrar que a preservação ambiental é de grande relevância, tendo em vista que advém da natureza os recursos essenciais para a atividade industrial, que conforme já mencionado estão cada vez mais escassos, influenciando no crescimento econômico. Soma-se a isso o fato de a preservação ambiental estar estritamente ligada com a qualidade de vida da sociedade e, consequentemente, ter relação direta com outros direitos fundamentais importantes, tais como o direito à vida, direito à saúde, entre outros. No que diz respeito ao crescimento econômico, ele é importante para a implementação de políticas públicas, além de contribuir para a concretização de direitos fundamentais sociais, incluindo a preservação do meio ambiente, o que no final acaba contribuindo com a melhoria na qualidade de vida da sociedade.

Isso demonstra que a dicotomia em questão não possui uma resposta clara, a ponto de um valor poder preponderar sobre o outro, uma vez que ambos devem tentar de alguma forma compatibilizar, conforme Leite e Ayala[45] destacam: "Um posicionamento diante deste conflito tende a remodelar a forma de desenvolvimento econômico, com vistas a integrar o bem ambiental como elemento de um novo modelo."

E, como a Constituição atribuiu ao Estado o dever de tomar providências para a concretização dos direitos fundamentais, conclui-se que não é possível deixar de dar atenção para um ou outro valor envolvido nesta controvérsia, visto que ambos estão constitucionalmente previstos e se mostrarem de grande importância.

A preservação ambiental, ou em outras palavras, o direito ao meio ambiente equilibrado, tem previsão no art. 225 da Constituição Federal de 88, e trata-se de um valor ligado à vida e, portanto à sobrevivência humana, não podendo em hipótese alguma ser desconsiderado.

O crescimento econômico, previsto no art. 170 da CR/88, que dispõe sobre a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, assegurando que estes podem ser exercidos por todos e de forma livre, além de o aspecto econômico ser um determinante para as relações locais e internacionais.

[45] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** Do individual ao coletivo. Teoria e prática. 7. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.33.

Diante disso, como chave de toda essa discussão e com o intuito de encontrar um meio adequador e ponderador dessa dicotomia que surgiu a sustentabilidade, que conforme Juarez Freitas[46] destaca:

> Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Isto demonstra que a sustentabilidade, além de compatibilizar o crescimento econômico e a preservação ambiental, vai levar em consideração aspectos sociais e, acrescentado por Gabriel Ferrer, estratégias tecnológicas, remetendo a idéia de multidimensionalidade da sustentabilidade, onde cada uma das dimensões (ambiental, econômica, social e tecnológica) devem caminhar juntas em busca de uma vida digna para a sociedade atual e futuras gerações.

É o que ressaltam Fernandes e Cândido[47]:

> As dimensões social, demográfica, econômica, politico-institucional, ambiental e cultural é imprescindível, pois reforçam a importância da análise dos processos de desenvolvimento numa perspectiva multidimensional, permitindo a percepção da complexidade e da diversidade dos processos de desenvolvimento. Considerar tal complexidade e procurar entender essa diversidade é um dos desafios enfrentados por pesquisadores e pela sociedade como um todo.

Klauss Bosselman em sua análise sobre a sustentabilidade ressaltou de forma clara em sua obra que "o termo sustentabilidade revela sua mensagem para a atualidade: se você quer prosperidade econômica a longo prazo, cuide primeiro do meio ambiente".[48] O que demonstra que é necessário uma reformulação da forma como deve proceder o crescimento econômico, bem como da forma que a sociedade esta tratando das questões do meio ambiente.

De uma forma mais simplificada, de acordo com o site da Companhia pepsico[49]: "Sustentabilidade Ambiental significa encontrar formas inovadoras de minimizar nosso impacto no meio ambiente e reduzir nossos custos com a conservação de água e energia bem como redução

---

[46] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.41.

[47] FERNANDES, Pedro Araújo Amorim; CANDIDO, Genisaldo Ataíde. Da sustentabilidade à competitividade: Um caminho viável? **Revista Gestão e sustentabilidade ambiental.** Florianópolis, v.4, n.1, p. 55-76, abr./set. 2015. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/1359/2086, Acesso em 30 de setembro de 2015.

[48] BOSSELMAN, klaus. **O princípio da sustentabilidade:** transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 34.

[49] **Sustentabilidade Ambiental significa encontrar formas inovadoras de minimizar nosso impacto no meio ambiente e reduzir nossos custos com a conservação de água e energia bem como redução do uso de material de embalagem.** Disponível em: <http://www.pepsico.com.br/sustentabilidade-ambiental>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

do uso de material de embalagem."

Percebe-se então que a ideia central é fazer com que a esfera do meio ambiente e do desenvolvimento econômico trabalhem juntos, sendo este um aspecto chave para a sustentabilidade.

Assim, em prol da sustentabilidade, já existem grandes mudanças, demonstrando uma nova fase de evolução das sociedades industriais, bem como medidas a fim de dar um enfoque maior na importância do meio ambiente, fazendo com que a sustentabilidade seja considerada o valor supremo do ordenamento jurídico. Sobre isso, Juarez Freitas[50] acrescenta:

> O ponto é que, quando a Constituição fala em desenvolvimento como valor supremo e como objetivo fundamental, quer necessariamente adjetivá-lo como sustentável, intertemporal e durável. Melhor do que isso: pretende que a sustentabilidade fixe os pressupostos (sociais, econômicos, ambientais, jurídico-políticos e éticos) de conformação do desenvolvimento constitucionalmente aceitável.

Nesse sentido, Edis Milaré[51] expõe:

> Por isso, nos últimos anos, a sociedade vem acordando para a problemática ambiental. O mero crescimento econômico, mito generalizado, vem sendo repensado com a busca de fórmulas alternativas, como o ecodesenvolvimento ou o desenvolvimento sustentável, cuja característica principal consiste na possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento integral, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida- três metas indispensáveis.

Assim, o desenvolvimento sustentável vai ter como objetivo adequar a relação entre meio ambiente e desenvolvimento econômico tendo em vista os males que surgiram até então, visto que vai harmonizar "a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais"[52].

Tanto o crescimento econômico, quanto a preservação do meio ambiente são importantes para garantir a qualidade de vida, visto que possuem uma relação íntima, visto que um depende do outro.

Neste diapasão, é de grande valia destacar o caráter multidimensional da sustentabilidade, que além de contribuir para que haja esse equilíbrio entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico, vai também demonstrar que esta dicotomia influencia diferentes áreas importantes, e condiciona toda a sociedade a fim de garantir o futuro dessa e das futuras

[50] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: **direito ao futuro.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.110.

[51] MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.61.

[52] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111.

gerações.

Após essas considerações, a primeira dimensão a ser trabalhada é a dimensão ambiental, que diz respeito a essa mudança na consciência da sociedade de que os recursos provenientes da natureza não são inesgotáveis como se pensava até então. O desenvolvimento e a qualidade de vida das futuras gerações dependem de medidas a serem tomadas à longo prazo, pois a capacidade ambiental de ser renovar é muito mais lenta que a capacidade do homem de destruir os seus recursos.

É como Juarez Freitas[53] destaca:

> Em suma, (a) não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde segue que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie.

Em relação à dimensão econômica, segundo Gabriel Real, trata-se de "aumentar la generación de riqueza, de un modo ambientalmente sostenible, y de encontrar los mecanismos para una más justa y homogénea distribución"[54]. Trata-se de buscar a igualdade e uma forma racional de crescimento respeitando os recursos naturais. Trata-se, portanto, de uma dimensão que possui nítida ligação com a dimensão social.

Para Sachs[55] a dimensão econômica é: "[...] desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado, com segurança alimentar, capacidade de modernização contínua dos instrumentos de produção, razoável nível de autonomia na pesquisa científica e tecnológica e inserção soberana na economia internacional."

Em relação à dimensão social, essa vai se preocupar com a busca da igualdade das pessoas, tendo como pressuposto a distribuição de renda. E, além disso, busca a concretização de direitos, visto estar ligada especialmente aos direitos sociais.

Para Mendes[56]: "A dimensão social objetiva garantir que todas as pessoas tenham condições iguais de acesso a bens, serviços de boa qualidade necessários para uma vida digna,

[53] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: **direito ao futuro.** p.65.

[54] REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3o quadrimestre de 2012. Disponivel em: http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413. Acesso em: 28 de setembro de 2015.

[55] SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Garamond, 2002.p. 71

[56] MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, Curitiba, v. 7, n. 2, julho/dezembro 2009. Disponível em: <http://www.santacruz.br/v4/download/ revista-academica/13/cap5.pdf> Acesso em 28 de setembro de 2015.

pautando-se no desenvolvimento como liberdade [...].”

E, por fim, a dimensão tecnológica introduzida pelo professor Gabriel Ferrer[57], diz respeito à ciência e à técnica a serem utilizadas em benefício do homem e da sustentabilidade. Ou seja, tendo em vista os avanços tecnológicos, tem-se que ter certeza de que isso vai se tornar um benefício e não um malefício para o futuro da humanidade.

Esta dimensão, segundo Casagrande Jr.[58], é diz respeito a: “[...] processos de eficiência que podem economizar energia e recursos, diminuir poluição, aumentar produtividade com distribuição equitativa de renda e evitar desperdício de capital, passam pela Educação e Inovação Tecnológica norteadas pela conservação ambiental.”

Trata-se, portanto, de uma reeducação tecnológica, visto que até então a produção em massa sem medir as consequências e o incentivo ao consumo desenfreado fizeram com que os costumes ansiassem por mudanças, visto que o sistema estava acabando com o pouco que restava do meio ambiente, acabando com as chances de uma vida com qualidade e digna.

Assim, não se trata de decrescer ou estancar o crescimento, mas sim mudar a consciência quanto à forma de produção, a forma de consumo e a forma de ver a natureza. A sociedade estava vivendo, segundo Juarez Freitas, um “falso progresso e de cumulativos desequilíbrios”[59].

Resumindo, deve haver uma preocupação com o todo, não se limitando somente à preservação ambiental, visto que a nossa sociedade vive num sistema complexo, em que todas as variáveis devem estar em equilíbrio para que haja a concretização dos direitos sociais e humanos elencados e, em consequência, a vida digna da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo teve uma grande influência na argumentação jurídica de todos os operadores do direito, mas especialmente aos juízes. Visto que houve o reconhecimento do poder normativo dos princípios, fazendo com que os casos a serem julgados pelos juízes se tornassem uma atividade muito mais complexa, não se

[57]CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. Gabriel Real Ferrer apresenta palestra sobre as dimensões da sustentabilidade. Disponível em: http://www.ecossocioambiental.org.br/artigos/n-a/. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

[58] CASAGRANDE JR., Eloy Fassi. Inovação tecnológica e sustentabilidade: integrando as partes para proteger o todo. Disponível em: <http://aplicweb.feevale.br/site/files/documentos/pdf/23231.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

[59] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: **direito ao futuro.** p.78.

atendo somente à subsunção, qual seja aplicar a norma ao caso, mas sim em aplicar princípios aos casos e fazer o juízo de ponderação com a necessária argumentação demonstrando qual deles eram de maior relevância para a sociedade.

Assim, a argumentação após o neoconstitucionalismo se tornou relevante para dar legitimidade à decisão judicial, vez que as técnicas que abrange podem dar abertura ao ativismo judicial.

No que diz respeito aos valores abordados entorno da discussão entre preservação ambiental e crescimento econômico, pode-se concluir que hoje a sociedade se encontra em crise, visto que a lógica desde a Revolução Industrial girou entorno da economia, havendo um relaxo no que diz respeito a outras áreas, em especial, conforme abordado no presente trabalho, a ambiental.

Ocorre que, tanto o direito a um meio ambiente saudável, quanto o crescimento econômico são importantes para a concretização de diversos direitos, em especial direitos sociais, ligados à coletividade. E, além disso, o crescimento econômico se torna primordial no que diz respeito a instituir políticas públicas, a fim de buscar a preservação do que ainda resta do meio ambiente.

E tendo em vista essa dúvida quanto até que ponto pode ocorrer o crescimento econômico sem causar novos impactos ambientais, bem como buscar a vida digna da sociedade, que surgiu o termo Sustentabilidade, com a finalidade de mudar a consciência e hábitos da sociedade para garantir a gerações futuras um mundo melhor.

O grande diferencial é que a preocupação não se restringe somente ao meio ambiente, mas sim a diferentes áreas, sendo esta a razão de a sustentabilidade ter diferentes dimensões, não havendo necessidade de escolher entre preservação ambiental e crescimento econômico, visto que ambos contribuem para uma vida digna, desde que dentro dos valores e parâmetros que prega a sustentabilidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, MANUEL. A argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo. *In:* **Escola de Altos Estudos**. Itajaí, 10-12, ago.2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: Teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

BOSSELMAN, klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano- 1972**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 15 de setembro de 2015.

CANOTILHO, J.J. GOMES [et al]; (Coord.) **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Editora trotta, 2010.

CASAGRANDE JR., Eloy Fassi. **Inovação tecnológica e sustentabilidade**: integrando as partes para proteger o todo. Disponível em: <http://aplicweb.feevale.br/site/files/documentos/pdf/23231.pdf>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí: Editora Univali, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD/Unisinos**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, janeiro-junho de 2011.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Pedro Araújo Amorim; CANDIDO, Genisaldo Ataíde. **Da sustentabilidade à competitividade**: Um caminho viável? Revista Gestão e sustentabilidade ambiental. Florianópolis, v.4, n.1, p. 55-76, abr./set. 2015. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/1359/2086, Acesso em 30 de setembro de 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A busca por uma economia ambiental: a ligação entre o meio ambiente e o direito econômico, p.20. *In*: GARCIA, Denise. **Governança transnacional e sustentabilidade**. Itajaí: Univali,2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" Del ordenamento jurídico: el caso italiano. *In:* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editora Trotta. 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: Do individual ao coletivo. Teoria e prática. 7. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, Curitiba, v. 7, n. 2, julho/dezembro 2009. Disponível em: <http://www.santacruz.br/v4/download/ revista-academica/13/cap5.pdf> Acesso em 28 de setembro de 2015.

MIALHE, Jorge Luís. Direito ambiental como expressão dos Direitos Humanos: a relevância do direito à informação no Mercosul. **Verba Juris**, Paraíba, ano 5, n.5, jan./dez.2006, p. 209-210.

MILARÉ, Edis**. Direito do Ambiente**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARE, Édis. A política ambiental brasileira. *In:* LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 7.ed.rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOURA, Lenice S. Moreira (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. Editora Saraiva, 2009, p. 234.

PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In:* CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p.131.

RAMME, Rogério Santos. Avaliação de equidade ambiental: um dever fundamental socioambiental. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 119-141, 2014. Disponível em: http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/index/search/search. Acesso em: 15 de setembro 2015.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3o quadrimestre de 2012. Disponivel em: http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413. Acesso em: 28 de setembro de 2015.

REAL FERRER, Gabriel. CENTRO DOM HELDER DE CONVENÇÕES. **Palestra sobre as dimensões da sustentabilidade.** Disponível em: http://www.ecossocioambiental.org.br/artigos/n-a/. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.p. 71

SANTANA, Patrícia da Costa. **A ponderação na colisão entre princípios da proteção das manifestações culturais religiosas da matriz africana e o da proteção dos animais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2007, p. 106

SCAFF, Fernando Facury(coordenador). **Ordem econômica e social**: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTr, 1999, p. 43.

SILVA, Odair Vieira da.Sistemas produtivos, desenvolvimento econômico e degradação ambiental. **Revista Científica Eletrônica Turismo**. São Paulo. Ano III. Edição n. 5, junho de 2006.

Sustentabilidade Ambiental significa encontrar formas inovadoras de minimizar nosso impacto no meio ambiente e reduzir nossos custos com a conservação de água e energia bem como redução do uso de material de embalagem. Disponível em: http://www.pepsico.com.br/sustentabilidade-ambiental. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Começa sexta-feira (25) a Cúpiula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/comeca-sexta-feira-25-a-cupula-das-nacoes-unidas-sobre-o-desenvolvimento-sustentavel/> Acesso em: 21 de setembro de 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica. **Revista consultor jurídico**, São Paulo, 19 de setembro de 2015, Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.

O USO DA EQUIDADE PELOS MAGISTRADOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

Ana Luiza Colzani[1]

Marcos Vinicius Viana da Silva[2]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a análise o uso da equidade, especificamente quando aplicada pelos magistrados dos Juizados Especiais Cíveis, em cortejo à lei n° 9099. O objetivo é buscar fundamentação para a relação entre sua aplicação e a garantia ao acesso efetivo à justiça.

Para tanto, buscar-se-á, na primeira parte, breves apontamentos sobre a concepção dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil, como tentativa de resguardar o acesso amplo à justiça na agenda de solidariedade do Estado Democrático de Direito.

A segunda parte tratará sobre a limitação ao termo "equidade" e sua utilização dependente de prévia autorização do legislador, com duas funções distintas: supletiva ou interpretativa. Esta última, na qual se enquadra a lei n° 9.099, se presta a adequar a lei ao caso concreto, a fim de evitar maiores prejuízos praqueles que, de alguma maneira, já foram desamparados de iguais condições pelo Estado.

E, finalmente, na terceira parte, estudar-se-á no modelo de argumentação coerente de Atienza os critérios de decisão de acordo com a equidade, como forma de garantir o acesso à justiça.

O relato dos resultados será metodologicamente composto na base lógica-indutiva[3],

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI, Itajaí/SC, Brasil. Bolsista no Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares – PROSUP – CAPES. Advogada. E-mail: lucolzani@gmail.com.

[2] Doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI, Itajaí/SC, Brasil. Professor. E-mail: mvsilva0805@gmail.com.

[3] "**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

enquanto que, para a pesquisa, serão utilizadas as técnicas do Referente[4], da Categoria[5], do Conceito Operacional[6] e da Pesquisa Bibliográfica[7].

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a todos o direito de buscar no Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito[8]. Essa conquista histórica de acesso à Justiça não se mitiga ao simples agir em um processo judicial, mas às garantias ao modo pelo qual esse acesso será apreciado. Este duplo enfoque trata da relação entre partes e Estados e as prestações estatais para que os direitos possam ser efetivados.

Capelletti[9] subdivide as ondas reformistas de acesso à justiça em três diferentes momentos. Em um primeiro, pela assistência judiciária aos pobres, dando-lhes condições de apresentar demandas no judiciário sem as barreiras dos custos de representação.

A segunda onda refere-se à representação dos direitos difusos a fim de resguardar os interesses de um grupo, da coletividade em geral ou de um segmento dela. Essa visão plural do processo se distingue dos procedimentos até então pensados para demandas individualizadas, bem como suas regras de legitimidade.

Para enfim, na terceira onda, ampliar-se a concepção de acesso à justiça, indo além da mera representação em juízo, através de ferramentas sofisticadas e inter-relacionadas.

Isto, pois, a instrumentalização dos novos direitos e obrigações surgidos no Estado Social elevou a necessidade de adaptação à nova ordem política e econômica e ao acesso à justiça, sob

---

[4] "**REFERENTE**: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. [...]" Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 209.

[5] "**CATEGORIA**: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de umaidéia(sic)." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 197.

[6] "**CONCEITO OPERACIONAL [COP**]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic)expostas." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 198.

[7] "**PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 207.

[8] BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**. Art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Na data de 20 de outubro de 2015;

[9] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

pena de virarem meras declarações políticas, sem efetividade[10].

A agenda de solidariedade do Estado Democrático de Direito baseada na justiça social, na igualdade e dignidade da pessoa humana[11], busca responder aos anseios sociais de tornar-se mais justa e solidária, refletindo em nosso ordenamento jurídico.

Conflitos emergentes desses novos direitos precisaram, então, de pronta resposta legislativa. Nesse cenário emergiu a democratização do Judiciário, através dos juizados especiais, para abrigar os até então marginalizados do sistema, como tentativa de resguardar o acesso amplo à justiça e a consequente cidadania.

Deste modo, "Os juizados prestam uma tutela diferenciada, aliando critérios de rapidez e segurança para assegurar ao cidadão comum o acesso à justiça, atendendo ao princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, corolários lógicos do Estado de Direito."[12]

A lei nº 9.009, de 26 de setembro de 1995 passou a disciplinar o processo e o procedimento dos Juizados Especiais, ampliou a competência e consagrou como critérios a informalidade, a oralidade, a simplicidade, a efetividade e a economia processual.

No entanto, a rapidez e simplicidade não devem significar uma má prestação da justiça, pois a finalidade da referida lei "não é fazer uma justiça 'mais pobre', mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres"[13].

Os aspectos que marginalizam alguns do sistema, atribuindo obstáculos ao acesso à justiça, são desde econômicos, sociais, culturais, políticos, até técnicos. Este último, enfoque do presente artigo, na perspectiva da argumentação jurídica, será apresentada no terceiro tópico.

2. LIMITAÇÃO AO TERMO EQUIDADE

Por não haver uma definição legal, coube à doutrina a conceituação do termo "equidade". Historicamente, temos em primeiro momento Aristóteles, que a caracterizou como uma forma de

[10] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. P. 47-48.

[11] ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 41.

[12] ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 52.

[13] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça,** p. 165.

justiça aplicada ao caso concreto:

> O equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, [...]. A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância[14].

Segundo essa limitação conceitual, a equidade é a correção da justiça legal, predominantemente universal, e a sua necessidade de adaptação aos casos particulares. Deste modo, não por erro do legislador, mas pela natureza do caso particular e inerente à atividade judicial de adaptar a generalidades às exigências cotidianas.

A partir do grande filósofo diversos autores escreveram sobre o tema no mesmo sentido, como Nicola Abbagnano, A. Machado Paupério, Orlando Gomes e Tércio Sampio Ferraz Jr.. "Percebe-se, até aqui, a posição unânime dos doutrinadores no sentido de aceitar a equidade como aspiração do juiz, na aplicação ao caso concreto, face o caráter geral e abstrato da lei" [15].

Há fundamentações diversas, porém, que tratam das limitações da equidade diferenciando-a da discricionariedade do julgador vinculada ao ordenamento em que está submetido para uma arbitrariedade que não se submete ao rigorismo do direito positivado.

Neste sentido, segundo Colzani[16], Bobbio, Raws, Dworkin, Chaim Perelman e Paulo Ferreira da Cunha, consideram a equidade como um recurso do juiz contra a lei, podendo ser definida como "autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores"[17].

Não parece ser essa a posição atual do ordenamento jurídico brasileiro, que, ao contrário, positivou a utilização da equidade e fixou sua utilização a prévia autorização legal.

A utilização da equidade é abrangida pela legislação brasileira de duas maneiras distintas: as normas que facultam sua utilização nas lacunas ou omissões da lei; as normas que determinam

[14] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2001, p. 109-110.

[15] COLZANI, Valdir Francisco. **Equidade:** uma proposta de conceito operacional para o operador do direito no brasil. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 6, n. 11, p. 105-114, ago. 2009. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view /1514/1209>. Acesso em: 17 Ago. 2015. p. 108.

[16] COLZANI, Valdir Francisco. **Equidade:** uma proposta de conceito operacional para o operador do direito no Brasil. p. 108-109.

[17] BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996, p. 56.

seu uso como princípio e finalidade da própria lei.

Em ambos os casos, porém, tem-se claro que sua utilização não é arbitrária ao julgador, mas provém de expressa e prévia autorização do legislador.

No primeiro caso temos como exemplo a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro[18], em seu artigo 4º, que prevê que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Bem como no Código de Processo Civil que limita a utilização a previsão legal, tanto na lei em vigor como em sua nova versão[19].

Outros exemplos, ainda, são o Código Tributário Nacional[20] e o decreto-lei de instituição a CLT[21], os quais, da mesma forma, recorrem à equidade, bem como aos "princípios gerais de direito" como última razão em casos de lacunas ou obscuridades da lei.

A função da equidade, neste primeiro modelo, é apenas supletiva[22] à lei, para casos em que o legislador não tenha abrangido. Ao juiz, portanto, cabe a utilização da equidade quando da ausência do legislador para trazer solução ao caso concreto, já que não lhe é facultado silenciar ao ser demandado[23].

De maneira diversa tem-se normas, como é o caso da lei 9.099[24], em que a equidade não é apenas a razão final, mas sim o princípio embasador da aplicação dos direitos previstos. Neste caso, a função do uso da equidade é interpretativa[25] à lei, podendo o magistrado dar a norma um sentido diverso do comumente adotado por parecer-lhe mais justo, mais equitativo.

É neste sentido que se apresenta o artigo 6º da referida lei: "o Juiz adotará em cada caso a

---

[18] BRASIL, República Federativa do. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

[19] "O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei". (Art. 127, CPC); O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (Art. 140, Novo CPC). BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

[20] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 5.172**, de 25 de janeiro de 1966. Código Tributário Nacional, art. 108. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

[21] BRASIL, República Federativa do. **Decreto-lei 5.452/43**, art. 8º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

[22] GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil.** 12 ed. Atual. Humberto T. Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 51

[23] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 5.869,** de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, art. 126: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei".

[24] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Na data de 20 de agosto de 2015.

[25] GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. p. 51

decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum"[26].

Isto pois, como visto anteriormente, os juizados especiais nasceram com o intuito de levar acesso à justiça de maneira mais equânime possível, tirando da igualdade àqueles que precisam de tratamentos individualizados.

O judiciário, então, como *locus* da cidadania inclusiva e da concretização dos direitos consagrados pela Constituição, passou a ter envolvimento com a questão social e transformou-se na agência de controle da vontade do soberano[27].

Para tanto se faz necessário o uso de ferramentas capazes de adequar a lei ao caso concreto, a fim de evitar maiores prejuízos praqueles que, de alguma maneira, já foram desamparados de iguais condições pelo Estado. Cabendo, inclusive, invocar o Justo contra a lei, para que se efetive, através do processo, os objetivos politicamente definidos pela sociedade.

3. MODELO DE ARGUMENTAÇÃO COERENTE DE ATIENZA[28] E O USO DA EQUIDADE COMO FORMA DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA

Dada as finalidades da lei 9.099, em equiparar as forças dos desiguais, pelo senso de solidariedade do Estado Contemporâneo, se faz necessário dispor de ferramentas para que as efetivem.

O acesso à justiça, fundamento da lei, pressupõe o uso da equidade, nos moldes aqui definidos, não apenas como última alternativa, como última razão argumentativa no discurso do julgador; mas sim como base de qualquer julgamento, fundamentando o discurso pelas suas premissas.

Alguns artigos da referida lei são exemplos de ferramentas legais ao uso da equidade, em que elevam ao juiz de mero espectador a participante ativo do processo, como por exemplo, em relação às provas: ao juiz é dada a liberdade de determinar provas e o modo como serão apreciadas (art.5º, art 35); ou ainda de produzi-las independentemente de requerimento da parte

[26] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

[27] ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 246.

[28] ATIENZA, Manuel. **Como evaluar las argumentaciones**. In Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013, p. 547-641.

(art. 33).

A não decretação de nulidade sem que tenha havido prejuízo (art. 13) é ainda meio de preencher os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2²), que conduzem a um efetivo acesso, não só ao juízo, mas à justiça.

Baseando-se no julgamento mais equânime ao caso concreto, permite, inclusive, o afastamento dos efeitos da revelia (art. 20), através da convicção do Juiz às verdades dos fatos. Novamente como forma de suprir, se assim achar necessário, o descompasso de forças entre as partes, pela relativização das regras processuais, ressalvando, contudo, a submissão aos princípios e finalidades da própria lei.

O ponto de partida para a interpretação e aplicação da lei já deve ser a equidade, pois, se partimos de uma situação de desigualdade e aplicarmos a igualdade como parâmetro, estaremos fomentando essa desigualdade.

Na atuação do magistrado espera-se não apenas um julgamento pertinente às regras legais, mas que traga de alguma forma o senso do justo aos fatos, em uma espécie de correção da justiça legal.

> Quando o juiz atua, deposita-se na sua decisão a expectativa de uma ação que não é apenas pacificadora de um conflito. Fosse assim, qualquer resultado seria admissível. O que importa é que a decisão mesma e o percurso para a sua justificação sejam orientados pelo telos e pela arché da própria Justiça. É nesse sentido que a expectativa se instala. Portanto, ao atuar, deve o juiz manter a visada em um padrão de correção que deve ser perseguido [...][29].

A equidade, nesse sentido, é o mecanismo capaz de ajustar o plano abstrato da "norma" ao concreto do fato. A norma, de forma ampla, não pode ser vista como sinônimo do todo da Justiça, pois se qualifica pela generalidade[30].

Decidir de acordo com critérios de equidade, significa, para Atienza[31], ir contra a generalidade de uma norma ao introduzir uma exceção. A finalidade de seu uso é evitar uma consequência ruim para aquele caso específico, que assim não o é em sua generalidade.

Não se confunde, no entanto, com universalidade, que seria o tratamento igual de seres

[29] CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Justiça e equidade**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. Dispoível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream /handle/id/496954/000983269.pdf?sequence=1> Acesso em: 26 ago. 2015. p. 16

[30] CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Justiça e equidade.** p. 18

[31] ATIENZA, Manuel. **Como evaluar las argumentaciones**. In Curso de argumentación jurídica, p. 588-590.

pertencentes a uma mesma categoria. Pois utilizar interpretação universal é prever uma sistematização, não lhe cabendo mais divergências de aplicação. Ou seja, se há uma exceção da norma ao caso concreto, todos os outros em casos similares devem seguir o mesmo padrão.

A generalidade das normas, ao contrário, tem exceções, enquanto a universalidade, se as tiver, estará ocorrendo em arbitrariedade. Portanto, não se pode utilizar critérios de equidade de forma universalizada, pois trata-se justamente de exceções necessários ao modelo geral, não sendo condizente com a universalidade.

Na premissa da generalidade é que nasce a fundamentação de se adequar a norma ao caso concreto e, por vezes, utilizando critérios de equidade, para estabelecer o justo a casos em que a regra geral potencialmente teria efeitos prejudiciais e inversos do que se esperava dela.

"Algo que ya sabía Aristóteles cando afirmaba que lo equitativo es justo (y la justicia es uma relación de igualdad), pero no em el sentido de la ley, sino como uma rectificación de la justicia legal (Ética a Nicômaco,V,10)"[32].

Ser equitativo, no entanto, não prevê a transgressão ao Direito vigente, pelo contrário, se limita de acordo com a integridade de um sistema jurídico[33], considerando as peculiaridades do caso.

> Em certo sentido, se poderia dizer que o juiz pode ir mais além do Direito, enquanto contribui a desenvolvê-lo (naturalmente, não de qualquer maneira, senão segundo critérios de coerência), mas não pode ir contra o Direito, não pode substituir o governo das leis, das normas, pelo governo dos homens[34].

E deste modo é também explicitado no Código ibero-americano de ética judicial, ao tratar, em seu artigo 35 o propósito último da atividade judicial como a de "realizar a justiça por meio do Direito", seguido pelo artigo 36 que trata especificamente da equidade.

> O juiz eqüitativo é definido como aquele que, no marco do Direito vigente, projeta coerentemente os valores do ordenamento ao caso que resolve, consciente de que a solução judicial por ele aplicada deve poder se estender a "todos os casos substancialmente semelhantes". Esse artigo, somado ao art. 40, que obriga o juiz ao seguimento não só do texto das normas jurídicas, mas das "razões nas

[32] ATIENZA, Manuel. **Como evaluar las argumentaciones**. In Curso de argumentación jurídica, p. 555. "Algo que Aristóteles já sabia quando afirmava que o equitativo é justo (e a Justiça é uma relação de igualdade), mas não no sentido da lei, mas como uma retificação da justiça legal" (tradução livre).

[33] ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. **Código ibero-americano de ética judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, art. 37.

[34] ATIENZA, Manuel; DO VALE, André Rufino. **O argumento de autoridade no direito**. Novos Estudos Jurídicos, v. 17, n. 2, p. 144-160, ago. 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/ seer/index.php/nej/article/view/3964/2307>. Acesso em: 13 Ago. 2015. p. 158.

quais elas se fundamentam", traduz uma concepção do Direito afastada de uma visão puramente formalista.

O juiz deve, portanto, estar vinculado não somente as regras, mas as razões as quais elas se vinculam, para que, de alguma forma, dê efetivo acesso à justiça, através da interpretação coerente ao sistema.

Por coerência, entende Atienza, como um método de avaliação da argumentação jurídica. Diz-se que uma norma é coerente quando pode ser subsumida de uma série de princípios e valores do ordenamento. "*Así, frente a um problema interpretativo, la razón para interpretar la norma N em el sentido N' y no en el sentido N" es que N' es la que resulta más acorde com los principios y valores del sistema*"[35].

Para alcançar o status de equidade a norma aplicada ao caso concreto deve vir fortemente fundamentada, com argumentos suficientes para que fique clara a necessidade da exceção à inevitável generalidade e abstração da lei, de acordo com a situação fática desfavorável, temperando as consequências familiares, sociais e pessoais desfavoráveis[36].

Insiste-se em ressaltar que não se está, com o uso da equidade, justificando arbitrariedades ao magistrado, em trazer a noção de justiça para seu próprio julgamento subjetivo. Pelo contrário, resguarda-se a coerência do sistema e observância da própria lei para sua aplicação e limites.

Isto, pois estando os Juizados Especiais, por sua lei específica, não estão apenas autorizados, mas legalmente vinculados ao uso da equidade, submetem-se aos critérios constitucionais que a legitimam e delimitam, na tentativa de efetivar o acesso à justiça.

Seguindo esses critérios, não se poderia, por exemplo, usar do argumento de julgamento "ultra petita" para destituir uma sentença que julgou além dos pedidos alegados pela parte, por ser este um critério legal e legítimo concedido ao juiz da causa, respeitando, inclusive, os fundamentos e propósito da lei, dentro eles, o da equidade.

Pelo contrário, estar-se-ia respeitando o acesso amplo à justiça ao equiparar as forças argumentativas das partes em um provável desequilíbrio de condições técnicas na defesa de direitos.

[35] ATIENZA, Manuel. **Como evaluar las argumentaciones**. In Curso de argumentación jurídica, p. 556. "Assim, diante de um problema interpretativo, a razão para interpretar a norma N no sentido N' e não no sentido N" é que N' é a que está mais de acordo com os princípios e valores do sistema" (tradução livre).

[36] ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. **Código ibero-americano de ética judicial.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, art. 43.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Juizados Especiais nasceram da conquista histórica de acesso à Justiça. Este acesso, no entanto, não se desenvolve apenas no plano de representação em juízo, mas de forma ampla ao acesso às prestações estatais para que os direitos possam ser efetivados.

Porém, os obstáculos econômicos, sociais, culturais, políticos, técnicos, entre outros, marginalizam alguns do sistema. Poder-se-ia, até mesmo, considerar inconstitucional o ingresso ao judiciário sem representação por advogados, como permite a lei nº 9.099, por não se respeitar a ampla defesa, já que privado à parte condições técnicas de defesa de direitos.

No entanto, enquanto é facultada o direito de exercer, por si, a defesa perante acolhimento do Estado, passa a ter esse mesmo Estado o dever de, no mínimo, equalizar os discursos das partes para que não se frustre a pretensão por despreparo técnico.

É no balizamento realizado pelo magistrado, representando toda a relação estatal, que a equidade passa a ser aplicada, deixando-se muitas vezes de se exigir, frente ao caso em concreto, uma série de normas processuais vigentes e imperativas.

Entende-se, deste modo, que o uso da equidade, dentro do contexto da argumentação coerente, proposto por Atienza e tratado aqui no terceiro tópico, viabiliza o equilíbrio de forças como idealizado pela batalha histórica de acesso amplo à justiça.

A inexistência de um tratamento diferenciado dentro do seio do juizado especial, não apenas deixaria de solucionar os casos jurídicos com equidade, como ainda estaria agindo de maneira claramente contrária a tal princípio.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martins Claret, 2001.

ATIENZA, Manuel. **Como evaluar las argumentaciones**. In Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel; DO VALE, André Rufino. O argumento de autoridade no direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 144-160, ago. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/ article/view/3964/2307>. Acesso em: 13 Ago. 2015. p. 158.

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. **Código ibero-americano de ética judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, art. 37.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Decreto-lei n° 5452**, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 5.172**, de 25 de janeiro de 1966. Código Tributário Nacional, art. 108. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L5172.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/L5869.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Na data de 20 de outubro de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto

Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

COLZANI, Valdir Francisco. Equidade: uma proposta de conceito operacional para o operador do direito no brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 6, n. 11, p. 105-114, ago. 2009. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php /nej/article/view /1514/1209>. Acesso em: 17 Ago. 2015.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Justiça e equidade. **Revista de Informação Legislativa.** Ano 50, n. 198, abr./jun. 2013. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496954/000983269.pdf?sequence=1> Acesso em: 26 ago. 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. 12 ed. Atual. Humberto T. Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

O PÓS-POSITIVISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Rafaela Schmitt Garcia[1]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo do pós-positivismo, especificamente quanto à constitucionalização do direito processual. O objetivo é analisar os reflexos deste marco filosófico no processo, enquanto instrumento na concretização e efetivação de direitos.

Para tanto, na primeira parte, parte-se da caracterização do jusnaturalismo e do positivismo para, em seguida, contemplar o pós-positivismo e as diferentes formas como ele se apresenta nos estudos filosóficos, destacando-se, neste ponto, a concepção do professor Manuel Atienza sobre o tema.

A segunda parte tratará sobre a constitucionalização do Direito, de uma forma geral, expondo-se como os valores constitucionais passaram a ganhar força ao longo do tempo e a influenciar o ordenamento jurídico em todos os seus âmbitos.

Por fim, no terceiro momento, aborda-se a constitucionalização do direito processual, verificando-se como se dá a relação entre o direito constitucional e o direito processual, bem como as transformações por este vivenciadas a fim de resguardar, na busca pelo direito, os valores constitucionais.

Os resultados serão relatados de acordo com o método indutivo[2], utilizando-se as técnicas do Referente[3], da Categoria[4], do Conceito Operacional[5] e da Pesquisa Bibliográfica[6].

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI, Itajaí/SC, Brasil. Analista Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Assessora Jurídica no Gabinete do Desembargador Pedro Manoel Abreu. E-mail: rafaela.sg@terra.com.br.

[2] "MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

[3] "REFERENTE: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. [...]" Idem, p. 209.

[4] "CATEGORIA: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de umaidéia(sic)." Idem, p. 197.

[5] "CONCEITO OPERACIONAL [COP]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic)expostas." Idem, p. 198.

[6] "PESQUISA BIBLIOGRÁFICA: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." Idem, p. 207.

1. O PÓS-POSITIVISMO

O estudo da ciência jurídica contempla a observação da realidade e seus desdobramentos. É missão primordial dos estudiosos do Direito compreender as transformações pelas quais passa a sociedade e de que maneira seus reflexos irão afetar a dinâmica das relações jurídicas, do exercício do poder e da aplicação da lei ao caso concreto. Segundo Pedro Manoel Abreu[7]:

> De fato, esse mundo novo globalizado em que vivemos, em profunda transformação, prenuncia uma nova relação entre o homem e o seu mundo, nas relações individuais, existenciais e coletivas, nacionais e transnacionais, tecendo novos rumos para a história da civilização e, por certo, também para a ciência jurídica, entrelaçada na teoria política, na historiografia, na sociologia, na antropologia, na psicologia, enfim, no conhecimento como um todo.

Nesse horizonte, no âmbito de análise do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo contemporâneo, é recorrente a utilização de categorias ou termos como neoconstitucionalismo, pós- positivismo, neoprocessualismo, entre outras, cuja novidade é denunciada pela simples menção em qualquer editor de textos moderno que, ao sublinhá-las de vermelho, indica ao redator que elas ainda não fazem parte de seu universo.

No Brasil, principalmente pela influência de Luiz Roberto Barroso[8], o pós-positivismo é considerado o marco filosófico do neoconstitucionalismo, ou seja, do novo direito constitucional. Ao lado do marco histórico, que seria o período pós-segunda guerra, e do marco teórico, que seriam as transformações que subverteram o conhecimento convencional quanto à aplicação do direito constitucional, ele estaria inserido, então, no contexto neoconstitucional com a contribuição filosófica necessária à compreensão da constitucionalização do Direito. O pós-positivismo é entendido, assim, como um marco filosófico do novo Direito.

Seu surgimento advém da necessidade de superação dos paradigmas já existentes, considerados opostos – jusnaturalismo e positivismo. Segundo Barroso, opostos, mas por vezes singularmente complementares. Em suas palavras, a quadra atual é assinalada pela superação, ou talvez sublimação, dos modelos puros, por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo de pós-positivismo.

Sabe-se que o jusnaturalismo tem seu berço na cultura grega, onde Platão já apontava uma justiça inata, universal e necessária, o que, no decorrer do tempo, foi consolidando o

[7] ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Jurisdição** – Novas perspectivas hermenêuticas na cena contemporânea. Artigo estudado em sala de aula, na disciplina Processo e Jurisdição. Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – Univali, p. 2-3.

[8] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** V. 60, jul. 2004, p. 30-32.

jusnaturalismo como uma corrente fundada na existência de um direito natural, legitimado por uma ética superior. Significa dizer que há, na sociedade, um conjunto de valores legítimos que não decorrem da norma, tampouco dependem do direito positivo.

Na modernidade, o direito natural teve grande destaque, verificando-se a associação entre o iluminismo e o jusnaturalismo como filosofia do Direito. Essas concepções foram o combustível que levou a burguesia ao poder através das conhecidas revoluções que inauguraram o constitucionalismo moderno[9].

Por fim, ao mesmo tempo em que o direito natural atingiu seu apogeu, com a criação do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais e da codificação das normas, sua superação também foi ocorrendo, na medida em que os ordenamentos positivos o incorporaram, empurrando-o para a margem da história a partir do século XIX[10].

Dessa forma, o jusnaturalismo passou a dar lugar ao positivismo, cuja ideia fundamental é a crença na ciência e nos seus métodos, ou seja, a ciência passa a ser considerada o único conhecimento verdadeiro e, no âmbito do Direito, o positivismo jurídico é a corrente que vem a apartar o Direito da moral e dos valores transcendentes. A respeito, sintetiza o mencionado doutrinador:

> A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça[11].

Ainda que a história e o estudo da filosofia apontem concepções contrárias e alguma resistência ao positivismo, a sua decadência é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos que chegaram ao poder nos limites de uma legalidade então vigente e que, em nome dessa mesma lei, promoveram a barbárie em seus territórios, chamando a atenção de todo o mundo para a necessidade de se repensar a estrutura de um ordenamento jurídico indiferente à ética e que, sob o rótulo de 'lei', poderia conter qualquer produto, distante, por vezes, daquilo que se espera do Direito.

---

[9] Revolução Gloriosa, 1989; Revolução Francesa e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789 e Declaração de Independência dos Estados Unidos, 1776.

[10] BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Trimestral de Direito Público.** V. 29, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31-57.

[11] BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Trimestral de Direito Público.** V. 29, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 44.

Em suma, pontua Barroso que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Nas suas palavras, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais[12].

O pós-positivismo surge, assim, como uma forma de superação do conhecimento convencional, deslocando o foco da filosofia do direito da verificação de qual das teorias deve prevalecer para a busca das bases de uma nova teoria. Isso porque não se deseja o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, tampouco a separação entre Direito e ética, que não se harmoniza com a civilização atual e com as causas da humanidade. Portanto, não há um ideal de desconstrução, e sim uma trajetória que se inicia sem desconsiderar o ordenamento positivo, mas reintroduzindo nele as ideias de justiça e legitimidade, reaproximando o Direito da ética e também da filosofia[13].

A esse momento dá-se também o nome de "virada kantiana", ou seja, a volta da influência de Kant[14], numa tentativa de reaproximação da ética e do Direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos. Marcos Meira[15], nesse sentido, expõe:

> O pós-positivismo é, portanto, uma corrente da ciência jurídica que superou o legalismo estrito do positivismo normativista, notabilizando-se (a) pela ascensão dos valores; (b) pelo reconhecimento da

[12] BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Trimestral de Direito Público.** V. 29, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.

[13] "O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais". BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** V. 60, jul. 2004, p. 31.

[14] Immanuel Kant (1724-1804), filósofo alemão. Segundo ele, as atitudes éticas e morais não são impostas pela natureza, e sim prescritas pelo homem em sociedade. "As leis éticas determinam as formas da vontade. Estas leis impostas à vontade regem a conduta a priori, isto é, têm validade universal. São, por conseguinte, 'imperativos'. Estes podem ser hipotéticos ou categóricos. Reger a conduta é a função da razão prática" (BARSA, Enciclopédia. Volume 10, São Paulo: Encyclopaedia Britannica Consultoria Editorial Ltda, 1993, p. 19). Entre suas obras mais conhecidas, aponta-se a Crítica da Razão Pura, onde visava colocar todas as questões sob análise racional, sem a confusão que os sentidos poderiam causar para uma conclusão mais cuidadosa. Tentou, então, resolver o problema do conhecimento racional e empírico, pois não concordava que a experiência sensível era limitada. Para Kant, as verdades universais poderiam ser encontradas antes de qualquer experiência. Assim, o espírito ou razão modelava e coordenava as sensações, sendo as impressões dos sentidos externos apenas matéria prima para o conhecimento. Além disso, negava que existisse uma verdade última ou a natureza íntima das coisas. Desse modo, propôs uma espécie de código de conduta humano, dando origem a outra obra de destaque, Crítica da Razão Prática, que funcionaria como leis éticas que regeriam os seres humanos. A estas leis, deu o nome de Imperativo Categórico. Kant passou toda a sua vida na cidade onde nasceu, em Königsberg, onde levou uma vida metódica e circunspecta (Biografia de Immanuel Kant. Disponível em:<http://www.e-biografias.net/immanuel_kant/> Acesso em: 24 set. 2015).

[15] MEIRA, Marcos. O neoconstitucionalismo e sua influência sobre a ciência processual: algumas reflexões sobre o neoprocessualismo e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Fórum Administrativo:** Direito Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 55-74, mar. 2015.

> normatividade dos princípios; (c) pela essencialidade dos direitos fundamentais edificados sobre o conceito de dignidade da pessoa humana; e (d) pela reaproximação entre o Direito e a Ética.

Não são poucos os autores que consideram o pós-positivismo como sinônimo de neoconstitucionalismo, o que deve ser visto com muita cautela.

Gisele Leite [16] destaca que "erroneamente, os termos ´pós-positivismo' e 'neoconstitucionalismo', no Brasil, são considerados como sinônimos, porém trata-se de significados distintos, pois o neoconstitucionalismo reúne proposta antipositivista, enquanto que o pós-positivismo abarca apenas as teorias, tais como a de Alexy e a de Dworkin".

Manuel Atienza[17] esclarece que o termo neoconstitucionalismo foi utilizado inicialmente na cidade de Gênova, de forma desqualificadora e que, equivocadamente, é utilizada para se referir à constitucionalização dos direitos. Equivocadamente porque, na compreensão do referido autor, não houve no Direito uma 'teoria do constitucionalismo', por essa razão não haveria o que se chamar de neoconstitucionalismo:

> De manera que el "neo", simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de "influenciar" en lugar de "influir", de "concretizar" en lugar de "concretar" o de "direccionar" en lugar de "dirigir". O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado.

Além disso, Atienza destaca que o neoconstitucionalismo é o positivismo de nossos dias, ou seja, os neoconstitucionalistas seriam positivistas ideológicos, confundindo a Constituição Federal com a Justiça e se fechando à possibilidade de críticas.

Nesse pensar, expõe que quatro modalidades de constitucionalismo podem ser verificadas atualmente: os constitucionalistas positivistas; os constitucionalistas jusnaturalistas; os neoconstitucionalistas, propondo que assim sejam chamados somente aqueles que dessa forma se qualificam; e os constitucionalistas não positivistas, ou seja, os pós-positivistas, entre eles, Dworkin e Alexy. A estes se alinha o filósofo espanhol.

Enumera, ainda, oito características atribuídas ao pós-positivismo: constitucionalismo; não

[16] LEITE, Gisele. Neopositivismo e neoprocessualismo: o que há de realmente novo no direito? **Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil,** São Paulo, v. 12, n. 79, p. 113-130, set./out. 2012.

[17] ATIENZA, Manuel. **Nem positivismo jurídico, nem neoconstitucionalismo: uma teoria pós-positivista do Direito.** Palestra proferida no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 13 de agosto de 2015. Anotações da autora e artigo, de mesmo título, disponível em: <http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091> Acesso em: 24 set. 2015.

positivismo; unidade da razão prática; objetivismo moral; preferência pelas regras e pelos princípios; utilização da subsunção e da ponderação; destaque para o papel ativo da jurisdição, diferenciando-se do ativismo e também formalismo exagerado; e, por fim, foco na perspectiva argumentativa, ainda que o Direito não seja só argumentação.

Antônio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti Maia[18], nessa toada, expõem que o próprio termo pós-positivismo não tem emprego pacífico, mesmo entre autores que partilham de suas teses axiais:

> Bem se pode dizer que conquanto ainda ensaie seus primeiros passos como movimento, detecta-se nas obras de justeóricos identificados com sua proposta uma série de afinidades eletivas e tendências comuns aptas a configurar uma nova concepção de Direito. Suas bases filosóficas são ecléticas, e remetem a uma constelação de autores que possuem ponto de contato com as ideias de Gustav Radbruch, passando por influxos da teoria de John Rawls, incorporando ainda elementos da filosofia hermenêutica, bem como aportes na teoria do discurso de Habermas. [...] Robert Alexy e Ronald Dworkin são, indiscutivelmente, os autores mais notórios a frequentar qualquer exposição digna de nota sobre a temática pós-positivista.

Segundo Nelson Nery Junior e Georges Abboud[19], perante o paradigma pós-positivista, não se pode mais confundir texto normativo com norma, pois o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal, sendo que sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata. A norma é, para os autores, produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo.

Noutro prisma, Carlos Bastide Horbach[20] argumenta que tanto o pós-positivismo como o neoconstitucionalismo são novas roupas dadas ao direito constitucional. Em artigo sobre o tema, o autor compara as concepções de Carlos Maximiliano e Luís Roberto Barroso, concluindo que não se está diante de uma revolução em termos de interpretação do texto constitucional, asseverando:

> Não há diferenças substanciais entre a "nova hermenêutica constitucional" e a tradicional, mas diferenças meramente terminológicas. Cabe destacar que não se está diante, portanto, de uma nova teoria jurídica, mas da mesma teoria com novos nomes. É o vinho velho em odres novos...

[18] DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 650-654.

[19] NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivsmo e direito. **Revista de Direito Privado.** São Paulo, v. 14, n. 53, p. 11-20, jan./mar. 2013.

[20] HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 96, n. 859, maio 2007, p. 81-91.

> Não sendo a "nova hermenêutica constitucional" uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pelos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.
>
> [...] Na interpretação da lei ou da Constituição, os "neo-constitucionalistas" separam a termo do conceito, o conceito do preceito, o preceito da norma, a norma do texto e o texto do contexto, para, ao final dessa operação, fazer com que o dispositivo afirme exatamente o que desejam e, não raro, o contrário do que nele está escrito.

De todo modo, longe da pretensão de se esgotar o assunto, o pós-positivismo é, no desenrolar do século XXI, um precioso desdobramento das ideias que floresceram na modernidade, servindo de base para o pensamento contemporâneo e para o enfrentamento, com equilíbrio, de todas as complexidades do presente e do futuro.

Seja como marco filosófico do neoconstitucionalismo, seja como teoria ou paradigma apartado, significa a superação do legalismo pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade, que passam a integrar o sistema jurídico, ainda que não positivados em um texto específico. Nesse sentido, os princípios ganham destaque, por expressarem valores fundamentais do sistema e exigindo, do intérprete, a capacidade de buscar soluções justas através da ponderação, além da subsunção.

Acrescenta-se que o elemento central do pós-positivismo é a articulação entre a filosofia do direito e o direito constitucional, eis que à ciência jurídica cabe administrar as incompatibilidades existentes entre valores, princípios e direitos previstos na Constituição, e ainda orientar o comportamento dos operadores jurídicos, a fim de que os conflitos sejam solucionados de acordo com os mandamentos constitucionais, através dos mecanismos adequados.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Na esteira do estudo do pós-positivismo, verifica-se que o século XX foi marcado por um conjunto de mudanças que compreenderam a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e um novo olhar sobre a interpretação constitucional. O conjunto desses fenômenos resultou na constitucionalização do Direito.

Inicialmente, destaca-se que à norma constitucional passou a ser atribuído *status* de norma jurídica. Isso porque, até meados do século XX, a Constituição era considerada um documento político, condicionado à vontade do legislador e à discricionariedade do administrador. O Poder

Judiciário, à época, não tinha sua atuação direcionada aos mandamentos constitucionais ou à sua efetividade. Possuía, assim, um papel mais restrito no âmbito da jurisdição.

Este cenário passou a sofrer alterações com a reconstitucionalização que ocorreu após a 2ª Guerra Mundial, inicialmente na Alemanha, seguida pela Itália, Portugal e Espanha.

> O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada[21].

A expansão da jurisdição constitucional, ocorrida após 1945, trouxe consigo um novo modelo, inspirado na experiência americana de supremacia da Constituição. Sua fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, cuja proteção passou a ser função do Poder Judiciário, o que resultou na criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo.

Nessa compreensão, a constitucionalização do sistema jurídico por meio da previsão de direitos fundamentais deu forma às opções éticas e políticas da sociedade, bem como transformou a moral crítica em moral legalizada. O poder, antes concentrado no legislador democrático, é transferido ao Poder Judiciário, que passa a ser o responsável por interpretar, aplicar e compatibilizar os preceitos constitucionais com os atos legislativos[22].

Segundo Barroso[23], a locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica, comportando vários sentidos, contudo, enfatiza que a ideia por ele tratada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Nesse sentido, os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Além disso, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, em suas relações com os particulares e também nas relações entre particulares.

---

[21] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** V. 60. Porto Alegre: jul. 2004, p. 32-33.

[22] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Ajuris,** Porto Alegre, v. 38, n. 123, p. 303-304, set./2011.

[23] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** V. 60. Porto Alegre: jul. 2004, p. 38.

No estudo do tema, observa-se que há um consenso entre os autores de que o marco inicial do processo de constitucionalização corresponde à Lei Fundamental da Alemanha, no ano de 1949. Sob o seu regime, consagrou-se a ideia de que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham a função de instituir uma ordem objetiva de valores.

No Brasil, assim como em Portugal e na Espanha, a democratização ocorreu em período posterior, o que também tornou a constitucionalização do Direito mais tardia.

Apesar disso, é importante destacar que já na Constituição de 1824 foram previstos os direitos fundamentais, especificamente no Título 8º, sob a nomenclatura de "Das Disposições Geraes, Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brazileiros". O art. 179, nessa toada, assim disciplinava:

"Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio [...]"[24].

Segundo José Afonso da Silva[25], esta foi a primeira Constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, apesar de consagrar, por outro lado, o Poder Moderador.

Efetivamente, foi a partir de 1988 que a Constituição passou a figurar no centro do ordenamento jurídico brasileiro, deslocando o Código Civil, que antes ocupava lugar de destaque na legislação.

> Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional[26].

Assim, toda a interpretação jurídica passa a ser, também, uma interpretação

[24] BRASIL, **Constituição Política do Império. 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 25 set. 2015.

[25] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 28ª ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 170.

[26] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** V. 60. Porto Alegre: jul. 2004, p. 47.

constitucional. Isso porque, na visão pós-positivista, a norma em abstrato não contém todos os elementos necessários à sua aplicação. Existem expressões que fornecem o mínimo de significação, dependendo do intérprete definir o sentido e o alcance da norma.

Meira[27] expõe que a função do intérprete será, então, de integração do comando normativo a partir de sua própria experiência, e não de mera subsunção, destacando:

> O constitucionalismo contemporâneo notabiliza-se, como já afirmado, pela incorporação expressa de princípios ao texto constitucional, que passam a deter função normativa. Os princípios, diferentemente das regras, não enunciam comandos descritivos de condutas, mas valores que indicam finalidades públicas a serem realizadas por diferentes meios. [...] O intérprete passa a trabalhar com outros modelos hermenêuticos, como a ponderação e a argumentação.

Para o mencionado autor, a constitucionalização do direito é uma das consequências mais visíveis do neoconstitucionalismo, junto à judicialização das políticas públicas; o ativismo judicial, a teoria da coisa julgada inconstitucional e o neoprocessualismo.

Destaca que a constitucionalização do Direito deve ser examinada sob a ótica do texto constitucional em si mesmo considerado, ou seja, no plano objetivo, e também sob o prisma do intérprete, plano subjetivo.

No plano objetivo, significa dizer que a Constituição passou a abranger temas até então relegados à legislação infraconstitucional e a incorporar expressamente valores e princípios, alargando o campo da jurisdição constitucional, pois se expande pelo direito civil, administrativo, processual, penal, entre outros. Exemplo disso é o extenso texto da Carta de 1988, que tornou constitucionais temas secundários.

No plano subjetivo, como dito, a constitucionalização do Direito exige uma mudança de postura do intérprete, eis que as regras clássicas de interpretação já não são suficientes para solucionar os conflitos.

Paulo Bonavides[28], em seu "Curso de Direito Constitucional", dedica um capítulo exclusivamente ao estudo dos princípios gerais de direito e aos princípios constitucionais, sendo considerado um dos primeiros doutrinadores a tratar da fase pós-positivista.

Em suas palavras, partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios, é

[27] MEIRA, Marcos. O neoconstitucionalismo e sua influência sobre a ciência processual: algumas reflexões sobre o neoprocessualismo e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Fórum Administrativo:** Direito Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 61, mar./2015.

[28] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 298.

possível chegar ao grau mais alto a que eles já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional. “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

Assim, a novidade da era pós-positivista não está na existência ou no reconhecimento dos princípios, mas sim no reconhecimento de seu caráter normativo.

Não obstante, a constitucionalização também atinge as bases da democracia, reformulando a relação entre Estado e Sociedade, tendo em vista que a Constituição passa a ser a lei fundamental do Estado e da Sociedade.

Todavia, ainda que seja uma conquista contemporânea, a constitucionalização do direito traz consigo algumas preocupações, principalmente relacionadas aos excessos que dela podem surgir. Exemplo disso é o fator antidemocrático que pode surgir da constitucionalização dos direitos, retirando do povo a faculdade de decidir sobre sua vida coletiva.

Outro problema apontado pelos estudiosos do tema é o surgimento de uma certa anarquia metodológica, em virtude das normas vagas e abstratas cuja interpretação pelo Poder Judiciário, sem critérios racionais, pode comprometer valores caros ao Estado Democrático de Direito[29].

Assim, há que se evitar a excessiva constitucionalização, a fim de afastar uma possível tirania dos valores.

A seu turno, Carlos Bastide Horbach[30] expõe que somando-se a nova hermenêutica constitucional uma sociedade aberta e a Constituição analítica, surge a conclusão de que a Constituição dispõe sobre tudo e tudo pode ser qualquer coisa, segundo o critério de cada um.

Ressalta, ainda, que na compreensão pós-positivista, ou neoconstitucionalista, o conceito de justiça passa a ter um caráter emocional, que se expande à análise de constitucionalidade e inconstitucionalidade das leis:

> No Brasil, em tempos de “neo-constitucionalismo”, quando se afirma “sou contra esta lei porque é inconstitucional”, está-se na verdade dizendo: “Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela”!

[29] SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

[30] HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 96, n. 859, p. 90, maio 2007.

> Isso fica mais evidente – e também mais grave – quando essa atitude militante e emocional em relação à guarda da Constituição invade o Poder Judiciário, fazendo com que a opinião do intérprete transforme ou despreze o texto da lei, provocando uma subversão dos níveis de produção jurídica [...].
>
> Na verdade, essas decisões mostram como o "neo-constitucionalismo" faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.

Trícia Navarro Xavier Cabral[31] destaca, nesse âmbito, que é preciso estar alerta ao alargamento dos poderes dos juízes. "Isso porque o aumento da discricionariedade poderia implicar em um decisionismo injustificável e em uma arbitrariedade indesejável".

Porém, os riscos podem ser afastados se tanto a aplicação da Constituição como a aplicação das leis forem observadas pelos magistrados através do aperfeiçoamento da cultura jurídica, onde os papéis deverão ser revistos, exigindo-se dos operadores do Direito o aprofundamento dos conhecimentos da filosofia, políticas públicas, economia, sociologia, ou seja, de tudo o que vai além da pura dogmática.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL[32]

O direito processual, como ramo do direito público, rege-se por normas inseridas na Constituição Federal e também pela legislação infraconstitucional. A postulação de direitos e a resolução dos conflitos de interesses têm sua base nos direitos fundamentais garantidos pelo diploma constitucional, cuja função é também estruturar os poderes.

Diante disso, as Constituições, ao longo da história, sempre inseriram em seus contextos regras processuais ou a garantia do processo. Por essa razão, o estudo do direito processual contempla a observância da norma constitucional. Significa dizer que é na Constituição que nascem as regras fundamentais do processo, sendo ele penal ou civil. Paulo Roberto de Figueiredo Dantas[33] expõe que

---

[31] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Ajuris,** Porto Alegre, v. 38, n. 123, set./2011, p. 319.

[32] Neste item, foi utilizada, sem transcrição exata, a monografia "Princípios Constitucionais Processuais: o princípio do devido processo legal e seus desdobramentos no novo Código de Processo Civil brasileiro", produzida pela autora e submetida à instituição de ensino Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, como trabalho de conclusão de curso para a obtenção de certificado de pós-graduação *latu sensu* em Direito Constitucional Aplicado, em junho de 2015. Não há publicação do referido trabalho.

[33] DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**, 6 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 1.

> A verdade é que todas as Constituições brasileiras, acompanhando a tradição que podemos verificar nas Cartas Magnas da grande maioria das civilizações ocidentais, continham em seu corpo – algumas mais, outras menos – normas de cunho processual, destinadas, sobretudo, a dar efetividade aos direitos e garantias constitucionais. Trata-se de uma tendência que surgiu com o fenômeno do constitucionalismo e a criação dos chamados Estados modernos.

Assim, além de se caracterizar como uma relação jurídica, o processo é entendido como uma relação cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais que devem observância àquela.

Ao lado do reconhecimento da força normativa da Constituição e do desenvolvimento da teoria dos princípios, Fredie Didier Jr.[34] destaca, ainda, em relação ao pensamento jurídico contemporâneo, a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional e, por fim, a expansão e consagração dos direitos fundamentais.

> A essa fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de Neoconstitucionalismo. [...] Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve de avançar, e avançou.
>
> Fala-se, então, de um Neoprocessualismo: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico.

Destaca o autor que no Estado do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo, pois se destaca a importância que deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta dos direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual.

> Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação [...], que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual[35].

Para Oliveira[36], se o processo, como ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim,

---

[34] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Volume 1, 14 ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 28/31.

[35] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Volume 1, 14 ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 32.

[36] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais.** Revista de Processo, a. 29, n. 113, jan./fev. 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10.

como instrumento de realização de valores, especialmente constitucionais, impõe-se considera-lo como direito constitucional aplicado.

A constitucionalização do direito processual é considerada, assim, uma das características do Direito contemporâneo, sendo verificada de duas formas no ordenamento jurídico, conforme a doutrina.

A primeira delas consiste na incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Tal característica pode ser observada principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em diversos ordenamentos do mundo. Da mesma forma, os Tratados Internacionais também o fazem. Exemplo disso são a Convenção Européia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica. O principal direito contemplado por esses diplomas internacionais é o direito fundamental ao processo devido e os seus corolários – o devido processo - como é identificado na Constituição do Brasil.

Noutro prisma, a doutrina passa a considerar as normas processuais presentes no ordenamento como concretizadoras das disposições constitucionais, utilizando, para tanto, os estudos dos constitucionalistas. Assim, o diálogo entre processualistas e constitucionalistas torna-se mais intenso.

Cândido Rangel Dinamarco[37] expõe, ainda, o conceito de direito processual constitucional, relacionando-o ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos conforme a ordem constitucional. Explica, ao citar a obra Teoria Geral do Processo, de autoria conjunta com Cintra e Grinover:

> Consiste na 'condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo'. A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo (o que, como foi dito, é justificado pela instrumentalidade).

Dessa forma, a visão analítica das relações entre processo e Constituição revelam, nas palavras do autor, dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem. O primeiro corresponde ao sentido Constituição-processo, em que se observa a tutela constitucional deste e dos princípios

[37] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 15 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 25-26.

que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional. O segundo é o sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição – jurisdição constitucional das liberdades – além de toda a ideia de instrumentalidade, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, inclusive constitucional.

Ressalta que a tutela constitucional do processo tem o significado e o escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional.

E prossegue, afirmando que se fala na jurisdição constitucional, pensando-se agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social econômica e política representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é 'meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis':

> É lícito concluir, ainda, que todo o direito processual constitucional constitui uma postura instrumentalista – seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídico-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo)[38].

Em verdade, as concepções modernas do Estado Democrático de Direito determinaram, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior[39], uma intimidade da Constituição com o processo que vai muito além da existência de um ramo processual dentro do ordenamento supremo da República:

> Nele, a função jurisdicional não se sujeita apenas a cumprir regras e princípios constitucionais de natureza procedimental. É a Constituição mesma que o Poder Judiciário tem o encargo de tutelar. Todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles relacionados diretamente com o processo, têm sua guarda e efetivação conferidas aos órgãos jurisdicionais, tarefas cujo desempenho há de se ver, invariavelmente, cumprida dentro da técnica do direito processual.

Assim, nas palavras do referido autor, o processo moderno é concebido como remédio de justiça, entendida esta como a convivência social desenvolvida de acordo com a observância dos princípios e garantias ditados pela Constituição. "É por isso que hoje, em lugar de uma garantia do devido processo legal, se prefere afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o processo

[38] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 15 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 33.

[39] THEODORO JR., Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,** Porto Alegre , v.5, n.25, p.26-38, jul./ago.2008, p.26.

justo[40]".

A Constituição garante, dessa forma, que diante de qualquer lesão ou ameaça a direito, será disponibilizada uma tutela efetiva através do judiciário, de modo a fazer respeitar e cumprir o que foi estabelecido na norma constitucional acerca das garantias fundamentais.

Nesse sentido, a constitucionalização, no direito processual, pode ser observada tanto no processo penal como no processo civil, bem como no processo administrativo, resultando na revogação, reconhecimento de inconstitucionalidade ou na reinterpretação de normas, além do fomento à produção de novas leis. Do mesmo modo, em relação a cada subsistema, ocorre uma nova leitura das interpretações tradicionais, sobretudo à luz do princípio do devido processo legal.

Conforme Dinamarco[41], o devido processo legal significa a convergência dos princípios e garantias constitucionais do processo civil. Genericamente, a Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, inc. LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A referida cláusula tem o mérito de traçar o perfil democrático do processo e atrair ao contexto das medidas de tutela constitucional algumas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros dispositivos constitucionais que com ele guardem pertinência.

Sabe-se que foi a partir da Constituição de 1988, art. 5º, inc. LIV, que o princípio do devido processo legal passou a figurar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. No inciso seguinte do referido artigo, ou seja, inc. LV, o diploma constitucional faz referência expressa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais, a propósito, já eram considerados verdadeiros dogmas constitucionais.

Para Alexandre Freitas Câmara[42], o contraditório é o mais relevante entre os corolários do devido processo legal, afirmando que a mais moderna doutrina sobre o processo defende que este não existe sem contraditório.

Quanto a este ponto, Iara Menezes Lima[43] destaca que se trata de uma nova concepção de

[40] THEODORO JR., Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,** Porto Alegre , v.5, n.25, p.26-38, jul./ago.2008, p. 27.

[41] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 1, 7 ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 250.

[42] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2006, p. 49.

[43] LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa. **Revista brasileira de estudos**

processo, na qual o procedimento é realizado em contraditório, em simétrica igualdade entre as partes, delineada pelo professor italiano Élio Fazzalari, e que serviu de base à obra Técnica Processual e Teoria do Processo, onde o professor Aroldo Plínio Gonçalves apresenta importantes contribuições para a construção doutrinária do Direito Processual.

Assim, tanto a força normativa da Constituição como o seu conteúdo ideológico são atualmente aplicados ao direito processual, destacando-se os valores da efetividade e da segurança jurídica, que dão força à ideia de democracia presente no âmbito jurisdicional. Nesse sentido, cabe ao magistrado um papel atuante diante da relação jurídica processual, principalmente frente àqueles casos em que há um desequilíbrio entre os litigantes.

Ademais, numa outra perspectiva, em virtude do seu atual caráter constitucional, o processo é hoje um instrumento do cidadão e de todo sujeito de Direito, tanto contra o poder público como contra os particulares, através das mais variadas espécies de demandas, tais como as ações civis públicas, ações de inconstitucionalidade, demais ações coletivas, além de todos os procedimentos que viabilizam a busca individual de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo é considerado, por uma parcela da doutrina, o marco filosófico do neoconstitucionalismo, ou seja, do novo direito constitucional. Surge, assim, como uma forma de superação do conhecimento convencional, deslocando o foco da filosofia do direito para a busca das bases de uma nova teoria. Isso porque não se deseja o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, tampouco a separação entre Direito e ética. Não há um ideal de desconstrução, e sim uma trajetória que se inicia sem desconsiderar o ordenamento positivo, mas reintroduzindo nele as ideias de justiça e legitimidade, reaproximando o Direito da ética e também da filosofia.

Seja como marco filosófico do neoconstitucionalismo, seja como teoria ou paradigma apartado, significa a superação do legalismo pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Nesse sentido, os princípios ganham destaque, por expressarem valores fundamentais do sistema e exigindo, do intérprete, a capacidade de buscar soluções justas através da ponderação, além da subsunção.

Desse modo, a novidade da era pós-positivista não está na existência ou no

políticos – RBEP – n. 96, Belo Horizonte, jul-dez 2007, p. 177.

reconhecimento dos princípios, mas sim no reconhecimento de seu caráter normativo, presenciando-se, atualmente, a constitucionalização do Direito.

Por essa razão, o estudo do direito processual contempla a observância da norma constitucional. Significa dizer que é na Constituição que nascem as regras fundamentais do processo, sendo ele penal ou civil.

A constitucionalização do direito processual é considerada, assim, uma das características do Direito contemporâneo, consistindo na incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. O principal direito contemplado é o direito fundamental ao processo devido e os seus corolários – o devido processo legal - como é identificado na Constituição do Brasil.

Além disso, a doutrina passa a considerar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, utilizando, para tanto, os estudos dos constitucionalistas. Assim, o diálogo entre processualistas e constitucionalistas torna-se mais intenso.

Nesse pensar, a constitucionalização, no direito processual, pode ser observada tanto no processo penal como no processo civil, bem como no processo administrativo, resultando na revogação, reconhecimento de inconstitucionalidade ou na reinterpretação de normas, além do fomento à produção de novas leis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Jurisdição** – Novas perspectivas hermenêuticas na cena contemporânea. Artigo estudado em sala de aula, na disciplina Processo e Jurisdição. Curso de Mestrado em Ciência Jurídica – Univali.

ATIENZA, Manuel. **Nem positivismo jurídico, nem neoconstitucionalismo: uma teoria pós-positivista do Direito.** Palestra proferida no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 13 de agosto de 2015. Anotações da autora e artigo, de mesmo título, disponível em: <http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091> Acesso em: 24 set. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional

brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista Trimestral de Direito Público.** V. 29, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** V. 60, jul. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, **Constituição Política do Império. 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 25 set. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 26 set. 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Ajuris,** Porto Alegre, v. 38, n. 123, set./2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**, 6 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. Volume 1, 14 ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 15 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINIZ, Antônio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 96, n. 859, maio 2007.

LEITE, Gisele. Neopositivismo e neoprocessualismo: o que há de realmente novo no direito? **Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil,** São Paulo, v. 12, n. 79, p. 113-130, set./out. 2012.

LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus corolários: contraditório e ampla defesa.

Revista brasileira de estudos políticos – RBEP – n. 96, Belo Horizonte, jul-dez 2007.

MEIRA, Marcos. O neoconstitucionalismo e sua influência sobre a ciência processual: algumas reflexões sobre o neoprocessualismo e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Fórum Administrativo:** Direito Público, Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 55-74, mar. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivsmo e direito. **Revista de Direito Privado.** São Paulo, v. 14, n. 53, p. 11-20, jan./mar. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais.** Revista de Processo, a. 29, n. 113, jan./fev. 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 28ª ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JR., Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,** Porto Alegre , v.5, n.25, p.26-38, jul./ago.2008.

JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: A OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E SEU IMPACTO NA FUNÇÃO DO MAGISTRADO

Hildemar Meneguzzi de Carvalho[1]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral discorrer acerca do fenômeno da judicialização da vida e dos seus efeitos para o Poder Judiciário, especificamente no tocante ao magistrado. Os objetivos específicos gravitam sobre a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial, e sobre o impacto dessa exigência na função do julgador. A fim de situar o leitor, mister introduzir o tema com pequenas considerações.

Primeiro sobre a questão da judicialização da vida, que diz respeito à transformação do Poder Judiciário em intercessor da vida. O acúmulo de demandas judiciais aguardando julgamento demonstra a dificuldade do ser humano lidar e solucionar os próprios conflitos. Assim, surge a primeira problemática a ser discutida no texto: a judicialização da vida, além de atribuir ao Judiciário demanda superior à que ele pode suportar, diminui a importância de outros mecanismos de solução de conflitos, como a mediação, conciliação e arbitragem.

Segundo sobre o número crescente de ações judiciais, que propõe o desafio de superar a mecanização do serviço do Judiciário. Questiona-se como é possível dar evasão aos processos e, ainda assim, fundamentar todas as decisões. Ao Poder Judiciário não é possível escolher ações de menor ou maior relevância. São diversas as previsões legais que hoje preveem a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade do ato, sendo esse o efeito da constitucionalização do direito.

Importante destacar que, no texto, fundamentar e argumentar serão tratadas de forma conjunta, como se fossem condutas sinônimas (embora não sejam, consoante breve explicação no item 1). É bom dizer que o assunto – principalmente quanto à argumentação jurídica – é denso, e

[1]Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Graduada em Psicologia pela Faculdade Guilherme Guimbala – ACE. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUC - PR. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Juíza de Direito de Segundo Grau no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *e-mail*: hmc3772@tjsc.jus.br.

que o espaço destinado ao artigo científico não permite o aprofundamento devido.

A ideia é demonstrar como é importante que a decisão seja fundamentada e que todos os argumentos sejam expostos de forma clara pelo juiz, para que as partes compreendam a conclusão do feito.

Por fim, o impacto da obrigatoriedade de fundamentação das decisões na função do magistrado, que precisa pensar de forma interdisciplinar, respeitando a técnica processual e buscando a pacificação social. É dever do juiz atuar com imparcialidade. Todavia, o julgador não pode ser indiferente ao sofrimento das partes. Por isso precisa fundamentar, ressaltando-se que cada processo exige um grau de fundamentação diferente.

Estruturado em três momentos, consoante divisão acima, o texto irá de constatações particulares às teorias gerais[2], numa construção textual cujo método de pesquisa será indutivo.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

O Papel Judiciário ganha destaque na medida em que torna-se, cada vez mais, o mediador do viver[3], assumindo um caráter totalizante e absorvente da sociabilidade humana[4]. Trata-se da judicialização da vida, que adquire forma na mediação judicial de toda espécie de conflito interpessoal[5]. Ou, como diz Maria Livia do Nascimento, "[...] judicialização da vida, entendida esta como uma construção subjetiva que implanta a lógica do julgamento, da punição, do uso da lei como parâmetro de organização da vida"[6].

Por meio desse fenômeno, o Judiciário passa a desempenhar papel ativo, conquistando espaço por excelência na resolução dos conflitos humanos. O cidadão passa a enxerga-lo como o único caminho para satisfação das suas insatisfações. O Poder Judiciário deixa, portanto, de ser um poder nulo, consoante pensava Montesquieu: "[...] o poder de julgar, tão terrível entre os

[2]BARUFFI, Helder. A pesquisa nos cursos de direito. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 13, jan./jun.2011, p. 220.

[3]NASCIMENTO, Maria Livia do. Abrigo, pobreza e negligência: percursos de judicialização. **Psicologia & Sociedade**, n. 24, 2012, p. 43.

[4]ALBANO, Denise Leal. Judicialização da vida, "descoletivização" dos direitos fundamentais sociais e o "desvio" judicante. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, 2015, p. 188.

[5]OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 210.

[6]NASCIMENTO, Maria Livia do. Pelos caminhos da judicialização: lei, denúncia e proteção no contemporâneo. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 19, n. 3, jul./set. 2014, p. 460.

homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo"[7].

Atualmente, assuntos relacionados ao comportamento e à moral humana, além de política, saúde, educação e economia são incorporados pelo Poder Judiciário. Como consequência, seus serviços têm sido usufruídos de forma crescente pelos atores sociais[8]. É como se o Judiciário representasse a promessa de segurança e estabilidade para a vida das pessoas que socorrem-se dele[9].

> O judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais.[10]

O fato é que situações até então consideradas de esfera estritamente particular do indivíduo passaram a ser direcionadas ao judiciário. Isso já ocorre, em grande parte, com questões relacionadas à família, em que as partes comumente não dão conta de vivenciar e solucionar determinados conflitos. Nesse contexto, Werneck Vianna comenta:

> Sobre a judicialização das relações sociais, [...] o fenômeno vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, incluindo aquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privadas e impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis.[11]

A judicialização dá causa à expansão do direito e ao fortalecimento das instituições de Justiça, bem como à inserção dos agentes jurídicos na esfera política e "no mundo vida"[12], positivamente ou negativamente, de acordo com a perspectiva do intérprete. O juiz de direito ganha papel de destaque, visto que cabe a ele dar solução ao litígio, corporificando, assim, a lei, os precedentes e os princípios gerais do direito.

Ao Judiciário tem sido relegada, inclusive, a análise de questões de grande relevância social, que, originariamente, deveriam ser objeto de preocupação dos Poderes Executivo ou Legislativo[13].

---

[7]MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1982, p. 188.

[8]MOTTA, Luiz Eduardo; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. A Defensoria Pública do Rio de Janeiro no contexto da judicialização. **Comum - Rio de Janeiro**, v.13, n. 29, jul./dez. 2007, p. 10.

[9]ALBANO, Denise Leal. **Judicialização da vida, "descoletivização" dos direitos fundamentais sociais e o "desvio" judicante**, 2015, p. 186.

[10]PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 49, abr./jun. 2010, p. 44.

[11]VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

[12]MOTTA, Luiz Eduardo. Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil. **Plataforma democrática – Fundação**, 2007, p. 23.

[13]RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista Direitos**

A exemplo da educação, em que intervém o Poder Judiciário justamente para garantir a proteção desse direito e cumprir as funções institucionais de outras instituições legitimadas[14].

É, enfim, essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização. Como defende Antoine Garapon[15]:

> O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram. Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contacto com a justiça, uma protecção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos tutelares.

Como problemática de judicializar a vida, Denise Leal Albano[16] indica que a vida é maior que o direito[17]. E mais, assevera que conferir uma envergadura descomunal à intervenção do jurídico é abdicar de outras eficazes formas de mediação de conflitos.

No mesmo contexto, Maria Lúcia da Motta e Adriane Toaldo[18], contam que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça foi ampliado de forma significante, especificamente pelo inciso XXXXV, que passou a dispor: "a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito"[19]. Entretanto, as mesmas autoras, explicam que a garantia constitucional de ingresso no Judiciário também representou uma grande judicialização dos conflitos sociais[20]. Da mesma forma, as garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor, aliadas à concessão do benefício da gratuidade.

Essa mecanização, de buscar a resolução de todo e qualquer impasse no Judiciário, impede que a conciliação, mediação e arbitragem tenham o espaço que merecem. Por isso os tribunais, além de promoverem campanhas para incentivar a utilização desses métodos alternativos de

---

Fundamentais & Democracia. ISSN 1982-0496, v. 7, n. 7, jan./jun. 2010, p. 237.

[14]CURRY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, 2009, p. 03.

[15]GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 23.

[16]ALBANO, Denise Leal. **Judicialização da vida, "descoletivização" dos direitos fundamentais sociais e o "desvio" judicante**, 2015, p. 188.

[17]ALBANO, Denise Leal. **Judicialização da vida, "descoletivização" dos direitos fundamentais sociais e o "desvio" judicante**, 2015, p. 188.

[18]MOTTA, Maria Lúcia Daltrozo da; TOALDO, Adriane Medianeira. Desjudicialização e meios alternativos na resolução dos conflitos e interesses. *In*: CERVI, Mauro Luiz; *et. al.* (Org). **Meios alternativos ao judiciário para tratamento dos conflitos**: questões atuais. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014, p. 84.

[19] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

[20]MOTTA, Maria Lúcia Daltrozo da; TOALDO, Adriane Medianeira. **Desjudicialização e meios alternativos na resolução dos conflitos e interesses**, 2014, p. 84.

solução de conflitos, incentivam os juízes a conciliarem as partes, nas diversas fases do processo.

> A judicialização se dá porque se acredita e se teme a lei. Ela se torna a referência para atuar, dificultando saídas singulares e criativas. Os tempos atuais criaram toda uma máquina jurídica: Os juízes, soberanos vitalícios, os promotores nos tribunais e o Ministério Público são instâncias que a todo o momento podem ser acionadas.[21]

O acesso sem filtros à tutela jurisdicional também representa um acúmulo de trabalho para os servidores no geral, de modo que o serviço de condução do processo e julgamento torna-se prejudicado. A qualidade, considerando o tempo que o julgador pode debruçar-se no processo, é comprometida. O padrão do julgamento é colocado em cheque. A credibilidade do Poder Judiciário passa a ser questionada.

O ideal seria que o cidadão considerasse outras possibilidades de acesso à justiça, para além do processo, e de preferência antes do processo, desafogando o judiciário e obtendo a resolução do conflito de forma mais ágil e eficaz[22]. Todavia, essa não é a realidade.

A demanda de processos cresce exponencialmente. E os processos exigem cada vez mais dos operadores de direito e principalmente dos magistrados; estes que precisam estar atentos a todas as teses apresentadas pelas partes e a todas as provas produzidas nos autos. O papel do juiz vai muito além de julgar, conforme aprofundar-se-á mais adiante.

É imprescindível, outrossim, mais ainda com o Novo Código de Processo Civil, que os julgadores argumentem e fundamentem todas as suas decisões, destacando-se, em simples linguajar, a diferença do ato de argumentar e fundamentar: "Quem fundamenta explica, em tese, sua própria decisão. [...]. Quem argumenta busca convencer o destinatário. [...] A argumentação visa ao convencimento, à persuasão, do destinatário"[23].

Questiona-se de que forma essas exigências podem ter cumprimento no contexto da judicialização da vida, considerando que 1) "a sociedade brasileira está acostumada e pode-se dizer acomodada ao litígio e ao pressuposto que justiça só é alcançada a partir de uma decisão proferida pelo juiz"[24]; e 2):

---

[21]NASCIMENTO, Maria Livia do. **Abrigo, pobreza e negligência**: percursos de judicialização, 2012, p. 43.

[22]MOTTA, Maria Lúcia Daltrozo da; TOALDO, Adriane Medianeira. **Desjudicialização e meios alternativos na resolução dos conflitos e interesses**, 2014, p. 84.

[23]LIMA, Gabriel de Araújo. Argumentação e fundamentação: pensando no ouvinte. **Blog Argumentação Jurídica**, artigo publicado em abr. 2010. Disponível em: <http://argumentacao-juridica.blogspot.com.br/2010/04/argumentacao-e-fundamentacao-distincao.html>. Acesso em: 21 out. 2015.

[24]MOTTA, Maria Lúcia Daltrozo da; TOALDO, Adriane Medianeira. **Desjudicialização e meios alternativos na resolução dos conflitos e interesses**, 2014, p. 88.

> O aumento da litigação agravou a tendência para avaliação do desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa. Esta tendência fez com que massificação da litigação desse origem a uma judicialização rotinizada com os juízes a evitar sistematicamente os processos e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.[25]

Em continuidade, indaga-se qual é a medida do dever de fundamentação e argumentação do responsável pelo julgamento. É justamente sobre essas inquietações que se discorrerá a seguir.

2. O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO MAGISTRADO

A Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, prevê que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentados, sob pena de nulidade[26]. Destaca-se que, no cenário da judicialização da vida, independe que o assunto da demanda tenha maior ou menor relevância, dado que o grau de importância é deveras subjetivo, ou seja, o que é importante para uma pessoa pode não ser para outra. Até, sobre isso, Carlos Dias estabelece que o dever de fundamentar independe do fato estar formulado em norma positivada[27].

Como observa José Maurício Carvalho[28]:

> Ao referir-se à vida concreta do homem pensada em meio a um universo dos valores, Miguel Reale chega à noção de pessoa humana, entendida como valor mais importante do qual os outros derivam. Por isto ele o denomina de valor fonte de todos os outros, pois o valor nuclear alimenta os demais. A pessoa humana é o centro da experiência moral que ele denomina de invariância axiológica. O homem é fonte dos valores porque os valores reconhecidos ao longo da história se relacionam à sua existência. Explica o pensador (1989, p. 161): "Só o homem é um ser que inova, é por isso que somente ele é capaz de valorar".

E Miguel Reale ainda tutelou que "o direito reúne o fato, que é um acontecimento social, a um valor a que este fato se reporta. O direito organiza, então, normas pelas quais os fatos se reportam aos valores"[29]. É a teoria do tridimensionalismo jurídico: fato, valor e norma se dialetizam, são indissociáveis.

Retornando à seara constitucional do início do ponto 2, o preceito da Constituição retrocitado foi reproduzido quase que na integralidade pelo art. 11 do Novo Código de Processo

[25]SOUZA SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais do CES, 1995, p. 21.

[26]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

[27]DIAS, Carlos Alberto da Costa. **Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual**. Munchen: UTZ, 1997, p. 23.

[28]CARVALHO, José Mauricio. **Miguel Reale**: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 140.

[29]CARVALHO, José Mauricio. **Miguel Reale**: ética e filosofia do direito, 2011, p. 139.

Civil[30], o qual, até a presente data, ainda não entrou em vigor. O Código de Processo Civil vigente também dispõe que as sentenças e os acórdãos serão fundamentados, ainda que de modo conciso[31]. Tais alterações legislativas devem-se à constitucionalização do direito e à chamada "era da jurisdição"[32], que visa garantir que o exercício do Poder Judiciário se dê com observância ao princípio da legalidade[33], sem abusos por parte da autoridade julgadora.

Como já visto no item 1, o ato de fundamentar e argumentar são distintos, razão pela qual defende-se no presente artigo a presença obrigatória de ambas as condutas na decisão judicial. Acredita-se que a argumentação, mais do que a fundamentação, é imprescindível, considerando que a decisão proferida é destinada às partes que nele digladiam, as quais devem compreender exatamente o que – e por que – decidiu o juiz.

Convém notar que as conclusões jurídicas, diferentemente dos problemas matemáticos, não são atingidas de maneira lógica e necessária. A decisão judicial requer que a argumentação recaia em pontos que nem sempre podem ser dedutivamente expostos[34]. Isso porque os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos podem encaminhar pessoas diferentes a conclusões distintas[35]. Como diz Manuel Atienza, a argumentação depende do que cada um está disposto a conceder[36], centralizando-se nas questões relativas à interpretação do direito.

Por isso Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos[37] defendem que: "[...] 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 controla-la". É tarefa do juiz a fundamentação que, por meio da justificação de determinado resultado, possa persuadir os destinatários da decisão, fazendo com que concordem

[30] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

[31] BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

[32] CERQUEIRA, Vinicius Nascimento. **Fundamentos da decisão no Novo CPC**: o contraditório forte e os precedentes. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 31.

[33] DIAS, Carlos Alberto da Costa. **Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual**, 1997, p. 23.

[34] MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8846/a-legitimidade-da-atuacao-do-juiz-a-partir-do-direito-fundamental-a-tutela-jurisdicional-efetiva>. Acesso em: 16 out. 2015.

[35] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BONAVIDES, Paulo (Org.). **Revista Latino-Americana de estudos constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003, p. 187.

[36] ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no direito. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 17, n. 2, p. 144-160, mai./ago. 2012, p. 147.

[37] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, 2003, p. 190.

com o seu conteúdo[38].

Francisco Oliveira e Miguel Kfouri Neto[39] adicionam:

> [...], os deveres de fundamentação, no contexto das regras da Constituição de 1988, se inserem na necessidade de impedir decisões arbitrárias e de assegurar que o decidido observou a vinculação à lei e ao direito. A fundamentação da decisão judicial também está endereçada para o fim de assegurar que a pessoa atingida possa exercitar meios de defesa, [...].

No pensar de Lenio Streck[40], que critica a teoria da argumentação jurídica de Atienza, o dever de fundamentação do julgador é um direito humano-fundamental das partes[41]. Por oportuno, o juiz humanizado é justamente aquele que compreende o cunho de direito fundamental da sua decisão. É aquele que evita exprimir fundamentação baseada nas suas próprias opiniões ou valores. É aquele que reconhece a histórica tensão entre governabilidade e a democracia[42], pois, novamente nos dizeres – drásticos – de Lenio Streck[43], "a democracia é incompatível com consciências pessoais".

De acordo com Franchesco Maraschin de Freitas[44]:

> Não seria justo se um indivíduo tivesse um direito seu restringido e não tivesse acesso ao porquê da restrição. Por isso, a sentença corretamente fundamentada tem a característica de tornar límpido à sociedade o direito que ela pode esperar, sendo a sentença o instrumento legal que o prolator da decisão irá fundamentar tudo que lhe foi evidenciado e provado no decorrer do processo, mesmo quando tratar-se dos (supostos) hard cases.

Para argumentar, o intérprete precisa apresentar fundamentos normativos que apoiem e deem sustentação à sua ideia: "não bastam o bom senso e o sentido da justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual

---

[38]LISBÔA, Daniel. Teoria da argumentação jurídica: o art. 489 do Novo CPC e sua aplicabilidade ao processo do trabalho. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 121.

[39]OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. **O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil**, 2015, p. 213/214.

[40]STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. **Consultor Jurídico – Senso Comum**, publicado em 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 19 out. 2015.

[41]STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC. **Consultor Jurídico – Senso Comum**, publicado em 19 mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 19 out. 2015.

[42]MIRANDA, Jorge. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 137.

[43]STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC. **Consultor Jurídico – Senso Comum**, publicado em 19 mar. 2015.

[44]FREITAS, Franchesco Maraschin de. O estado democrático de direito: a fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD**, n. 27, 2015, p. 19.

decisão"[45]. E, ainda: "a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida"[46]. No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart repercutem a ideia de que o Direito e o bom senso se aproximam por meio da fundamentação lógico e contextual[47]. Imperiosa a transcrição de trecho da obra de Leda Corrêa[48]:

> Como o que mais caracteriza a atividade jurídica é a argumentação, por estar em correspondência à própria natureza persuasiva do discurso forense, é preciso reiterar que toda ideia só atinge força persuasiva se as razões que a fundamentam estiverem explicitadas com clareza e, logicamente, garantidas com argumentos eficazes constituídos de fatos, pois estes, a rigor, não precisam ser esclarecidos. A seleção dos fatos e a forma de narrá-los, como visto, também envolvem aspectos argumentativos, e a narração apresenta, ainda que implicitamente, o ponto de vista do juiz.

Jorge Miranda aduz que a argumentação jurídica do julgador constitucional deve ter como base razões que possam alcançar a aceitação geral, diferentemente da racionalidade política utilizada pelo legislador no momento de concretização da norma constitucional abstrata[49]. Quando universal, consistente e coerente, a argumentação jurídica é também uma argumentação consequencialista, isto é, a decisão judicial é também um resultado, que poderá produzir consequências na esfera individual e coletiva[50].

Em arremate, explica-se que uma decisão completa, bem fundamentada e argumentada, é aquela que justifica a escolha da lei, especifica a interpretação da norma e delimita as consequências da aplicação do texto legal. Essa função, bem assim, é desempenhada pelo magistrado, nos termos do último ponto do artigo.

3. A FUNDAMENTAÇÃO QUE SE ESPERA DO MAGISTRADO

De pronto, para Oriana Piske[51], a magistratura independente e responsável desempenha as seguintes funções: solução de litígios, controle de constitucionalidade das leis, tutela dos direitos

[45]BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, 2003, p. 188.

[46]BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, 2003, p. 192.

[47]MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: e a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 444.

[48]CORRÊA, Leda. **Direito e argumentação**. Barueri-SP: Manole, 2008, p. 136.

[49]CORMICK, Mac. Legal reasoning and legal theory. Oxford: Claredon Press, 1978. *In*: MIRANDA, Jorge. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015, p. 137.

[50]ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Direitos humanos**: desafios humanitários contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 114.

[51]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 48/49.

fundamentais e garantia da preservação e desenvolvimento do Estado constitucional e democrático de Direito. No tocante especificamente à fundamentação das decisões judiciais, António Raposo Subtil[52] explica:

> A fundamentação, onde o juiz deve discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final [...] e, ainda, tomar em consideração os factos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito e os que o tribunal colectivo deu como provados, fazendo o exame crítico das provas de que lhe cumpre conhecer [...].

Entendida a forma como o fenômeno de judicialização da vida movimenta o Poder Judiciário e como este necessita responder às demandas sociais fundamentadamente, é chegado o momento de discorrer sobre a função do magistrado, o qual detém a responsabilidade de definir o resultado do processo, em regra, por meio da sentença judicial.

O vocábulo "sentença", nos dizeres de Daniel Lisbôa[53], remete ao verbo sentir, isto é, "exprime o sentimento do magistrado, após toda a produção de prova, momento em que, por ficção jurídica, entende-se estarem postos todos os elementos da realidade necessários para o pleno conhecimento do juiz".

Posta assim a questão, é de se dizer que o sentir do julgador não se confunde com a parcialidade do mesmo, pois, consoante o magistrado Yhon Tostes[54]:

> Não há mais espaço numa democracia para sentenças que acobertem posições subjetivas de seu prolator (decisionismo) sem a demonstração transparente e inequívoca dos argumentos (fundamentação através das regras de justificação interna e externa que observam as pretensões de validade apresentadas pelas partes).

Logo, não se trata do juiz decidir conforme suas convicções pessoais, mas da obrigatoriedade dele julgar de acordo com o mais justo, proporcional e razoável, pendendo sua avaliação sobre as provas produzidas, e também sobre a realidade social e mudanças permanentes da comunidade[55]. Esse é o desafio do julgador: "valer-se dos princípios jurídicos num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências

[52]SUBTIL, António Raposo. **O contrato e a intervenção do juiz**. Porto: Editora Vida Económica, 2012, p. 62.

[53]LISBÔA, Daniel. **Teoria da argumentação jurídica: o art. 489 do Novo CPC e sua aplicabilidade ao processo do trabalho,** 2015, p. 119.

[54]TOSTES, Yhon. A fundamentação das decisões judiciais: entre as generalizações e as singularidades – análise econômica do direito e a revelação dos paradigmas. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 197.

[55]LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 170.

do bem comum na fundamentação das suas decisões"[56].

Oriana Piske[57] diz que o juiz, como agente político (não partidário), deve estar atento às transformações do mundo moderno, ao aplicar o Direito, valorando os aspectos políticos, sociais e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Para Lorenzetti[58], é de ser levado em conta, ainda, o grau de amadurecimento que a sociedade mostra em relação à concepção de justiça. Nesse sentido, cabe ao juiz recriar o direito, pelo processo hermenêutico, bem como adaptá-lo às regras jurídicas e às novas condições da realidade social[59]. Com responsabilidade, deve buscar soluções justas, visando sempre à paz social[60].

Do exame dos fatores acima, o juiz chega a uma ou várias conclusões, que precisam estar expostas na decisão, acompanhadas dos respectivos fundamentos e argumentos jurídicos.

Destaca-se que, embora possa analisar todo o contexto social antes de proferir uma sentença, não há plenitude de autonomia no exercício do magistrado: "os julgadores devem pautar-se com o fito de cumprir as respectivas obrigações profissionais, fazendo com que todo o processo desenvolva-se dentro de uma normalidade esperada"[61]. E a normalidade esperada diz respeito justamente às expectações das partes, de terem seus conflitos solucionados e compreenderem o que levou a essa ou aquela decisão. Diz respeito também ao dever do juiz atuar como verdadeiro instrumento de jurisdição a serviço dos litigantes.

O magistrado, portanto, deve fundamentar, ainda que de forma lacônica. Salienta-se que essa margem de liberdade, de dever-poder fundamentar concisamente, busca o equilíbrio do decidir, pois nem todas as ações possuem igual complexidade, tampouco demandam fundamentação e argumentação exaustivas para chegar à conclusão do feito[62]. Na mesma essência: "[...] cada decisão – diante da sua singularidade – irá exigir um grau de fundamentação diferente"[63].

---

[56]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 49.

[57]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 43.

[58]LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito, 2009, p. 170.

[59]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 43.

[60]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 43.

[61]PANZA, Luiz Osório Moraes. O dever de fundamentação no Novo CPC. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 146.

[62]VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao arbítrio judicial: a nulidade das decisões genéricas. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 270.

[63]VIEIRA, Carolina Fontes**. Limites ao arbítrio judicial**: a nulidade das decisões genéricas, 2015, p. 271.

Os fundamentos jurídicos da sentença garantem que as partes poderão impugnar a decisão, se assim desejarem[64]. É por meio da fundamentação que as partes acompanham e controlam a fidelidade do julgador à prova dos autos e às expectativas colocadas pelo sistema jurídico[65].

> [...] o magistrado, no momento da prolação de uma decisão judicial que possua um mínimo de conteúdo decisório, está necessariamente atrelado a observância da lei e da Constituição, como consectário lógico, bem como as vicissitudes do caso concreto. Somente desta forma será possível garantir que todos aqueles que sejam direta ou indiretamente influenciados pelo conteúdo da decisão possam efetivamente compreendê-las e impugná-las adequadamente.[66]

Daí a importância da decisão judicial utilizar dos princípios gerais do direito com parcimônia, indicando precisamente a sua relação com o caso posto em análise, preocupando-se, ainda, com a subsunção do caso à norma[67]. No ato de julgar, as convicções ou critérios pessoais do juiz só terão validade se estiverem de acordo com as normas, princípios e valores do ordenamento jurídico[68]. É permitido que o juiz sinta, portanto, desde que abstenha-se de julgar as pessoas das partes, limitando-se aos fatos e as condutas das mesmas[69]. Liebman já afirmava que no estado de direito é imprescindível que o juiz julgue com base nos fatos provados, de modo imparcial, expondo o caminho lógico que percorreu para chegar à determinada decisão[70]. Assevera-se que o sentir do juiz não se confunde com a parcialidade do mesmo. De outra banda, a imparcialidade não pode ser sinônimo de indiferença e frieza do julgador.

Neste cenário, impende transcrever a ideia do magistrado Dr. José Carlos de Lucca[71]:

> Fuja o magistrado dos argumentos capciosos. Sofismas não se toleram num rábula. Muito menos no austero aplicador da lei. Nem se utilize de expressões exageradas. Indicam paixão ou falta de equilíbrio mental. Muita serenidade nas palavras. Quem fala, na sentença, é o juiz, e o juiz não tem rancores.

Rogério de Vidal Cunha[72] argumenta que a fundamentação da decisão judicial não só

---

[64]OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. **O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil**, 2015, p. 210.

[65]MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; *et. al.* **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvin Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

[66]VIEIRA, Carolina Fontes. **Limites ao arbítrio judicial**: a nulidade das decisões genéricas, 2015, p. 278.

[67]VIEIRA, Carolina Fontes. **Limites ao arbítrio judicial**: a nulidade das decisões genéricas, 2015, p. 272.

[68]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 45.

[69]DE LUCCA, José Carlos. **Sem medo de ser feliz**. São Paulo: Petit, 1999, p. 42.

[70]LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *In:* **Doutrinas essenciais de processo civil**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 234.

[71]DE LUCCA, José Carlos. **Sem medo de ser feliz**, 1999, p. 42.

[72]CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: Há mesmo dever de responder todos os argumentos das parte?:

garante às partes, mas também ao julgador: "é garantia para a consciência do magistrado que por meio da adequada fundamentação pode ter a tranquilidade de estar entregando a prestação jurisdicional mais adequada [...]".

Outrossim, é sobremodo importante assinalar que o processo, muitas vezes, vai além dos fatos narrados no papel. Comumente, quando ajuíza uma ação, a parte não busca apenas uma satisfação racional. Pelo contrário, a parte geralmente pede ao juiz, nas entrelinhas dos petitórios, que ele acalente o seu sofrimento[73]. Assim, a fundamentação reveste-se também de cuidado com as partes e do reconhecimento por parte do julgador das pessoas que estão aguardando determinado resultado.

Por isso afirma-se que a magistratura exige não só uma excelente formação jurídica, mas uma melhor intelectualização ética humanista, para que o magistrado pense de forma interdisciplinada[74]. Espera-se que o juiz tenha respeito pela técnica processual, mas que ele também seja movido pela sensibilidade, compaixão e solidariedade humana, pois um juiz que não estude além dos livros de Direito dificilmente adquire a sensibilidade e o conhecimento de vida necessário para um bom julgamento, adequado à lei e ao contexto social[75].

A realidade que bate à porta do Poder Judiciário supera qualquer abstração: "Recebe-se da sociedade o conflito humano mais doloroso e, com ele, homens e mulheres divididos pela disputa com seus semelhantes" [76]. Notória, então, a pressão com que o profissional convive cotidianamente, sobre o que fala Andrea Rezende Russo[77] com maestria:

> [...], o juiz brasileiro vive e trabalha em um ambiente social constante, ambíguo, marcado pelo preconceito, pela diferenciação de classe e de poder, pela ausência de valores éticos, pela marginalização e exclusão de muitos. É um juiz que se depara com as profundas deficiências na prestação dos serviços públicos e que, em muitas oportunidades, é obrigado a agir como um administrador do Poder Executivo, já que provocado diante da inércia ou incompetência dos responsáveis. Um juiz que é cada vez mais requisitado em razão da incapacidade da sociedade de resolver os seus próprios conflitos. Sociedade esta que vive uma grande transformação de seus valores, com relações profissionais e pessoais cada vez mais complexas, com o predomínio do

---

Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 287.

[73]HORTA, Gustavo Torres Rebello. **O papel, o dever e o poder do juiz**. Belo Horizonte, Decálogo Editora, 2008, p. 66.

[74]LOURENÇO NETO, Antonio da Rocha. **Direito e humanismo**: visão filosófica, literária e histórica. Rio de Janeiro: edição do autor, 2013, p. 20.

[75]RUSSO, Andréa Rezende. O juiz do terceiro milênio. *In*: **Caderno de Literatura**, ano XI, n. 15, Porto Alegre, dez. 2007, p. 26.

[76]PISKE, Oriana. **A função social da magistratura na contemporaneidade**, 2010, p. 48.

[77]RUSSO, Andréa Rezende. **O juiz do terceiro milênio**, 2007, p. 26.

> individualismo, da alta competitividade, do poder econômico e que convive com uma grande evolução tecnológica.

É desta forma que a missão do magistrado não se esgota nos autos de um processo. É imperioso que o juiz justifique os argumentos que ampararam determinada conclusão: "o processo de tomada de decisão não envolve apenas o método puramente demonstrativo das razões, mas sim o método persuasivo dessas"[78].

Em síntese, o juiz precisa atuar com imparcialidade e sensibilidade, expor e explicar as suas razões de decidir, se fazer entender pelas partes e, em todos os atos processuais, precisa promover a pacificação social, visando, concomitantemente, atender às expectativas dos litigantes e desafogar o Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo geral do artigo foi discorrer sobre a judicialização da vida, relacionada ao dever do magistrado fundamentar as decisões judiciais. Viu-se que o crescimento desenfreado de demandas judiciais além de transformar o Poder Judiciário em mediador do viver, atestou a objeção dos seres humanos para lidarem e solucionarem os próprios conflitos pessoais.

O primeiro item do texto tratou especificamente dessa judicialização. Evidenciou-se que o fenômeno dificulta a evasão dos processos, pois a demanda é muito superior à capacidade de julgamento do Judiciário. Comentou-se que a judicialização também desvaloriza outros mecanismos de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Em seguida, foi abordada a fundamentação das decisões judiciais, como dever constitucional, sendo enfatizada a importância da exposição de motivos para que as partes entendam o conteúdo do julgado e possam impugná-las, se assim desejarem. Mencionou-se que é vedado ao magistrado decidir com base nas suas impressões pessoais e que, ao Poder Judiciário, não é possível escolher as demandas por grau de importância, já que trata-se de medida subjetiva não permitida.

O terceiro item buscou discorrer acerca da função global do magistrado como julgador, focando nos obstáculos enfrentados por ele, que necessita julgar de modo imparcial, mas não

[78]PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, incisos V e VI, do Cpc de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 320.

indiferente. Asseverou-se que o juiz precisa respeitar a técnica processual, ser sensível e complacente com o sofrimento vivido pelas partes (muitas vezes não mensurado nos autos do processo). Para isso, indicou-se como primordial a interdisciplinaridade do profissional, o qual, no decidir, tem que buscar um equilíbrio.

Arrematou-se com a comparação do ato de fundamentar a um ato de cuidado, pois somente por meio de uma decisão fundamentada, com argumentos claros e precisos, as partes poderão compreender o que e por que assim foi decidido, mantendo a confiança e a credibilidade do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBANO, Denise Leal. Judicialização da vida, "descoletivização" dos direitos fundamentais sociais e o "desvio" judicante. RCJ – **Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, 2015.

ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no direito. **Revista NEJ** - Eletrônica, v. 17, n. 2, p. 144-160, mai./ago. 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: BONAVIDES, Paulo (Org.). **Revista Latino-Americana de estudos constitucionais**, n. 2, jul./dez. 2003.

BARUFFI, Helder. A pesquisa nos cursos de direito. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 13, jan./jun.2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

CARVALHO, José Mauricio. **Miguel Reale**: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

CERQUEIRA, Vinicius Nascimento. **Fundamentos da decisão no Novo CPC**: o contraditório forte e os precedentes. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

CORMICK, Mac. Legal reasoning and legal theory. Oxford: Claredon Press, 1978. *In*: MIRANDA, Jorge. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015.

CORRÊA, Leda. **Direito e argumentação**. Barueri-SP: Manole, 2008.

CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: Há mesmo dever de responder todos os argumentos das parte?: Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

CURRY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, 2009.

DE LUCCA, José Carlos. **Sem medo de ser feliz**. São Paulo: Petit, 1999.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. **Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual**. Munchen: UTZ, 1997.

FREITAS, Franchesco Maraschin de. O estado democrático de direito: a fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD**, n. 27, 2015.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HORTA, Gustavo Torres Rebello. **O papel, o dever e o poder do juiz**. Belo Horizonte, Decálogo Editora, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *In:* **Doutrinas essenciais de processo civil**, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Gabriel de Araújo. **Argumentação e fundamentação: pensando no ouvinte**. Blog Argumentação Jurídica, artigo publicado em abr. 2010. Disponível em: <http://argumentacao-juridica.blogspot.com.br/2010/04/argumentacao-e-fundamentacao-distincao.html>. Acesso em: 21 out. 2015.

LISBÔA, Daniel. Teoria da argumentação jurídica: o art. 489 do Novo CPC e sua aplicabilidade ao processo do trabalho. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOURENÇO NETO, Antonio da Rocha. **Direito e humanismo**: visão filosófica, literária e histórica. Rio de Janeiro: edição do autor, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.** 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8846/a-legitimidade-da-atuacao-do-juiz-a-partir-do-direito-fundamental-a-tutela-jurisdicional-efetiva>. Acesso em: 16 out. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: e a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; *et. al.* **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvin Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1982.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à justiça, cidadania e judicialização no Brasil**. Plataforma democrática – Fundação, 2007.

MOTTA Luiz Eduardo; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. **A Defensoria Pública do Rio de Janeiro no contexto da judicialização**. Comum - Rio de Janeiro, v.13, n. 29, jul./dez. 2007.

MOTTA, Maria Lúcia Daltrozo da; TOALDO, Adriane Medianeira. Desjudicialização e meios alternativos na resolução dos conflitos e interesses. *In*: CERVI, Mauro Luiz; *et. al.* (Org). **Meios alternativos ao judiciário para tratamento dos conflitos**: questões atuais. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014.

NASCIMENTO, Maria Livia do. **Abrigo, pobreza e negligência: percursos de judicialização**. Psicologia & Sociedade, n. 24, 2012.

NASCIMENTO, Maria Livia do. **Pelos caminhos da judicialização: lei, denúncia e proteção no contemporâneo.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 19, n. 3, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do § 1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

PANZA, Luiz Osório Moraes. O dever de fundamentação no Novo CPC. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015,

PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, §1º, incisos V e VI, do Cpc de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XIV, n. 49, abr./jun. 2010.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. ISSN 1982-0496, v. 7, n. 7, jan./jun. 2010.

ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Direitos humanos**: desafios humanitários contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

RUSSO, Andréa Rezende. O juiz do terceiro milênio. *In*: **Caderno de Literatura**, ano XI, n. 15, Porto Alegre, dez. 2007.

SOUZA SANTOS, Boaventura; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Coimbra: Centro de Estudos Sociais do CES, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento no NCPC**. Consultor Jurídico – Senso Comum, publicado em 19 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 19 out. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes**. Consultor Jurídico – Senso Comum, publicado em 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 19 out. 2015.

SUBTIL, António Raposo. **O contrato e a intervenção do juiz.** Porto: Editora Vida Económica, 2012.

TOSTES, Yhon. A fundamentação das decisões judiciais: entre as generalizações e as singularidades – análise econômica do direito e a revelação dos paradigmas. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC:** análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Carolina Fontes. Limites ao arbítrio judicial: a nulidade das decisões genéricas. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Org.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

A DECISÃO JUDICIAL E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA REFLEXÃO PÓS-POSITIVISTA

Inês Moreira da Costa[1]

INTRODUÇÃO

Uma das grandes controvérsias da realidade brasileira reside no papel desempenhado pelos juízes no sistema jurídico, principalmente no que tange à sua discricionariedade para interpretar os casos concretos que lhes são submetidos.

A justificação das decisões judiciais é essencial. O art. 93, IX da Constituição Federal do Brasil de 1988 determina que todas decisões judiciais devem ser fundamentadas, como requisito de eficácia e de validade, permitindo que as partes conheçam as razões que levaram os juízes a decidirem de determinada forma e, assim, possibilitar o manejo dos recursos cabíveis.

Neste ano foi publicado o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) com a finalidade, segundo sua exposição de motivos, de obter um grau mais intenso de funcionalidade na resolução dos problemas, deixando de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos de interesse, por meio do qual se realizam valores constitucionais.

Dentre os objetivos fixados na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil encontra-se, em primeiro lugar, o de "estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal", e para tanto, exige-se a coerência substancial com a Constituição, para possibilitar a realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.[2]

Já no contexto do novo Código, os parágrafos primeiro a terceiro do art. 489, estabelecem as hipóteses em que uma decisão judicial não pode ser considerada fundamentada, bem como a necessidade de justificação dos critérios de ponderação utilizados, e de que a interpretação deve

[1]Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: ines@tjro.jus.br

[2] **Vade Mecum Acadêmico de Direito** Rideel/ Anne Joyce Angher, organização, - 21 ed.-São Paulo: Rideel 2015, p. 2222.

levar em conta todos os elementos da decisão judicial e a conformidade com o princípio da boa-fé.

Essas disposições revelam a preocupação atual do legislador: a previsão de valores encampados pelos princípios constitucionais (coerência substancial), característica do pós-positivismo, e a preocupação com os critérios de justificação utilizados pelos magistrados, estabelecendo as hipóteses em que estas decisões não serão consideradas como fundamentadas e exigindo a correta justificação.

Argumentar constitui uma atividade central dos juristas e o Direito oferece um dos campos mais importantes para a argumentação.

A argumentação jurídica apresenta-se como uma importante teoria para dar suporte às decisões judiciais, e como se verá no decorrer do presente artigo, necessária para se garantir a racionalidade jurídica, sem a qual as partes não têm como inferir os motivos ensejadores de tal decisão. O presente trabalho objetiva apresentar o contexto do constitucionalismo pós-positivista, trazendo-se aspectos da teoria da argumentação de Robert Alexy e de Manuel Atienza.

1. O CONSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA

Ferrajoli[3] apresenta três paradigmas ou modelos teóricos que se desenvolveram no direito europeu nos últimos séculos: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.

O modelo jurisprudencial, ou pré-moderno, refletiu a experiência histórica do direito romano e do direito comum até a idade das codificações, inexistindo um monopólio exclusivo na produção normativa, de modo que o direito consistia em um patrimônio de máximas, de categorias, de princípios e de precedentes judiciários transmitidos pela cultura e pela prática jurisprudencial e doutrinária. É o que ele denomina como sistema normativo nomostático, reconhecido pela sua racionalidade.

> Mesmo na experiência histórica pré-moderna, existiam obviamente leis, decretos, ordenações e estatutos. Contudo, por causa da heterogeneidade, do pluralismo e do particularismo dos ordenamentos que conviviam sobre o mesmo território, estas normas, a longo prazo, acabavam por se inserir e se amalgamar dentro do *corpus iuris* transmitido pela tradição, sucumbindo ao princípio normativo, ainda que se de fato largamente não efetivado, relativo à coerência interna e à completude. A existência e a validade das normas do direito comum, além das derrogações

[3] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**; tradução de Alexandre de Araújo de Souza e outros. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 18-22.

> constituídas pelo direito estatutário, dependiam, em outras palavras, da sua substância ou conteúdo prescritivo.... Por isso a confusão entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça[4].

O *jusnaturalismo* era a filosofia do direito que refletia esta experiência.

A codificação do direito, produto da Revolução Francesa, que teve origem com o Código Civil de 1804, seguida do Código de Processo Civil de 1806, do Código Comercial de 1807, do Código Penal de 1809 e do Código de Processo Penal de 1810, foi, segundo Manuel Hespanha, a consumação de um movimento legislativo e doutrinal que parecia tender para uma espécie de positivação tanto da história como da razão. Os códigos obtiveram um "ar de monumentos legislativos de há muito desejados, cientificamente fundados, democraticamente legitimados e politicamente convenientes"[5].

A codificação deu início ao modelo legislativo, a que Ferrajoli também denomina *paleo-positivista.* Esse modelo se firmou com a consolidação do monopólio estatal normativo, e no qual a norma de reconhecimento é o princípio da legalidade, ou seja, as normas existem muito mais pelo fato de que são produzidas do que pelo fato de serem deduzidas. É o que ele denomina sistema *nomodinâmico*. Nesse modelo, a validade e existência das normas são reconhecidas com base na sua forma de produção, e não com base em seus conteúdos, ocasionando a separação entre direito e moral, validade e justiça e a possibilidade de existência de normas positivadas que sejam injustas.

Um dos grandes nomes desse modelo teórico é Kelsen, que em sua Teoria Pura do Direito procura excluir da ciência jurídica todos os elementos que não lhe são próprios.

> Assim como a filosofia crítica da natureza busca, antes de mais nada, conformar-se com o postulado da objetividade, o ideal do positivismo jurídico é manter a Teoria do Direito positivo livre da influência de qualquer tendência política ou, o que redunda no mesmo, de qualquer julgamento subjetivo de valor. A pureza do seu conhecimento, no sentido de indiferença política, é o seu objetivo característico. Isso significa que ele aceita a ordem jurídica conhecida sem avalia-la como tal, e que se esforça para ser o menos tendencioso na apresentação e na interpretação do material jurídico. Ele sobretudo se recusa a apoiar quaisquer interesses políticos sob o pretexto de interpretar o Direito positivo ou de fornecer a sua necessária correção através de uma norma de Direito natural, fingindo que tal norma é Direito positivo, quando, na realidade, ela está em conflito com ele. [6]

---

[4] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 18.

[5] HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina S.A: 2012, p. 401-402. Sobre esse marco da codificação (Código de Napoleão), Bobbio esclarece que antes dele já havia o código prussiano, mas este não teve particular significado histórico, sendo todo dirigido ao passado (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006, p. 63-64).

[6] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**; tradução Luis Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 626.

O Direito apresenta-se como sendo um conjunto de normas. Essas normas estão inseridas num sistema fechado, cuja aplicação das regras se dá por dedução ou subsunção, de modo que a interpretação é determinante para concluir se um caso concreto é subsumível ou não em uma regra. Nesse sistema, as lacunas entram no âmbito de discricionariedade do aplicador do direito, enquanto as antinomias resolvem-se com a exclusão de uma das regras, observando os critérios hierárquico (*lex superior derogat inferiori* = prevalência da lei superior), cronológico (*lex posterior derogat priori* = prevalece a lei posterior) e da especialidade (*lex specialis derogat generali* = prevalece a vontade da lei mais específica).

Conforme Ferrajoli, a possível injustiça das normas é o preço que se paga pelos valores da certeza do direito, da igualdade perante a lei, da liberdade contra o arbítrio e da submissão dos juízes ao direito assegurados por tal modelo[7].

O *juspositivismo* é a filosofia do direito que abrange este modelo.

O terceiro modelo é o constitucional ou *neojuspositivista*, que se confirma com a subordinação ao direito da própria legislação, ou seja, enquanto a existência ou a vigência das normas continua a depender da sua forma de produção, cuja norma de reconhecimento continua sendo o princípio da legalidade formal, a sua validade depende também da sua substância ou conteúdo, ou legalidade substancial, que a vincula à coerência com os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos[8].

Há quem adote também o termo neoconstitucionalismo. De acordo com Mauro Barberis, esse termo é fruto, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da Escola de Gênova (Suzana Pozzolo, Mauro Barberis, Riccardo Guastini, Paulo Comanducci, Tecla Mazzarese), e que o mesmo talvez tenha sido usado pela primeira vez em uma comunicação de Suzana Pozzolo no XVIIIº Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, acontecido em Buenos Aires, em 1997, e depois publicada em Doxa. Nessa conversação, a autora usa o termo neoconstitucionalismo para indicar, sem compartilhá-las, uma série de teses intermediárias ao jusnaturalismo e positivismo jurídico apoiadas por autores como Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky[9]:

[7] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 19.

[8] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 19-20.

[9] BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1 . Disponível em http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311/304, acesso em 12 de outubro de 2015.

> O jusnaturalismo sustenta a tese da conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o neoconstitucionalismo a tese da interligação necessária entre direito e moral limitadamente aos Estados constitucionais, ou constitucionalizados: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis.
>
> [...]
>
> Por 'neoconstitucionalismo', como já adiantamos, não deveriam ser entendidas nem doutrinas e nem instituições, como no caso de 'constitucionalismo', mas somente doutrinas: em especial a teoria ou doutrina do direito, intermediária ao jusnaturalismo e juspositivismo, pela qual entre direito e moral existiria uma interligação necessária, ainda que limitada aos Estados constitucionais. Segundo os neoconstitucionalistas, em outros termos, a tese juspositivista da separabilidade entre direito e moral valeria no máximo para o direito do Estado legislativo do século XIX: direito cuja fonte principal, se não única, era a lei. A mesma tese não valeria mais, ao contrário, para o Estado constitucional do século XX, onde não apenas a fonte principal do direito é a constituição, mas a totalidade do direito é constitucionalizada, refreada por princípios e valores constitucionais.

No México destaca-se Miguel Carbonell, para quem uma das transformações sociais mais importantes no processo que levou à entrada sucessiva no neoconstitucionalismo dos países ibero-americanos, foi a transformação da Constituição em uma norma jurídica propriamente que, ademais de validar a atribuição de outras normas de inferior hierarquia como pertencentes ao sistema jurídico, admite a aplicação direta das garantias, dos valores e dos princípios que a inspiram e fundamentam, às relações cidadãs, assim como às rígidas relações de poder nas esferas privadas, a partir de mecanismos judiciais de natureza processual. Mas adverte que o neoconstitucionalismo não é um modelo uniforme, como uma teoria ou escola de pensamento determinada e com seus contornos, mas sim uma espécie de "mosaico de concepções teóricas" de ordem constitucional, política e cultural[10].

Carbonell elenca sete condições para dizer que determinado ordenamento jurídico está constitucionalizado: 1) existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia jurisdicional da Constituição (deve poder impor-se frente às leis e ao resto do ordenamento jurídico); 3) a força vinculante da Constituição (as normas são plenamente aplicáveis e obrigam a seus destinatários), 4) a sobreinterpretação da Constituição (quando os intérpretes constitucionais não se limitam a levar a cabo uma interpretação literal, mas adotam uma interpretação extensiva, utilizando quando seja possível o argumento *a simili*), 5) a aplicação direta das normas constitucionais (entendimento de que a Constituição rege também as relações entre particulares e que todos os juízes podem aplicá-la, inclusive suas normas programáticas ou normas de princípios), 6) a

[10] VV.AA. (Vários autores). **Neoconstitucionalismo: teoría y práctica**. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). El canón neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, p. 153-263. Especificamente Parte II, p. 210-211 e 245.

interpretação conforme das leis (opção pela norma que melhor cumpra algum mandato constitucional) e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas[11].

Assim, além da separação e diferenciação externa entre justiça e validade se acrescenta a diferenciação interna entre validade e existência, passando a admitir-se, nos ordenamentos constitucionais, a presença de normas produzidas em conformidade com disposições formais e, apesar disso, serem consideradas inválidas, porque em contraste com a Constituição.

Atienza [12]critica o termo neoconstitucionalismo, por considerá-lo ambíguo e no mesmo sentido se manifesta Ferrajoli, para quem esse termo não designa nem um sistema jurídico nem uma teoria do Direito, apenas representa um sinônimo de Estado liberal de Direito[13.]

José Afonso da Silva também não concorda com esse termo, porque o prefixo *neo*, que pretende sinalizar para o novo, não raro retrocede para o velho e superado Estado neoconstitucional e que o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo alude tanto a um modelo de organização jurídico-política ou de Estado de Direito como ao tipo de teoria do Direito requerida para explicar dito modelo, e por isso seria uma doutrina de conteúdo incerto[14].

Em razão dessa imprecisão do termo neoconstitucionalismo, Ferrajoli[15] propõe a utilização da terminologia jusconstitucionalismo (ou constitucionalismo jurídico, ou Estado constitucional de direito, ou simplesmente constitucionalismo), em oposição ao Estado legal ou Estado legislativo de Direto (privado de constituição ou dotado de constituição flexível). Assim, a diferença distintiva do constitucionalismo será a existência positiva de uma lei superior à legislação ordinária, com independência das diversas técnicas adotadas para garantir sua superioridade. Há ainda, o que ele denomina “a esfera do não decidível”, ou seja, aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em relação aos direitos sociais, ambas as situações estabelecidas pela constituição.

A filosofia do direito que rege esse modelo é o jusconstitucionalismo.

---

[11] VV.AA. (Vários autores). **Neoconstitucionalismo: teoría y práctica**, p. 161-162.

[12] ATIENZA, Manuel. **Dos versones del constitucionalismo**, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 73-88

[13] FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 20.

[14] SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento constitucional**, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 72-73.

[15] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 19-20.

Conforme Ferrajoli[16], a modernidade jurídica nasce com o segundo modelo e chega ao seu aperfeiçoamento com o terceiro, graças à positivação antes de tudo das formas de produção legislativa e, em seguida, dos limites e dos vínculos de substância impostos pelas normas constitucionais hierarquicamente superiores. Se no primeiro modelo a validade das normas era imediatamente ligada à sua substância e no segundo modelo era determinada unicamente pela sua forma jurídica, no terceiro modelo forma e substância encontram-se ambas vinculadas, enquanto condições de validade das normas produzidas, uma à conformidade e a outra à coerência ou compatibilidade com as normas constitucionais sobre a sua produção.

Sobre esse terceiro modelo, constitucional, Ferrajoli contrapõe, ainda, dois tipos de constitucionalismo jurídico: o primeiro, principalista ou argumentativo seria, em sua opinião, jusnaturalista e se caracterizaria por sustentar a tese da conexão entre Direito e moral, pela contraposição forte entre princípios e regras e por atribuir um papel central à ponderação no exercício da jurisdição. Registra que essa tese ignora o contraste com o Direito como norma, ao assumir não somente como descritiva mas também como prescritiva, ou seja, como representação da prática jurídica não apenas *como é* senão também *como é justo que seja* e como *não pode deixar de ser.* Assim, efetividade se confunde com validez[17].

O segundo modelo, por ele defendido, é o constitucionalismo normativo ou garantista, que nega essas três teses, e a diferença seria uma concepção positivista do Direito, no sentido de que a maior parte (senão todos) dos princípios constitucionais e, em particular os direitos fundamentais, se comportam como regras, pois implicam a existência ou impõem a introdução das regras consistentes nas proibições de lesões ou obrigações de prestação, com suas respectivas garantias[18].

Atienza[19] rebate os argumentos de Ferrajoli, no sentido de que temos constituições que, apesar de rígidas, incorporam, em grande medida, uma moral justificada, de modo que a crítica ao direito não pode ser feita se se prescinde de sua dimensão moral, ou seja, os valores aos quais se apela são tanto políticos como morais. No que tange aos princípios, nem todos os direitos previstos constitucionalmente têm a mesma estrutura ou raciocínio prático ou jurídico: há os direitos plasmados em sentido estrito (e em regras que o desenvolvem) e outros que estão em

[16] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 21.

[17] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 23.

[18] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**, p. 20-21.

[19] ATIENZA, Manuel. **Dos versones del constitucionalismo**, p. 73-88.

forma de diretrizes, de normas programáticas, conforme opção do constituinte. A constituição, assim, é um conjunto de normas vinculantes, e não uma série de princípios morais interpretados (discricionariamente) pelos juízes. E quanto à ponderação, ela é um dos três esquemas básicos da argumentação jurídica (ao lado da subsunção e da adequação), e quando dá lugar a regras não pode ser um procedimento casuístico ou arbitrário, de modo que a regra criada tem que aplicar-se no futuro respeitando o princípio da universalidade, bem como tem que ser formulada de maneira que seja coerente com o resto do ordenamento jurídico.

Esse constitucionalismo que Ferrajoli denomina principialista ou argumentativo também é denominado constitucionalismo pós-positivista.

Assim, para Ferrajoli há um modelo teórico, que é o constitucionalismo (neoconstitucionalismo, para outros), dentro do qual se insere duas correntes filosóficas: a do pós-positivismo (ou principialista/argumentativo) e a do garantismo (no qual todas as normas têm sua validade sujeita a vínculos de substância coerentes com os princípios de justiça estabelecidos pela constituição, especialmente aqueles que se referem a direitos fundamentais, bem mais relevantes que o neopositivismo kelseniano que valorizava as formas procedimentais dessas normas).

Para alguns o pós-positivismo pode ser descrito como uma espécie de terceira via aos paradigmas positivistas e jusnaturalistas; para outros seria uma nova geração do positivismo jurídico mitigado pelo peso da principiologia jurídica; e ainda para terceiros, o pós-positivismo não passaria de mais uma variante fraca do jusnaturalismo [20].

> A proposta pós positivista coloca em primeiro plano a proclamação da eficácia normativa dos princípios, agora erigidos em normas-primárias de todo o sistema jurídico. Distanciando-se do cânone positivista da separação entre direito e moral (tese da separabilidade), o pós-positivismo enceta uma rearticulação entre direito e moral por meio do manejo dos princípios. Para Alexy, os princípios constituem mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto Dworkin os considera fonte da justificação moral e política do Direito vigente em uma determinada comunidade[21].

Conforme Josep Aguiló Regla[22], enquanto o positivismo não exige qualquer forma de deliberação ou valoração, em razão de ser um sistema de regras, com descrição fechada, no pós-positivismo o sistema jurídico é composto de regras e também de princípios, estes com o papel de

[20] **Dicionário de Filosofia do Direito**; coordenação Vicente de Paulo Barreto – São Leopoldo/RS: Unisinos, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 650-651.

[21] **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 653.

[22] REGLA, Josep Aguiló. **Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras**. Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), p. 665-675.

dotar as regras de sentido e, via de consequência, aplicar princípios, por se tratarem de normas abertas, exige sempre uma deliberação prática por parte dos sujeitos normativos, inexistindo uma relação de dedução, porquanto à lógica de consistência normativa se recorre também à ideia de coerência valorativa.

Também sustenta que as regras não são meras manifestações de vontade da autoridade, mas sim resultado de uma ponderação dos princípios relevantes levadas a cabo pela autoridade. Assim, a dimensão valorativa e justificativa do Direito adquire uma relevância fundamental, e ser leal às regras não é sê-lo apenas à sua expressão, senão às suas razões subjacentes, ao balanço dos princípios que se pretende refletir, a seus propósitos protetores e promocionais dos direitos. Defende que inexiste uma diferença marcante entre raciocínio político ou moral e jurídico, de modo que o raciocínio político do legislador se juridifica (sob a constituição), pois a lei não é criação nova, mas sim o desenvolvimento ou concreção de princípios constitucionais; e o raciocínio jurídico se politiza e/ou moraliza (adquire uma dimensão prática que não existia), pois incorpora um compromisso com os valores e fins constitucionais.

José Afonso da Silva[23] esclarece que a obra de Dworkin (Levando os Direitos a Sério), escrita contra o positivismo de Hart, estabelece a teoria dos princípios como categoria diversa das regras e das diretrizes, e a partir da qual Robert Alexy (Teoria dos direitos fundamentais) formulou sua teoria dos princípios como parte expressiva de sua teoria dos direitos fundamentais, com uma dimensão muito mais rica, em conjunto com a teoria material da constituição e do culturalismo jurídico, foram os movimentos que constituíram o pós-positivismo.

Portanto, há de se considerar que o direito não é constituído exclusivamente de regras, mas também de princípios. Isso, no entanto, não significa deixar de observar força normativa da Constituição escrita e formal, sob pena de se cair no sociologismo ou cientificismo político, conforme adverte José Afonso da Silva[24].

Assim, defender a associação entre o direito e a moral, a importância dos princípios gerais do Direito e a ponderação como espécie de argumentação jurídica é essencial para compreender o direito no atual estado constitucional, onde em algumas situações os juízes têm que aplicar uma obrigação moral que não é necessariamente justa, bem como têm que interpretar princípios e valores constitucionais (por exemplo, o que é dignidade humana, o que é igualdade), onde devem

[23] SILVA, José Afonso da**. Teoria do conhecimento constitucional**, p. 341.

[24] SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**, p. 343.

buscar subsídios em uma teoria, não apenas jurídica, mas também moral.

Dentre os autores considerados pós-positivistas encontram-se Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Robert Alexy, e Manuel Atienza. Considerando a limitação do presente trabalho, serão expostos alguns precursores da argumentação jurídica e analisados alguns aspectos das teorias da argumentação dos dois últimos autores citados, a seguir.

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Uma das preocupações do sistema processual brasileiro, evidenciada expressamente no novo Código de Processo Civil, resulta da "instabilidade" nas decisões judiciais, ou seja, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos, causando verdadeira "perplexidade' na sociedade. Conforme exposição de motivos, a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito, motivo pelo qual recomenda que uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Essa preocupação se deve porque, com a adoção do constitucionalismo pós-positivista expressamente pelo novo CPC, a necessidade de recorrer a princípios para melhor interpretar e aplicar a norma, há que ser feita uma valoração pelo juiz. Partindo-se do pressuposto de que as contradições entre princípios não podem ser resolvidas por simples subsunção, tal como ocorre em relação às regras, mas sim pela proporcionalidade, ou sopesamento, há uma certa margem de escolha por parte do juiz.

No entanto, há quem sustente que esse sistema aberto de normas deixa um largo campo à discricionariedade judicial que pode desembocar na arbitrariedade[25], e por isso conhecer as razões pelas quais os juízes decidem é fundamental.

Alexy defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, e o ponto em comum entre ambos é a preocupação com a correção das afirmações normativas. Em consequência, essa valoração realizada pelos juízes só pode ser considerada legítima se

[25] STRECK, Lenio Luiz. ***Uma primeira parada*: tempos difíceis de pós-positivismo e Constitucionalismo Contemporâneo**; *Posfácio. In:* **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 417-622 (especificamente capítulo 12 e posfácio)

fundamentada, para demonstrar sua racionalidade: "a reivindicação de correção jurídica, implícita no enunciado de qualquer constatação jurídica é a reivindicação de que, sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável"[26].

Essa racionalidade é defendida através de uma teoria da argumentação jurídica, mediante um procedimento discursivo.

Mas, o que significa argumentar?

Para Karl Larenz[27], argumentar significa "fornecer fundamentos que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível", e que para atingirem esse objetivo os fundamentos têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes da discussão e que permitam suplantar os contra-argumentos por eles aduzidos.

Deve-se observar que há distinção entre fundamentação e argumentação. Conforme esclarece José Afonso da Silva, fundamentar uma sentença consiste em mostrar as bases em que ela se assenta, enquanto que argumentar significa apresentar as razões que levaram o juiz à formulação do seu dispositivo.

> Mas mostrar as bases da sentença se faz por meio de um processo argumentativo, de onde se conclui que exigir que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas acaba sendo uma exigência de argumentação jurídica. Ambas, em última análise, consistem no desenvolvimento de raciocínio lógico, não necessariamente silogístico, mas raciocínio realizador de coerência.[28]

Para Atienza[29], a argumentação jurídica atua em três campos distintos: o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas (fase pré-legislativa e propriamente legislativa), o da aplicação das normas jurídicas para solução dos casos propostos (que envolvam problemas relativos a fatos ou ao Direito) e o da dogmática jurídica.

As teorias da argumentação se ocupam, basicamente, da segunda hipótese, especificamente sobre os problemas de interpretação do Direito. No que tange à fase pré-legislativa e legislativa, a primeira envolve caráter mais político e moral, enquanto a segunda aborda questões de tipo técnico-jurídico.

---

[26] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; São Paulo: Landy, 2001, p. 26-27.

[27] LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª edição, tradução de José Lamego – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 , p. 212

[28] SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**, p. 899.

[29] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p.2-3.

Já com relação à dogmática jurídica, Atienza[30] esclarece que ela tem as funções de 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico e, portanto, as teorias da argumentação jurídica também se ocupariam dessa segunda hipótese.

Assim, a argumentação objetiva fornecer critérios para facilitar a tomada de uma decisão jurídica, seja no âmbito do processo judicial (análise de caso concreto), seja no da dogmática (análise do caso em abstrato).

Verifica-se que a grande dificuldade dos aplicadores do direito reside na resolução dos casos difíceis, pois, via de regra, em relação aos casos fáceis o ordenamento jurídico já fornece uma resposta correta que, em geral, não é discutida. Já em relação aos casos difíceis, ao menos em princípio, é possível existir mais de uma alternativa (ou mais de uma resposta correta, como sustenta Dworkin), que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo.

Sobre o que venha a ser considerado um caso difícil, somente a análise do caso concreto o dirá. No entanto, conforme MacCormick, "não se pode dizer se o caso com que nos deparamos é fácil ou difícil enquanto não tivermos refletido sobre os princípios, bem como sobre a norma ou normas aplicáveis à primeira vista"[31]. E para tanto, é necessário que os juízes exponham as razões justificatórias de suas decisões:

> Para dizer o mínimo, são, portanto, fortes as pressões – aparentemente pressões muito eficazes – sobre os juízes para que pareçam ser o que supostamente devem ser. Logo, as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a "justiça de acordo com a lei", e que sejam pelo menos nesse sentido razões justificatórias[32].

Sobre o resultado dessa justificação, Atienza ressalta a importância da teoria da argumentação de Maccormick, para quem, justificar uma decisão significa, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade, e, em segundo, que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (ou seja, que cumpra os requisitos de consistência e de coerência) e em relação ao mundo (o que significa que o argumento decisivo dentro dos limites marcados pelos critérios

[30] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**, p. 3.

[31] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**, tradução Waldea Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael – São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 302.

[32] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**; p. 21.

anteriores – é um argumento consequencialista)[33].

Para argumentar, Atienza[34] defende a adoção de critérios de racionalidade prática. O direito é uma prática que se define por meio de certos fins e valores (elementos normativos e axiológicos) e que a argumentação deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito.

Mas, ao mesmo tempo, existem outras funções práticas que uma teoria da argumentação deve cumprir. São elas: a primeira, de caráter teórico ou cognoscitivo, se relaciona com a construção de sistemas jurídicos hábeis (no sentido de formar uma base sólida de conhecimento a partir do qual podem ser encontradas as soluções para os problemas apresentadas, tal como um motor de inferência); a segunda tem uma natureza prática ou técnica, refere-se ao ensino do Direito, estabelecendo-se que o objetivo central do processo de aprendizagem do Direito teria de ser o de aprender a pensar ou a raciocinar como um jurista; e a terceira poderia ser qualificada como política ou moral, se relaciona com a questão sobre qual é o tipo de ideologia jurídica que está sempre, inevitavelmente, na base de uma determinada concepção da argumentação.

> A objeção fundamental que se pode dirigir aos critérios da racionalidade prática é que eles são apenas critérios mínimos, que só permitem descartar como irracionais determinadas decisões ou formas de argumentação. Mas o problema reside em que, com relação aos casos difíceis, o que costuma ocorrer é que as diversas soluções presentes são aprovadas neste teste de racionalidade[35].

Na tentativa de elaborar uma teoria da argumentação que esteja apta a fornecer todos esses critérios para a tomada da decisão jurídica, especialmente nos casos difíceis, na metade do século XX surgiram os precursores da argumentação jurídica.

Theodor Viehweg voltou suas atenções para a prática jurídica, defendendo o uso da tópica como argumentação. O livro Tópica e Jurisprudência foi publicado em 1953.

A tópica constitui uma parte da Retórica, disciplina que teve grande importância na Antiguidade e na Idade Média, cujo papel central é encontrar as premissas que serão utilizadas no

[33] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**, p. 143. Sobre o que se deva entender por consistência, Atienza esclarece que uma decisão satisfaz a esse requisito quando se baseia em premissas normativas (e também em pressupostos fáticos) que não entram em contradição com normas estabelecidas de modo válido, ou seja, não infringe o Direito vigente e se ajusta à realidade em termos de prova. Faz também a distinção entre coerência normativa e coerência narrativa: a primeira ocorre quando a norma pode ser subsumida sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis , no sentido de que se configurem, quando tomados conjuntamente, uma forma de vida satisfatória. Já a coerência narrativa justifica crenças sobre um mundo que é independente de nossas crenças sobre ele. Resumindo: "a coerência é sempre uma questão de racionalidade, mas nem sempre uma questão de verdade" [p. 146-150].

[34] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**, p. 270.

[35] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**, p. 268.

raciocínio jurídico. Uma vez bem definidas essas últimas, a lógica pode conduzir a uma resposta satisfatória. Há uma divisão do raciocínio jurídico em dois momentos: o primeiro, de busca das premissas e o segundo de conclusão dessas premissas.

Segundo Alexy, a teoria tópica pode significar três coisas: (1) uma técnica de buscar premissas para um argumento; (2) uma teoria quanto a natureza das premissas; e (3) uma teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei, e quando se considera a teoria dos tópicos, sempre que uma argumentação se origina de um *topos* como ponto de partida, as proposições de que se parte não são verdades provadas, nem meras afirmações da vontade arbitrária, mas antes proposições plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas ou prováveis[36].

Alexy[37] critica essa teoria, sob o argumento de que é generalizada demais, porque não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de justificação jurídica das decisões, e ao mesmo tempo é incapaz de fazer justiça ao caráter autoritário da argumentação jurídica no contexto da dogmática jurídica institucionalmente perseguida e no contexto do caso de precedentes jurídicos. Além desses fatores, critica ainda a teoria tópica por sua orientação exclusiva de considerar a estrutura superficial de argumentos padrão e por não especificar sobre quais aspectos devem ser considerados decisivos e qual ponto de vista deve vir em primeiro lugar.

Para Atienza o modelo tópico de Viehweg é ingênuo ao afirmar que a jurisprudência deve buscar soluções justas a partir de conceitos e proposições extraídos da própria Justiça, porque o problema não consiste em fazer proclamações vazias sobre a Justiça, e sim em "criar algum tipo de método – ou pelo menos algum tipo de controle – que permita discutir racionalmente as questões de Justiça"[38].

Luis Recaséns Siches (1956) e Joseph Esser (1961) também publicaram diversos trabalhos nos quais sustentam a argumentação e interpretação jurídica muito semelhante à de Viehweg[39].

Carlos Vaz Ferreira, filósofo uruguaio, também desenvolveu sua teoria, a Lógica Viva, onde explicita os modos pelos quais se pode incidir em erro, as falácias ou paralogismos[40].

---

[36] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 31

[37] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 31-32.

[38] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 50.

[39] Conforme expõe Manuel Atienza, *in* **As razões do Direito**, p. 37-39.

[40] FERREIRA, Carlos Vaz. **Lógica Viva**; Montevideo: Cámara de representantes de la República Oriental del Uruguay, 1963. Versão digital disponível em: http://www.uruguayeduca.edu.uy/Userfiles/P0001/File/011%20CVF%20-%20L%C3%B3gica%20viva.pdf ,

Stephen E. Tulmin, em sua obra *The uses of argument*, de 1958 procurou demonstrar a insuficiência da lógica formal dedutiva para dar conta da maioria dos raciocínios e que a argumentação jurídica deve ser vista como uma interação humana, propondo uma lógica eficaz, que seria a jurisprudência generalizada[41].

O filósofo e jurista Chaim Perelman tentou demonstrar, através de uma teoria da argumentação, que existe uma série de outras possibilidades de argumentação racional e justificação além daquelas do teste empírico e da dedução lógica. Essa teoria foi apresentada em 1958, juntamente com L. Olbrechts-Tyteca, com o título de "Nova Retórica".

Perelman apresenta sua teoria como pertencente ao âmbito da lógica formal, com o acréscimo da argumentação prática.

> O conceito básico da teoria de Perelman é o do conceito de audiência. A audiência é o agrupamento daqueles a quem o orador deseja influenciar com sua argumentação. A identificação da audiência à qual o orador se dirige exige o conhecimento das intenções do orador. A audiência de um orador no parlamento pode então ser sua função parlamentar, o parlamento ou toda a nação. O objetivo de cada argumentação é conquistar ou fortalecer a adesão da audiência. Para realizar esse objetivo, o orador tem de adaptar seu discurso à audiência. A mesma afirmativa pode servir como um argumento a favor de uma tese do orador diante de uma audiência ou como um argumento contrário a essa mesma tese diante de outra audiência[42].

Segundo Alexy[43], para Perelman, quem argumenta precisa assegurar a concordância tanto para as premissas, como para cada passo da prova, e que as premissas de um argumento precisam conquistar a concordância da audiência, sendo possível que na maioria dos argumentos justificativos realmente apresentados, a conclusão não siga logicamente das premissas, e por isso todo argumento pode ser entendido como entimemático[44], já que ele sempre pode ser suplementado pelas premissas de forma que a conclusão siga logicamente das premissas.

O mesmo Autor[45] sustenta que em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica em razão de, no mínimo quatro motivos: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) a

---

acesso em 10 de outubro de 2015.

[41] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 100.

[42] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 130-131.

[43] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 131-132.

[44] Argumentação entimemática é aquela que não explicita todas as premissas ou até mesmo a conclusão, seja porque o auditório pressupõe as premissas implícitas, seja porque há uma parte do significado que não expressamos (seguindo a ideia de que aquilo que é óbvio não precisa ser dito). Esse tipo de argumento é muito utilizado na Retórica.

[45] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 268.

possibilidade de conflito entre as normas; 3) a possibilidade de casos que requeiram uma regulação jurídica que não caiba em nenhuma norma válida existente e; 4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente a lei. E conclui

> Se sempre estivéssemos inclinados a preencher essa área de incerteza recorrendo apenas à argumentação prática geral, as fraquezas do discurso prático geral continuariam a ser transmitidas para um grau considerável de tomadas de decisões jurídicas. Assim, é racional introduzir formas e regras de argumentação jurídica e institucionalizá-las como ciência jurídica, integrando-a ao mesmo tempo no contexto dos precedentes. Deste modo é possível reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área da incerteza deixada pelas normas jurídicas.

Mas, se a lógica não se presta sempre a justificar corretamente o raciocínio jurídico, o que significa decidir racionalmente no contexto de uma ordem jurídica válida?

Para Alexy não se deve esperar um procedimento que garanta a certeza do resultado. "Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à ideia de uma teoria da argumentação jurídica racional"[46]. O que constitui o caráter racional da jurisprudência é a sua conformidade com as condições, com os critérios ou regras da argumentação jurídica e, para tanto, propõe um número de regras e de formas que a argumentação deve seguir, para que o resultado da discussão possa ser chamado de correto[47].

As quatro primeiras, que ele chama de regras básicas, são apresentadas como uma condição prévia da possibilidade de toda comunicação linguística que dá origem a qualquer questão sobre a verdade ou a correção. São elas:

Primeiro tipo de regras: 1. Nenhum orador pode se contradizer ; 2. Todo orador só pode afirmar aquilo em que crê; 3. Todo orador que aplique um predicado F a um objeto A, tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a A em todos os aspectos importantes; e 4. Diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

O segundo tipo de regras diz respeito às justificações das afirmações das sentenças normativas: quem faz uma afirmação não só quer expressar uma crença de que algo é o caso, mas também exige implicitamente que o que está sendo dito possa ser justificado, o que impõe a admissão da regra 2, segundo a qual todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar

[46] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 272.

[47] ALEXY, Robert**. Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 187-194

justificação.

O terceiro grupo é denominado de regras para partilhar a carga de argumentação: quem se propõe a tratar uma pessoa diferentemente de outra é obrigado a dar justificação de porquê o fez, quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso, uma pessoa somente precisa dar novos argumentos quando os anteriores tenham sido contestados e que quem introduz elementos emocionais num discurso, que não tenham diretamente ligação com a linha de argumentação, precisa justificar essa introdução.

Alexy apresenta ainda as regras de justificação, de modo que todo aquele que fizer uma afirmação normativa aplique a si mesmo as consequências da sua argumentação, a universalidade, de forma que todos possam aceitar as consequências particulares de um argumento.

Atienza, por sua vez, distingue o contexto da descoberta e o contexto da justificação das teorias científicas. O primeiro seria "a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise do tipo lógico[48]", ou seja, objetiva mostrar como se desenvolve o conhecimento científico, como se forma determinada premissa, enquanto o segundo seria o procedimento que pretende confrontar a teoria para provar-lhe a validade, ou justificar a premissa ou conclusão. Mas adverte que essa distinção pode ser relativizada, porque com relação à elaboração de sistemas jurídicos hábeis, aparentemente o que interessa não é apenas a questão de como os juristas fundamentam suas decisões (qual tipo de argumentação), mas também a de como eles de fato chegam a essa conclusão (qual o processo mental que os leva até lá).

Atienza[49] esclarece que o erro das teses que sustentam que os juízes decidem irracionalmente, com base em impulsos não extraídos das leis e dos princípios gerais do Direito, mas sim de fatores individuais, se deve à confusão entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação, tendo em vista que é possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, inclusive, com base em preconceitos, mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível.

A distinção entre esses contextos leva à análise da argumentação em duas perspectivas: a primeira realizada por algumas ciências sociais, como a psicologia social, que procuram explicar o

[48] ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**, p. 5 e 258. O contexto da descoberta e o da justificação foram elaborados pelo filósofo alemão Hans Reichenbach (1891-1953).

[49] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 9

processo de tomada de decisões.

A segunda perspectiva, sobre o qual se propõe a teoria padrão da argumentação, estuda sob que condições se pode considerar justificado um argumento. Aqui, há duas espécies de justificação: a formal (quando um argumento é formalmente correto) e a material (quando um argumento é aceitável).

Conforme Atienza[50], uma teoria da argumentação jurídica deve ser analisada a partir de três perspectivas diferentes: qual é seu objeto, seu método e sua função e que para argumentar num caso difícil devem ser seguidos os seguintes passos:

Em primeiro lugar, é preciso identificar qual o problema a resolver. Isso pode envolver quatro tipos de problemas jurídicos:

> 1) Problemas de pertinência, que ocorrem quando há dúvidas sobre qual a norma aplicável ao caso;
>
> 2) Problemas de interpretação, que surgem quando existem dúvidas sobre como se há de entender a (s) norma (s) aplicável (eis) ao caso;
>
> 3) Problemas de prova, quando há dúvidas sobre se um determinado fato ocorreu; e
>
> 4) Problemas de qualificação, que surgem quando há dúvidas sobre se um determinado fato, que não é discutido, recai ou não no campo de aplicação de um determinado conceito, contido no caso concreto ou na consequência da norma.

Em segundo lugar, se se trata de um problema de interpretação, deve-se identificar se ele surge por uma insuficiência ou por um excesso de informação. Quando as premissas contêm toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo.

Em terceiro, é preciso construir hipóteses de solução para o problema. Nessa fase, o jurista deverá buscar as possíveis soluções previstas no ordenamento jurídico, seja em forma de regras ou de princípios.

Em quarto, é preciso passar a justificar as hipóteses de solução formuladas, ou seja, apresentar argumentos a favor da interpretação proposta. Se se trata de um problema de insuficiência de informação, a argumentação pode ser chamada analógica (esta, por sua vez, pode ser *a pari, a simili, a contrario* e *a fortiori*). Já quando há excesso de informação, a argumentação ocorrerá mediante o esquema da *reductio ad absurdum* (na qual tenta-se mostrar que determinadas interpretações não são possíveis porque levariam a consequências inaceitáveis)

[50] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 254 a 264

Em quinto, e último, é a passagem das novas premissas à conclusão (trata-se do esquema de justificação interna).

Verifica-se, assim, que ambas as teorias (Alexy, Atienza) oferecem "caminhos" para o desenvolvimento da argumentação. A argumentação inicia-se na identificação exata do problema a resolver, no encontro da(s) hipótese(s) de solução (que podem ser a subsunção a uma regra ou a ponderação entre princípios), na comprovação da(s) hipótese(s) - sendo que nesta fase pode ser que seja necessário reanalisar as hipóteses de solução ou até mesmo o problema -, e por fim, na fase final que é a redação da argumentação.

Em síntese, esses são os principais aspectos da teoria da argumentação que podem fornecer ao aplicador do Direito elementos para indicar as razões práticas (justificação) de sua escolha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto na evolução dos modelos teóricos do Direito, na passagem do estado legislativo para o estado constitucional, os direitos passam de uma dimensão exclusivamente normativa para uma dimensão também axiológica ou valorativa, onde necessitamos contar tanto com regras quanto com princípios. Já não mais se concebe a literalidade da norma posta como única fonte de solução das controvérsias, nem a atividade do magistrado como mera aplicação da subsunção. Assim, quando a premissa é uma regra subsumimos e quando a premissa é um princípio, ou quando há uma lacuna no direito, ponderamos.

Na aplicação do Direito, os juízes muitas vezes precisam julgar casos difíceis, onde nem sempre a norma estabelece, expressamente, qual solução adotar. Nessa hipótese, por vezes admite-se a proposição de mais de uma resposta correta, desde que situada dentro das possibilidades previstas no ordenamento jurídico, e para que essa escolha seja considera válida, há necessidade de fundamentação ou de justificação.

Nesses casos difíceis, os problemas podem ser de natureza processual, de aplicabilidade, de validez, de interpretação, de prova, ou de qualificação, de modo que a teoria da argumentação, seja a desenvolvida por Alexy, para quem o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático e, portanto, a reivindicação da correção jurídica é a de que a afirmação é racionalmente justificável, seja a teoria de Atienza, segundo a qual o Direito é uma prática social, fornecem

critérios para que uma decisão seja considerada racionalmente justificada.

Portanto, para argumentar precisamos identificar bem o problema (saber se é um problema de prova, de interpretação ou de aplicação de regras ou princípios), encontrar a hipótese de solução, comprovar essa hipótese (seja através de argumentos lógico ou dedutivos, ou seguindo-se os passos elencados nas teorias aqui mencionadas, mesmo que às vezes precisemos reanalisar essas hipóteses de solução ou até o próprio problema) e elaborar a decisão, observando que esta deve apresentar as características de universalidade, consistência e coerência com o restante do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica; tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino, 2. ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. Dos versones del constitucionalismo, **Revista Doxa**, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 73-88.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Texto traduzido por Juliana Salvetti e revisto por Marcelo Lamy e Luiz Carlos de Souza Auricchio - **Revista Brasileira de Direito Constitucional** - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1. Disponível em http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311/304, acesso em 12 de outubro de 2015.

BOBBIO, Norberto**. O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

Dicionário de Filosofia do Direito; coordenação Vicente de Paulo Barreto – São Leopoldo/RS: Unisinos, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**, tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, 34 (2011) ISSN: 0214-8676, p. 15-58.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Edições Almedina S.A: 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**; tradução Luis Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª edição, tradução de José Lamego – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentaçao jurídica e teoria do direito**; tradução Waldea Barcellos; revisão da tradução Marylene Pinto Michael – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y pospositivismo. Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 30 (2007), p. 665-675.

SILVA, José Afonso da. Teoria do Conhecimento constitucional, São Paulo, Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Uma primeira parada: tempos difíceis de pós-positivismo e Constitucionalismo Contemporâneo; *Posfácio. In:* **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 417-622 (especificamente capítulo 12 e posfácio).

Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel/ Anne Joyce Angher, organização, - 21 ed.-São Paulo: Rideel 2015.

VV.AA. (Vários autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.

ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA E A VERIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NOS JULGAMENTOS A CARGO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

Benedito Antônio Alves[1]

Wilber Carlos dos Santos Coimbra[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo, elaborado a partir do método dedutivo, aborda a análise da argumentação jurídica da teoria pós-positivista, indagando se existe possibilidade de aplicação desta teoria nos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas no Brasil, o que se revela importante, uma vez que toda e qualquer decisão não pode prescindir do raciocínio lógico-racional argumentativo que possa justificar a sua fundamentação, e resultar evidentemente num produto metodológica e cientificamente bem acabado, com um padrão mínimo de qualidade endógena, a justificar os seus efeitos exógenos.

Encontra-se o trabalho dividido em três capítulos. O primeiro aborda a competência e jurisdição dos Tribunais de Contas, segundo as disposições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, onde se analisa a competência jurisdicional de natureza administrativa especializada das instituições de contas, em similitude com as decisões da judicatura.

O segundo trata de analisar as concepções expendidas por Manuel Atienza no tocante à argumentação jurídica que fundamenta o seu pensamento jusfilosófico no tocante ao neoconstitucionalismo. Por oportuno, contextualizando a matéria atinente a argumentação

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes – UNIT; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Rio Doce – UNIVALI; Conselheiro e Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia; Professor de Graduação e Pós-Graduação dos cursos de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, da Faculdade Católica de Rondônia – FCR e do Centro Universitário São Lucas. Porto Velho/RO, Brasil. *E-mail*: cons.benedito@gmail.com

[2] Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté/SP; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho/RJ; Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia; Presidente da Escola Superior de Contas do Estado de Rondônia; Professor do Centro Universitário São Lucas. Porto Velho/RO, Brasil. *E-mail*: conselheiro.wilbercoimbra@hotmail.com

jurídica de que trata a teoria neoconstitucionalista, com o escopo de enriquecer o debate, registra também os pensamentos jurídicos de expoentes desta corrente doutrinária, tais como: Ricardo Guastini, Gregório Peces-Barba e Gerardo Pisarello, sem prescindir da enriquecedora contribuição doutrinária contextual do constitucionalismo garantista concebido por Luigi Ferrajoli, como contributo paralelo à temática abordada.

Por fim, no terceiro capítulo, especificamente, verifica se existe a possibilidade da aplicação da teoria pós-positivista na argumentação jurídica que deve permear as decisões prolatadas pelos Tribunais de Contas brasileiros.

1. COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

Antes mesmo de abordar a competência e a jurisdição dos Tribunais de Contas brasileiros, que estão insculpidas na Constituição Federal, impende trazer à lume alguns conceitos doutrinários a respeito da EFS - Entidade de Fiscalização Superior no Brasil, com o propósito de propiciar ao consulente a compreensão do microssistema constitucional que serve de arcabouço jurídico à existência da instituição.

1.1 Conceitos dos Tribunais de Contas

Nada mais justo registrar em primeiro lugar a concepção externada por aquele que é um dos principais idealizadores da instituição no Brasil e, por isso mesmo, atualmente denominado "patrono" das Cortes de Contas brasileiras, o jurista Rui Barbosa, para quem o Tribunal de Contas é o

> corpo da magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.[3]

Para o dicionarista jurídico Plácido e Silva[4], o Tribunal de Contas

[3] COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro.** Coordenador: FREITAS, Ney José de. Tribunais de Contas: Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 152.

[4] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

> é o órgão que, como representante do povo, é colocado na Administração Pública, a fim de coordenar e fiscalizar os negócios da Fazenda Publica, acompanhando a execução da lei orçamentária e julgando as contas dos responsáveis por dinheiro, ou bens públicos. Precisamente, porque se ressalta nele o poder de tomar contas dos encarregados da gestão financeira do país, e particularmente individualizado pela expressão de Contas.

Sob o pálio do direito administrativo, Hely Lopes Meirelles aduz que no controle externo da administração financeira, orçamentária e gestão fiscal é que se inserem as principais atribuições dos Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais são órgãos funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria de agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições.[5]

De seu lado, o constitucionalista Alexandre de Moraes[6] aduz que

> O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar do Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização [...] sendo integrado por nove ministros que exercerão suas atribuições em todo o território nacional, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do STJ, sendo, portanto, vitalícios, inamovíveis e tendo em seus subsídios a garantia da irredutibilidade, aplicando-se-lhes quanto à aposentadoria e pensão, nos termos da Emenda Constitucional n. 20/98, as normas constantes do art. 40 da Constituição Federal. Observe-se, por fim, que o Tribunal de Contas, **conforme entendimento sumulado[7] pelo STF, pode no exercício de suas atribuições apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público**. (grifo nosso).

Expressando pensamento divergente em relação a outros doutrinadores que entendem ser o Tribunal de Contas mero órgão auxiliar do Legislativo no exercício do controle externo, a administrativista Odete Medauar rechaça que a Corte de Contas seja auxiliar do Legislativo em sua função fiscalizadora, ao sustentar que

> a Constituição Federal, em artigo algum utiliza a expressão "órgão auxiliar"; dispõe que o Controle Externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização.
>
> Se a função é de atuar em auxílio ao legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição é de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.[8]

Não se olvide que outras definições são encontradiças na doutrina nacional, contudo, no

---

[5] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 699.

[6] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 1180/1181.

[7] **SÚMULA Nº 347 - STF - DE 13/12/1963 - Enunciado: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público"**. Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.

[8] MEDAUAR. Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 1993, p. 140.

que basta ao estrito propósito deste artigo, é certo que as características constantes na CF/88 devem ser consideradas para a definição do Tribunal de Contas, pois a teor da Carta Política brasileira, é possível constatar com clareza vítrea, que se trata de um órgão independente, instituído constitucionalmente para exercer a fiscalização financeira e patrimonial, prévia, concomitante e posterior, de todos os órgãos públicos da administração direta, indireta, autárquica e fundacional, de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

1.2 Competência dos Tribunais de Contas

A competência dos Tribunais de Contas brasileiros encontra-se expressamente contemplada ao longo das disposições contidas nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal de 1988, onde está realçada a missão constitucional de controle das contas públicas e a fiscalização e acompanhamento da execução do orçamento.

Desta sorte, merece registro especial o fato de os artigos 70 *usque* 75 da Constituição da República Federativa de 1988, de modo sistematizado e pormenorizado, tratar como sendo da competência do Tribunal de Contas - seja ele da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, e por decorrência, de todos os outros entes estatais dos Poderes e da Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional, no tocante à legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação de todos os recursos do erário.

1.3 Natureza Jurídica e Jurisdição dos Tribunais de Contas

No Brasil, não é tarefa fácil entender a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, uma vez que a própria Constituição Federal ao estabelecer a sua competência lhe atribui funções judicantes especializadas e ao mesmo tempo administrativas, no que se refere ao controle das contas públicas dos três Poderes da República e dos Órgãos estatais. Daí demandar do interprete jurídico enorme esforço hermenêutico diante da dificuldade de situar com exatidão se o Tribunal de Contas pertence a esse ou aquele Poder.

Assim, com o desiderato de delinear a natureza jurídica do Tribunal de Contas, ou seja, afirmar com alguma certeza o que significa a Corte de Contas no ordenamento brasileiro, relevante verificar, antes, qual a natureza jurídica dos atos expedidos pelo mesmo, principalmente

no exercício de sua competência no tocante à sua atividade-fim, consoante às disposições constitucionais aplicáveis à espécie.

No que se refere ao Tribunal de Contas da União, e que por decorrência e simetria aplica-se às demais Cortes de Contas no âmbito Distrital, Estadual e Municipal, encontram-se inseridas na Constituição Federal de 1988 as expressões: "jurisdição", "julga" e "judicatura", de modo específico nos artigos 71, inciso II, e 73, *caput* e seu § 4º, todos da Carta Política brasileira.

Daí pode-se, apressadamente, concluir que se trata de um órgão judicante, uma vez que possui jurisdição em todo o território nacional, julga contas públicas prestadas pelos administradores, exercendo, portanto, funções de judicatura. Entretanto, o Brasil adotou a jurisdição única, conforme a CF/88, no artigo 5º, inciso XXV, dispondo que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O principal argumento da corrente doutrinária que defende o exercício da função jurisdicional dos Tribunais de Contas se dá pelo fato de que a própria Constituição Federal de 1988 utiliza o termo técnico "julgar", o que conferiria uma parcela jurisdicional aos Tribunais de Contas, retirada da própria competência do Poder Judiciário.

Num contexto que remonta às constituições pretéritas, asseveram os doutrinadores Victor Nunes Leal e Seabra Fagundes que a própria Norma Fundamental promoveu essa exceção quando conferiu às Cortes de Contas a competência para julgar as contas dos administradores públicos, e mesmo reconhecendo que os Tribunais de Contas não integram o Poder Judiciário, estes possuem funções judicantes típicas dos magistrados, exatamente por julgarem essas contas.[9]

Nesta esteira, Seabra Fagundes[10], ao propugnar esta tese, esclarece que: "a função judicante não decorre do emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a irregularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo."

Com efeito, para essa corrente minoritária, a função judicante se dá exatamente quando o Tribunal de Contas julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo as fundações e as

[9] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 152.

[10] FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 163.

sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, tal qual se acha prescrito no texto constitucional de 1988.

Vale frisar que, em virtude do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, ao prescrever a jurisdição una, as decisões dos Tribunais de Contas podem ser submetidas ao crivo judicial, porém dentro de certos limites constantes na Carta Constitucional, pois o Poder Judiciário não pode substituir as Cortes de Contas na sua competência e jurisdição constitucionais e nem julgar contas dos administradores públicos, sob pena de usurpação de funções constitucionalmente definidas pelo legislador constituinte originário.

Para exigir o adimplemento das multas por si aplicadas, o Tribunal de Contas, por exemplo, não tem o poder para executar suas próprias decisões, o que decorre de não possuir poder de coerção, o que ocorre em razão da jurisdição uma, pois só o Judiciário poderá conhecer do processo de execução do crédito fazendário.

Em consequência, após o exercício de sua competência, interessante indagar, nesse contexto, em que se analisa a atuação da instituição de contas em sua atividade jurisdicional, que demanda certamente esforço de argumentação jurídica na fundamentação de seus acórdãos, qual seria o limite para a reversibilidade das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Poder Judiciário?

Nesse passo, por ser considerado órgão administrativo e, por esta forma, sua decisão ser eminentemente administrativa, sem poder coercitivo e sem o efeito da coisa julgada, o Poder Judiciário pode apreciar os atos, mas, está adstrito a atender ao que se aplica à revisão dos atos administrativos em geral, isto é, deve limitar-se à verificação da legalidade da decisão, sem alcançar a avaliação do poder discricionário do julgador aferido no *decisum*, ficando restrito à legalidade, pois senão, certamente estaria invadindo a expressa competência constitucional dos Tribunais de Contas para proferir decisões jurisdicionais especializadas.

Verifica-se, pois, indubitavelmente, que o ordenamento brasileiro adota expressamente o sistema da jurisdição una, ante o monopólio da tutela jurisdicional do Poder Judiciário em sua função precípua, o que permite concluir que as decisões administrativas dos Tribunais de Contas, mesmo especializadas, estão sujeitas ao controle jurisdicional, exatamente por se tratar de atos administrativos.

A propósito, a doutrina majoritária e a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores brasileiros, como se vê na sequência desse articulado, conferem natureza administrativa (e não judicial) às decisões dos Tribunais de Contas, exatamente com fulcro no regramento disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Dentre alguns expoentes desta corrente doutrinária, destaca-se o administrativista José Cretella Júnior[11] quando afirma categoricamente que "a Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa".

Comunga do mesmo entendimento o constitucionalista José Afonso da Silva[12], quando sustenta que as funções das Cortes de Contas são meramente administrativas, aduzindo que

> O Tribunal de Contas é um órgão técnico, não jurisdicional. Julgar contas ou da legalidade dos atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico [...]. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais.

Filia-se a esse entendimento a administrativista Odete Medauar[13] ao afirmar que nenhuma das atribuições dos Tribunais de Contas caracteriza-se como jurisdicional.

Do mesmo modo, o administrativista Oswaldo Aranha Bandeira de Melo afiança que

> O Tribunal de Contas julga as contas, ou melhor, aprecia a sua prestação em face de elementos administrativo-contábeis, e, igualmente, a legalidade dos contratos feitos, bem como das aposentadorias e pensões. A Justiça Comum julga os agentes públicos ordenadores de despesas e os seus pagadores. E ao julgar os atos destes, sob o aspecto do ilícito penal ou civil, há de apreciar, também, os fatos que se pretendam geraram esses ilícitos. Repita-se, a função jurisdicional é de dizer o direito em face dos fatos. Jamais de apreciar fatos simplesmente. Mesmo se aceitasse como definitiva esta apreciação, não corresponderia a uma função de julgar. [14]

Nesse sentido, oportuno registrar o posicionamento do professor Arruda Alvim[15] no tocante à análise do mérito da prática do ato administrativo pelo Poder Judiciário, ao lecionar que

> o Judiciário não pode adentrar aquele juízo, aquela esfera de liberdade típica e própria do Administrador, e, desde que este juízo tenha sido realizado dentro do espectro possível do exercício

[11] CRETELLA JÚNIOR, José. **Natureza das Decisões do Tribunal de Contas**. Revista dos Tribunais. a. 77, v. 631, maio 1988, p. 23.

[12] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 112.

[13] MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 142.

[14] MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 81, v. 685, p. 7-14, nov. 1992.

[15] ALVIM, Arruda. **Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos**. São Paulo: RT, 2000, v. 99, p. 152.

> dessa liberdade, vale dizer, desde que exercida esta liberdade, pelo Administrador, dentro do âmbito da lei, não há a possibilidade de alteração do ato.

Em consequência, verifica-se, pois, que o Estado-juiz, ao julgar o caso concreto que lhe é submetido, jamais poderá sobrepor-se ao mérito de conveniência e oportunidade que é próprio da natureza das decisões emanadas dos Tribunais de Contas quando analisam as contas prestadas pelo gestor, uma vez que as Cortes de Contas exercem atribuições autônomas que decorrem do mandamento constitucional, sob pena de restar enfraquecido e nulificado o órgão controlador em suas relevantes atribuições no controle do gasto público, e admitir-se a invasão de competência constitucional que lhe é atribuída de modo exclusivo, independente, e especializado, neste ponto.

Constata-se que o próprio Judiciário, em arrimo a esse entendimento doutrinário, por meio de seu excelso órgão hierárquico, o STF - Supremo Tribunal Federal, já se manifestou sobre os estreitos limites do poder de revisão das decisões emanadas das Cortes de Contas pelo Poder Judiciário, no tocante ao julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, vaticinando que a competência é exclusiva dos Tribunais de Contas, "salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade.[16]

Do mesmo modo, pronunciou-se o STJ – Superior Tribunal de Justiça: "O Tribunal de Contas da União, quando da tomada de contas dos responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta."[17]

Também, quando julgou matéria pertinente à rescisão das decisões da Corte de Contas pelo controle judicial, assim decidiu o STJ: "É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas."[18]

Tal posicionamento permite concluir extreme de dúvida que, à luz do ordenamento constitucional, em observância ao disposto no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que a jurisdição dos Tribunais de Contas não é de natureza judicial, porém, é uma jurisdição administrativa especializada, sendo forçoso constatar que só será possível rescindir suas decisões,

[16] **STF, RE-55.821**, **RTJ 43/151.** http//*www.stf.jus.br/portal/processo/verProcesso...tipoApp. Acesso em 22.10.2015.*

[17] **STJ**, **MS-6960, DJ 27.08.59**. http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/cursos. Acesso em 22.10.2015.

[18] **STJ, Recurso Especial 8970/SP** – 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Diário da Justiça, 09.03.93, p. 2533.

se nelas forem constatadas irregularidades formais ou ilegalidades manifestas, ao revés, meritoriamente devem permanecerem incólumes e inelutáveis, em respeito à supremacia constitucional.

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA NAS CONCEPÇÕES JUSFILOSÓFICAS DE MANUEL ATIENZA

Como se constata, o capítulo precedente tratou da competência e da jurisdição dos Tribunais de Contas. Neste capítulo, contextualizando a matéria, necessário aludir, *primus*, à argumentação jurídica, o que se faz precipuamente utilizando o método dedutivo, tendo como base as concepções jusfilosóficas de Manuel Atienza[19], sem dúvida um dos mais destacados teóricos contemporâneos da argumentação jurídica, na obra de sua lavra intitulada "As Razões do Direito", na qual sustenta a sua teoria a respeito da matéria e; *secundus,* à teoria pós-positivista, com base em alguns de seus principais expoentes.

Antes, porém, impende registrar que do léxico[20], a 'argumentação' é o substantivo feminino de origem latina, que provém de *argumentatio,* e significa o ato de apresentar ideias ou formular conceitos em defesa de um objetivo. Por decorrência, 'argumento', derivado de *argumentum,* no sentido filosófico, que quer dizer razão, prova, demonstração, dado, ou tudo o que for empregado com o fim de persuadir. Dai, na concepção hermenêutica, 'argumento jurídico' exprime o raciocínio pelo qual se tira uma consequência ou dedução, fundamentada na opinião corrente ou no senso comum.

A argumentação jurídica, portanto, cientificamente tratando, está umbilicalmente ligada à ideia da persuasão racional que se emprega no mundo jurídico. Logo, na concepção que aqui se pretende, busca-se identificar as razões jurídicas que servem de justificativas para a decisão de natureza administrativa prolatada pelo Tribunal de Contas, tomando como referência as concepções jusfilosóficas expendidas pelo doutrinador espanhol Manuel Atienza[21] no bojo de sua teorização argumentativa.

---

[19] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

[20] SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.pp. 65/66.

[21] O autor, Catedrático de Direito, é professor na Faculdade de Direito da Universidade de Alicanrte, na Universidade Pompeu Fabra, Barcelona; no Centro de Estudos Constitucionais, Madri; e no Instituto Tecnológico do México.

Atienza preleciona que a argumentação jurídica ocorre em três campos distintos, quais sejam: o primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, onde se verificam as fases pré-legislativas e legislativas. A fase pré-legislativa tem um caráter mais político e moral, e menos técnico-jurídico, pois ocorrem como consequência de um problema social que demanda, *a priori*, uma medida legislativa. De seu lado, a fase legislativa, que ocorre no parlamento, são mais técnico-jurídicas, posto caracterizadas pelos debates ou discussões do projeto de lei que observam um procedimento legislativo estabelecido regimentalmente.[22]

O segundo campo, conforme o autor, demanda a argumentação jurídica, pois é onde as normas jurídicas são aplicadas com o fim de solucionar os casos concretos, cuja atividade pode ocorrer judicial (quando a decisão é proferida pelo Judiciário) ou administrativamente (quando a decisão for proferida por órgãos administrativos), que compreendem argumentações fáticas ou jurídicas.[23]

O terceiro campo, sob o pálio de Atienza, em que se verificam argumentos jurídicos é o âmbito da dogmática jurídica, tratando-se, pois, de uma argumentativa complexa, que tecnicamente compreende funções tripartidas, quais sejam: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; e 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico. Possuem, como se vê, similitudes com a atividade dos órgãos aplicadores, uma vez que buscam argumentos para decidir, em sentido *lato*, a aplicação da norma num determinado caso.

O que diferencia os dois processos, é o fato de que enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver casos concretos (condenar o responsável a pagar uma multa ao erário, por exemplo), o dogmático do direito se ocupa de casos abstratos, como *v. g.*, determinar quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual dos dois deve prevalecer quando há conflito entre eles.[24]

---

[22] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 2.

[23] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 2.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 2.

[24] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pp. 3/4.

O mestre Atienza preleciona que essa distinção entre encontrar a solução para o caso concreto e para o caso abstrato, não pode ser feita de modo taxativo, quando vaticina:

> Por um lado porque o praticante precisa recorrer a critérios fornecidos pela dogmática, pelo menos quando enfrenta casos difíceis (por ex., para dotar uma decisão fundamentada na primeira questão proposta, antes seria necessário responder, antecipadamente, à segunda), e ao mesmo tempo a dogmática se apoia também em casos concretos. Por outro lado, pode ocorrer de os tribunais (ou certo tipo de tribunais) terem de resolver casos abstratos, isto é, suas decisões podem não consistir simplesmente em condenar X a pagar certa quantidade de dinheiro ou em absolver Y de determinado delito, mas também em declarar que determinada lei é inconstitucional, que um regulamento é ilegal ou que determinada norma deve ser interpretada em determinado sentido; além disso, alguns tribunais, ao decidirem um a sua decisão caso concreto, criam jurisprudência, o que significa que a regra em que baseiam a sua decisão – e que se expressa na *ratio decidendi* da sentença – tem um caráter geral e abstrato, e consequentemente, vale para os casos futuros.[25]

Decorre daí, a importância da obra de Atienza ao entendimento evolutivo da argumentação jurídica, o que culturalmente se revela útil a todos os que na prática de seu ofício ou na perscrutação da dogmática, se utilizam do conhecimento jurídico, no tocante à interpretação e aplicação das normas. Após discorrer, desde à Antiguidade, sobre as concepções silológicas/dialéticas de Aristóteles e tópicas/retóricas de Cícero, como precursoras importantes para a argumentação jurídica, o autor aborda as concepções – inferidas na década de 1950 – citando os seguintes precursores e suas obras respectivas: a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica informal de Toulmin, para em seguida, registrar as concepções de MacCormick e de Alexy, que para Atienza configuram o que se pode chamar de teoria padrão (atual) da argumentação jurídica.[26]

Trata ainda Atienza[27] sobre a tríplice função da argumentação jurídica, ou por outras palavras, para que serve esta teoria àqueles que militam profissionalmente na resolução de controvérsias jurídicas. A primeira teoria abordada pelo autor é a de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica, e a terceira é por ele denominada política ou moral.

---

[25] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 4/5.

[26] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Conteúdo encontrado ao longo dos capítulos 2, 3, 4, 5 e 6.

[27] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pp. 269-273.

No tocante à primeira função (teórica ou cognoscitiva), o autor esclarece que a teoria da argumentação jurídica pode e deve contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas jurídicas ou não, que deve ir além do sistema de normas (mundo do dever-ser), alargando a sua concepção para uma teoria da sociedade (mundo do ser), não olvidando os conhecimentos científicos da lógica, da filosofia, da linguística, da psicologia cognitiva, dentre outros saberes, difundindo-se os argumentos jurídicos exogenamente a outras culturas não-jurídicas, posto não existir linguagem essencialmente pura, destituídas de influências outras, seja na concepção filológica, sintática, semântica ou pragmática.

Quanto à segunda função (prática ou técnica) o autor esposa entendimento que esta deve ser capaz o bastante para oferecer uma orientação útil às tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito, na solução das controvérsias que ocorrem no mundo fenomênico, seja de modo concreto ou abstrato. Infere, portanto que a argumentação jurídica deve fornecer ao hermeneuta ao aplicar a norma os métodos e os critérios para o cumprimento dessa tarefa instrumental, o que pode ocorrer dentro dos sistemas jurídicos especializados (constitucional, financeiro, administrativo, tributário, *et al*), ou mesmo dentro de microssistemas compreendidos dentre desses sistemas. Enfim, deve ser útil tanto aos práticos do Direito quanto aos cultores da dogmática jurídica, e isso, segundo Atienza, deveria ser feito desde os bancos escolares cujo sistema ensino/aprendizagem deve ir além dos meros conteúdos do Direito positivo, contemplando, destarte, o espargimento da cultura do pensamento e do raciocínio jurídico.

Ademais, na esteira do pensamento de Atienza, no pertinente à função política ou moral, esta tem a ver com o tipo de ideologia jurídica que está na base de uma determinada argumentação, pois não há argumentação que não esteja embasada em alguma ideologia. Há que se saber, segundo Atienza, a partir das concepções de MacCormick, Alexy ou Dworkin (das quais também ora concorda e ora dissente), se no ordenamento existe uma única resposta correta ou pelo menos uma resposta correta para a decisão da controvérsia, e que em qualquer hipótese é possível fazer justiça de acordo com o Direito posto. Propugna o autor, que a teoria da argumentação jurídica deve se comprometer com uma ideologia política e moral mais crítica em relação ao Direito dos Estados democráticos, pois quem tem que solucionar um problema jurídico, não parte necessariamente da premissa de que o sistema jurídico oferece uma solução política e moralmente correta desse problema, pois outra solução a que se chega pode não ser aquela

apontada pelo Direito positivo.[28]

Ao inferir que a teoria padrão da argumentação jurídica no bojo da hermenêutica, parte da distinção entre casos fáceis (quando o ordenamento jurídico oferece uma resposta correta que não demanda discussões), e casos difíceis de resolver (que possibilitam mais de uma resposta dentro da margem permitida pelo Direito positivo), Atienza inclui nessa proposição uma categoria nova a que ele denomina "casos trágicos", definido como aquele para o qual não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. E finaliza o mestre, que "a adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema"[29], sendo, necessário, portanto, romper com os arquétipos meramente positivistas que obstam ao intérprete jurídico a possibilidade de contemplar uma solução constitucional efetiva, além da superficialidade dos teóricos que rejeitam a função das ideologias no mundo jurídico.

No nosso pensamento há que ser encontrada uma resposta ao dilema, como procedeu, em 1803, o juiz John Marshall[30], da Suprema Corte americana, no emblemático caso Marbury *vs.* Madison, quando aborda o controle de constitucionalidade difuso e proclama de modo inequívoco a supremacia hierárquica entre as normas constitucionais e as demais, o que tanto influenciou, em solo pátrio, o jurista brasileiro Rui Barbosa, que defendia a Constituição como produto da vontade geral.

Impõe-se, destarte, a utilização do critério do bom senso, evitando-se, desse modo, que situações dessa natureza ressintam da tutela jurisdicional, devendo o aplicador da norma ter a virtude que no legislador não havia, como ensina Rui Barbosa, patrono das Cortes de Contas brasileiras, na sua "Oração aos moços". [31]

---

[28] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. pp. 134 e166. O autor registra que "a argumentação prática, em geral, e a argumentação jurídica, em particular, cumprem para MacCormick, essencialmente, uma função de justificação. Esta função justificadora está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados [...]. Assim justificar uma decisão jurídica quer dizer dar razões que mostrem que as decisões em questão garantem 'a justiça de acordo com o Direito'.

[29] **Dilema** é substantivo masculino (**Fil**.) que significa o raciocínio que parte de premissas contraditórias e mutuamente excludentes, mas que paradoxalmente terminam por fundamentar uma mesma conclusão

[30] Consta do relatório do juiz **John Marshall**: "Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é a lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável".

[31] BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 36. No discurso, na qualidade de

2.1. Teoria Pós-Positivista

Necessário antes de se tratar da teoria Pós-positivista, mesmo que seja em síntese apertada, abordar a teoria positivista ou o positivismo que a precedeu. Sem nos determos a pormenores desnecessários ao escopo deste trabalho, impende registrar que em 1830 surge o movimento denominado "positivismo", na Escola do socialismo utópico de Saint Simon (1760-1825), proclamando a importância dos métodos experimentais (a palavra deriva do latim *positum* que significa firmado, situado, observado, experimentado) e advertindo para as limitações da filosofia racionalista, cujo expoente maior foi o sociólogo Augusto Comte[32], logo disseminado por toda a Europa, principalmente na Alemanha (na sua concepção jurídica - pós Código Napoleônico), e depois para o mundo (influência na adoção do lema: "Ordem e Progresso" do estandarte brasileiro), com abrangência em diversas áreas da cultura e do saber. No mundo jurídico, pertencente ao Círculo de Viena, o jusfilósofo Hans Kelsen[33] é o seu maior expoente, estabelecendo o sistema escalonado de normas (princípio da hierarquia, como reflexo da supremacia da constituição na ordem jurídica).

Pós-positivismo, também denominado "neoconstitucionalismo", "constitucionalismo pós-positivista", "constitucionalismo neopositivo", "moralismo" ou "constitucionalismo contemporâneo", é uma nova teoria do Direito Constitucional, que segundo seus teóricos teria nascido na Europa a partir da Segunda Guerra Mundial, coincidindo com o surgimento do Estado Constitucional Social, não havendo, de fato, como precisar com certeza induvidosa a sua origem. Para seus defensores, em linhas gerais, apresenta as seguintes características, consoante aponta Bulos: 1) equivale a uma nova teoria do Direito Constitucional; 2) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita constitucional, passando para o campo constitucional; 3) inaugura um novo período de hermenêutica constitucional; 4) reflete a pujança da força normativa da Constituição; 5) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; 6) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; 7) inaugura um novo modelo de

---

paraninfo, dirigido aos formandos do Curso de Direito do Largo de São Francisco, ensina o jurista pátrio, com singular maestria: "Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)."

[32] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

[33] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1979. P. 310.

Estado de Direito; e 8) reúne novos valores que se pronunciam vigorosamente.[34]

O constitucionalista pátrio Lammêgo Bulos, após registrar que segundo seus teóricos o vocábulo neoconstitucionalismo comporta um quinteto de acepções terminológicas, como sendo: *Primus,* paradigma axiológico de constituição normativa (Constituição invasora sobre as demais normas); *Secundus,* modelo de Estado de Direito, implantado com base em determinada fórmula de organização política (Constituição garantista); *Tertius*, conjunto de ideias extraídas de uma nova Teoria do Direito (mais respeito aos princípios, em vez de normas, mais ponderação do que subsunção, ativismo judiciário e mais valores no lugar de dogmas); *Quartus*, ponto de confluência entre o jusnaturalismo e o realismo jurídico (normas jurídicas dotadas de valores de ordem moral); e, *Quintus*, como marco histórico, filosófico e teórico (supervalorização do componente de ordem moral). Entretanto, tecendo críticas à terminologia empregada pelos seus defensores e à sua caracterização teórica, ressonando outras vozes reveses, assevera: "Para nós, nenhuma dessas características tomadas de per si, pertence ao *neoconstitucionalismo,* porque todas elas fazem parte da evolução do constitucionalismo contemporâneo, algo que independe de rótulos, nomes, expressões ou terminologias para existir."[35]

Na concepção de Atienza o pós-positivismo trata-se de um fenômeno que contempla uma perspectiva atual à contraposição clássica entre positivismo e jusnaturalismo, sendo, portanto, a tendência a não se falar nem de positivismo nem de jusnaturalismo, ou seja, não há que se adotar a posição positivista em sentindo estrito, ao estilo de Kelsen. Aduz da necessidade de agregar qualitativos ao vocábulo "positivismo", decorrendo daí a existência de positivistas inclusivos e excludentes, positivistas axiológicos, positivistas críticos, neopositivistas ou pós-positivistas. E, do lado do direito natural, ensina Atienza, que há uma certa tendência a se evitar a utilização da nomenclatura, estando seus defensores tradicionais conscientes da inconveniência do uso do termo "Direito Natural", e por conseguinte, procuram evitá-lo usando outros termos como o de "Hermenêutica jurídica".

Na sequência, Atienza diz acreditar que tais mudanças terminológicas são sintomas de uma mudança verdadeiramente de fundo, apontando para o fato de que do mesmo modo que o tempo histórico do Direito Natural se concluiu há muito tempo com o fenômeno da positivação do Direito, o positivismo jurídico (mais recentemente) concluiu também o seu ciclo, diante da

[34] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

[35] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

constitucionalização de nossos direitos, resulta daí acreditar o autor que a teoria pós-positivista lhe parece uma denominação preferível às outras, porque surge a ideia de um processo e de uma fase historicamente posterior à do positivismo. Registra, ainda, que os defensores desta teoria, nos últimos tempos, estão utilizando a expressão "constitucionalismo" ou "paradigma constitucionalista".[36] Nesta esteira, infere que:

> não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende se sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais.

Dentre outras ponderações sobre a teoria pós-positivista, mas sempre destacando o importante papel que o movimento teórico atribui à Constituição e à sua defesa em face de normas que a violem, e ao controle da constitucionalidade das leis por órgão jurisdicional que deve decidir conforme as normas constitucionais, fazendo prevalecer sua supremacia sobre todas as demais, e garantindo na aplicação das normas a sua superioridade ou prevalência enquanto norma fundamental do Estado, infere Atienza:

> Com efeito, positivismo é o movimento (chamado assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis. Prefiro esta última expressão, não porque a de "positivismo jurídico" me pareça confusa (o é, mas se poderia procurar esclarecê-la), senão porque me parece que para ir mais além do positivismo jurídico se necessita tomar em consideração também outras tradições não-positivistas ou antipositivistas e isto não fica refletido com o rótulo de "pós-positivismo".[37]

Dessa forma, referindo-se ao denominado "paradigma constitucionalista", Manuel Atienza assegura que o neoconstitucionalismo propiciou o surgimento de uma nova concepção do Direito formada por tendências e coincidências comuns encontradiças nas concepções esposadas por autores como Ronad Dworkin, Neil MacComick, Josef Raz, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino, mesmo registrando os dissensos entre as teses defendidas.[38]

Na concepção de Atienza[39], Luigi Ferrajoli é um dos maiores jusfilósofos das últimas décadas, contribuindo de maneira decisiva para o modo de pensar e operar o direito, sendo provavelmente o jurista teórico mais influente dos países de cultura latina, o que se deve pelo

[36] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 19.

[37] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 19.

[38] ATIENZA, Manuel. **El sentido do Derecho**. Barcelona: Ariel, 2004. p. 309.

[39] http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/2_ATIENZA.pdf. Acesso dia 20/11/2015.

rigor intelectual e pelas implicações práticas de suas proposições. Para o propósito deste trabalho, importante registrar que Ferrajoli[40], numa concepção juspositivistas do constitucionalismo que denomina "garantista", traça a diferença entre o constitucionalismo garantista e o neo-constitucionalismo principialista. Para a construção do constitucionalismo garantista proclama a necessidade de abandonar totalmente o paradigma paleo-positivista, em reconhecimento à Constituição como uma norma suprema que condiciona todas as infraconstitucionais, impondo ao intérprete a análise do caso segundo a Constituição. Afirma que diante da rigidez constitucional, a lei muda a sua natureza, não só condicionando o intérprete da norma como se fosse um produto do legislador, mas também considerando como a projeção legal da própria lei e, assim, limita até mesmo o campo de ação do legislador, que só pode legislar se não houver impedimento imposto na própria Constituição. Conclama a chamar este novo direito como "modelo", "sistema" ou "paradigma garantista", em oposição ao do Estado pré-constitucional paleopositivista liberal. Sustenta que este modelo já não se limita apenas à produção de programas e métodos de regras processuais relativas à elaboração das leis, mas também contém princípios normativos de igualdade e de justiça, contemplando a paz social, pautado na proteção e na tutela dos direitos fundamentais insculpidos nas Constituições. Enfim, um direito que busca sua origem e sua validade na Constituição.

Nesse diapasão, Ricardo Guastini[41] faz distinção entre a "interpretação conforme as leis", e desta com a "interpretação conforme a Constituição". Segundo ele esta interpretação ocorre quando há colidência entre as disposições de uma lei infraconstitucional e o texto constitucional, daí o juiz, no caso concreto, deve buscar a solução de um modo mais sistematizado e completo, buscando cumprir algum mandamento constitucional aplicável ao caso. Preleciona ainda que esta interpretação conforme a lei, ao se deparar o juiz com uma lei que vulnera o texto constitucional, deve negar-lhe eficácia, e optar desde já pela lei que não viola a Constituição, uma vez tratar-se, quando da interpretação da norma e sua aplicação efetiva no caso concreto, de eficiente mecanismo de auxílio à concretização dos preceitos e princípios enunciados expressamente no sistema constitucional.

[40] FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentais**. Democracia y Garantismo. Tradução de Perfecto A. Ibáñes, et al. Madrid: Trotta, 2008. pp. 30/31.

[41] GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. *In:* CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p.p.160/163.

Alude Gregório Peces-Barba[42] que a moralidade foi incorporada ao direito positivo, não por uma concepção de ordem histórica, mas por uma imposição de ordem moral crítica, em resposta às reivindicações conduzida pelos cidadãos na utilização de seu direito cívico de votar, bem como pelas organizações sociais, inclusive com a participação da imprensa, numa concepção filosófica que reflete a evolução dos direitos humanos. Assevera ainda o autor que a incorporação da moral ao direito positivo também ocorre por meio das decisões dos juízes ao interpretar e aplicar os direitos humanos. Afirma ainda que o Tribunal Constitucional pode compreender na aplicação das normas, no âmago das dimensões sistemáticas, os direitos fundamentais e escolher reivindicações morais, visando à solução de um caso concreto para a efetivação dos direitos fundamentais.

Merece registro, igualmente, a concepção externada pelo constitucionalista Gerardo Pisarello[43], ao ressaltar que os direitos sociais se apresentam como expectativas jungidas à satisfação das necessidades básicas das pessoas, quanto ao trabalho, habitação, alimentação, saúde e educação. Leciona que tanto para o poder público quanto para os particulares, o reconhecimento e a satisfação destas expectativas nas constituições e nos tratados internacionais, resultam em obrigações positivas e negativas. Anota que ao levar em consideração que os bens juridicamente tutelados como direitos sociais estão ligados à sobrevivência e condições materiais que possibilitam o exercício efetivo da liberdade e da autonomia, a reivindicação desses direitos sociais passa a ser de interesse de todas as pessoas, e não só de um indivíduo, o que leva ao entendimento de que os direitos civis pautados na igualdade e os direitos políticos pautados na liberdade, também sejam de algum modo, direitos sociais.

Nesse contexto, Pisarello analisa a satisfação desses direitos naquilo que denomina de "zonas privilegiadas", quando trata da assimetria existente entre a concretização dos direitos sociais dentro dos próprios países, e da evidência de disparidades socioeconômicas regionais, e das diferenças sociais e econômicas existentes entre as zonas centrais e as zonas periféricas das regiões metropolitanas, no bojo do federalismo assimétrico, onde a miséria e a opulência andam juntas, situação que impõe condições de vida sub-humanas às gerações presentes e compromete a sobrevivência das gerações futuras.

[42] PECES-BARBA, Gregório. **La diacronia del fundamento y del concepto de los Derechos: el tempo de la historia**. *In* Curso de Derechos Fundamentales: teoria general: Madri: Universidad Carlos III de Madri, 1995. p. 105.

[43] PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantias**: elementos para uma reconstrución. Madrid: Trotta, 2007. p. 11/12.

3. A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TEORIA PÓS-POSITIVISTA NOS JULGAMENTOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

O escopo precípuo deste trabalho é responder à seguinte indagação: é possível a aplicação da Teoria Pós-positivista nas decisões prolatadas pelos Tribunais de Contas brasileiros?

Nesse desiderato, a teor do já abordado alhures, com arrimo na Constituição Federal de 1988, pode se constatar que, sem dúvida, os Tribunais de Contas no Brasil, possuem *status* de norma fundamental, posto que, por vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)[44] de que tratam os teóricos alemães, foram aquinhoados com funções jurisdicionais indelegáveis, na sua atuação protetiva ao erário e à garantia da prestação eficiente, eficaz e efetiva, por seu turno, dotada de economicidade quanto aos serviços públicos disponíveis à população, permitindo que suas decisões avancem além da mera legalidade.

Não se pode olvidar que as Cortes de Contas brasileiras, decorrente desta "expressão da vontade do povo brasileiro", gozam de invejável capilaridade por todo o território nacional, eis que estão instituídas na União (TCU), nos 26 Estados (TCE's), no Distrito Federal (TCDF), nos Municípios de São Paulo (TCMSP) e no Município do Rio de Janeiro (TCMRJ), além dos Tribunais de Contas Municipais (TCM's) instalados nos Estados do Ceará, Pará, Goiás e Bahia, o que permite a efetivação do controle e fiscalização do erário no âmbito nacional, o que só é possível por meio de suas decisões, sejam elas singulares ou colegiadas, em atendimento aos ditames constitucionais aplicáveis à espécie.

Consoante se pode verificar no capítulo primeiro deste trabalho, quando aborda a competência e jurisdição constitucional dos Tribunais de Contas, na sua modelagem brasileira, a instituição possui natureza jurídica *sui generis,* e na sua missão operativa prática, exerce funções orgânicas, dentre as quais, destacam-se: as fiscalizadoras, consultivas, informativas, judicantes, sancionadoras, corretivas, normativas e de ouvidoria.

A função judicante, prevista especificamente no art. 71, inciso II, da CF/88, é exercida quando o Tribunal de Contas julga as contas dos gestores da administração direta, indireta, fundacional, autárquica e das sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, Distrital, Estadual e Municipal, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, conforme dispõe a CF/88, no Parágrafo

[44] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133.

único do artigo 70, ao determinar que todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais devem submeter suas contas a julgamento pelo Tribunal de Contas anualmente, sob a forma de tomada ou prestação de contas.

Em sua função sancionadora o Tribunal de Contas aplica sanções aos responsáveis pela prestação de contas ou em face daqueles que pratiquem atos de gestão, ao verificar a presença de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas, consoante dispõe o art. 71, inciso VII, da CF/88, sendo que os débitos e as multas aplicadas, inclusive, gozam de eficácia de título executivo, conforme dispõe o art. 71, § 3º da CF/88.

No exercício de sua função corretiva, a Corte de Contas pode, presentes os requisitos autorizadores do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, determinar cautelarmente, como medida tutelar de urgência, a sustação do ato impugnado, quando num caso concreto, verificar a existência de uma ilegalidade ou irregularidade no ato de gestão de qualquer órgão ou entidade pública, e uma vez tendo sido fixado prazo para cumprimento, se este não for observado, pode, *in casu,* utilizar-se de astreintes com o escopo de compelir o jurisdicionado renitente.

A função normativa decorre do poder regulamentar que é conferido ao Tribunal de Contas para a expedição de atos, súmulas e instruções normativas no referente às matérias de sua competência, e a respeito da organização dos processos que lhe devam ser submetidos, cujos regulamentos e determinações são de cumprimento obrigatório, sob pena de responsabilização do infrator que os descumprir.

Ainda, a função de ouvidoria reside na possibilidade do órgão de contas receber denúncias e representações relativas a irregularidades ou ilegalidades, que lhe sejam comunicadas, por escrito, verbalmente, ou por meio eletrônico, por responsáveis pelo controle interno. Essas denúncias também podem ser feitas por autoridades, por meio de representação, consoante dispõe o artigo 74, § 1º da CF/88, ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, no exercício do controle social previsto no artigo 74, § 2º da CF/88, sendo uma função muito importante ao aprimoramento da democracia e fortalecimento da cidadania atuante e responsável, no tocante à fiscalização, controle e transparência dos gastos públicos.[45]

Todas essas funções exemplificativas, uma vez que outras existem que foram omitidas em sede estrita deste articulado, são externalizadas por meio de decisões jurisdicionais de natureza

[45] http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/institucional_funcionamento. Acesso em 29.10.2015.

administrativa, como se tratou alhures, e por isso mesmo, interessam especialmente ao Direito, por demandarem, obviamente, no bojo da dialeticidade que o informa, exercício lógico-racional de argumentação jurídica para dotá-las da legitimidade necessária à sua fundamentação, consoante disposto no art. 93, IX e X, da CF/88, aplicada sistemicamente às Cortes de Contas por interpretação extensiva, uma vez que aos seus membros se aplicam todas as atribuições da judicatura (art. 73, §§ 3º e 4º da CF/88).

É forçoso constatar, que as decisões dos Tribunais de Contas, a exemplo do que ocorre com as decisões judiciais, caracterizam-se como declaratórias, constitutivas, mandamentais e condenatórias.

Declaratórias são aquelas destituídas de dispositivos de eficácia inovadora com relação à situação jurídica examinada ou da matéria de fato preexistente, pois apenas reconhecem ou atestam aquilo que restou comprovado no decorrer do processo, quando, por exemplo, declaram a legalidade ou da ilegalidade de ato administrativo praticado pelo jurisdicionado, a exemplo da aposentadoria, reforma ou pensão. Constitutivas, quando implica na inovação da situação fática, a exemplo da análise de um processo licitatório ou de um contrato que contenha vícios insanáveis ou irregularidades o suficientes para que sejam julgados ilegais, com a modulação de seus efeitos. Mandamentais são as decisões que contenham ordenanças ou determinações aos jurisdicionados para que façam ou deixem de fazer algo, dentro de prazo razoável, sob pena de, em caso de desobediência, suportarem as sanções legalmente previstas na legislação de regência, inclusive, com imposição de astreintes. Condenatórias são as decisões em que o Tribunal de Contas impõe um decreto condenatório ao agente público, à guisa do exemplo na prática de quando julga irregulares as contas, imputando ao jurisdicionado responsável tanto o ressarcimento ao erário do valor apurado do débito devidamente atualizado, quanto impondo a pena de multa pecuniária pela conduta ilegal.[46]

Ademais, por exigência constitucional (art. 5º, incisos LIV e LV), toda e qualquer decisão proferida em processo judicial ou administrativo deve curvar-se ao *due process of law* e seus corolários princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sob pena de afrontar a Constituição Federal.

No exercício de argumentação jurídica, impostas aos Tribunais de Contas e seus membros,

[46] GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo. RT. 1992. p. 199.

em decisões monocráticas ou colegiadas, não se pode dispensar saberes outros relevantes para a fundamentação dos julgados, a exemplo daqueles ínsitos às Ciências da Administração, Contábeis, Financeiras, Econômicas, Engenharia, mesmo porque a CF/88, no art. 73, inciso III, ao elencar os requisitos para a composição da corte, exige que seus membros possuam "notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública".

Mas, isso só não basta, como apregoa o neoconstitucionalismo, na esteira de Atienza, pois o julgador deve também possuir outros cabedais de conhecimentos (filosóficos, logísticos, sociológicos, éticos, morais etc) para que possa desempenhar a contento a importante função julgadora. Não basta apenas saber aplicar a lei ao caso concreto, proceder-se à mera subsunção da norma nos moldes tradicionais, pois ao aplicar deve, em cada caso (seja fácil, difícil ou dilemático), o hermeneuta fazer exercício argumentativo suficiente para fundamentar o deslinde do caso concreto, ou mesmo em casos abstratos ligados à dogmática jurídica (a exemplo do controle de constitucionalidade difuso atribuído às Cortes de Contas), sem permitir seja proferida decisão solipsista, contrária à vontade geral.[47]

Como nenhuma pessoa, e em especial nenhum julgador, está imune de prestar obediência às ordenanças prescritas na Constituição Federal e nas leis que a complementam e/ou regulamentam (em especial aqui no que interessa aos Tribunais de Contas no exercício de sua jurisdição: Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Transparência, Lei de Acesso à Informação, Lei 8.666/93, Lei 4.320/64), entendemos que as concepções neoconstitucionalistas, ao inferir que as normas constitucionais devem parametrizar tudo em qualquer julgamento, permite depreender, críticas e equivocidades à parte, da possibilidade de se aplicar as concepções externadas pela teoria pós-positivista às decisões proferidas pelas Cortes de Contas, em resposta à indagação feita no início deste capítulo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Forçoso constatar que a argumentação jurídica, cientificamente tratando, está umbilicalmente ligada à ideia da persuasão lógico-racional empregada na prática do Direito (na

[47] Vale registrar aqui a menção de **Rui Barbosa**, em sua oração aos moços, já referida alhures, quando no seu teor se refere ao debate eternizado por **Xenofonte**, que se deu entre **Alcebíades vs. Péricles** sobre a Lei. "**Que vem a ser a lei?** Indaga Alcebíades. **"A expressão da vontade do povo"**. Respondeu Péricles. A resposta de Péricles é, inclusive, utilizada tanto por neoconstitucionalistas quanto por aqueles teóricos que lhes opõem. Entretanto, todos concordam: a Constituição de um Estado decorre da "vontade democrática do povo".

solução de casos concretos) ou na dogmática jurídica (para estabelecer comando abstrato). A metodologia argumentativa na identificação das razões jurídicas que servem de justificativas para fundamentar a decisão de natureza administrativa prolatada pelo Tribunal de Contas, de que trata este artigo, inspirou-se nas concepções jusfilosóficas expendidas por Manuel Atienza.

Cumpre ressaltar que os Tribunais de Contas, na sua modelagem brasileira, é uma a instituição que possui natureza jurídica *sui generis,* e na sua missão operativa prática, exerce funções orgânicas jurisdicionais especializadas, originárias da própria Constituição Federal, dentre as quais, destacam-se: as fiscalizadoras, consultivas, informativas, judicantes, sancionadoras, corretivas, normativas e de ouvidoria.

Decorre, portanto, que as decisões dos Tribunais de Contas possuem as características da judicatura, sendo certo que devem estar pautadas pela cientificidade da argumentação jurídica, informada por princípios jurisdicionais como os da motivação, lealdade processual e livre convencimento regrado, sem que isso possa significar a admissão de comportamento arbitrário e solipsista do julgador especializado na busca da verdade substancial para a prolação do *decisum*, sendo mister esclarecer que não estão adstritos os julgadores de contas à mera legalidade, pois devem aferir em sua jurisdição a legitimidade e a economicidade, sendo, destarte, um procedimento onde se busca a Justiça, norteada num parâmetro maior, por óbvio, a Constituição Republicana.

À evidência, com arrimo nas disposições constitucionais, pode se constatar, que os Tribunais de Contas, no Brasil, possuem *status* de norma fundamental, posto que, por vontade da Constituição, foram aquinhoados com funções jurisdicionais especializadas e indelegáveis, na sua atuação protetiva ao erário e à garantia da prestação de serviço público à população, de modo eficiente, eficaz e efetivo, respeitante da economicidade, sendo legítimo inferir que suas decisões avancem além da mera legalidade e contenham um viés ético, moral e garantista, pois, decorre dos direitos sociais contemplados na Carta Política, expressão da vontade geral, originária e soberana do povo.

Não se pode olvidar que cabe aos Tribunais de Contas, por meio de suas decisões, no bojo da atividade financeira do Estado, em seu dever emanado constitucionalmente, responder aos anseios sociais, no sentido de zelar que o dinheiro público seja aplicado de modo responsável, probo, eficiente, eficaz e efetivo, seja por meio de investimentos ou na prestação de serviços públicos que atendam efetivamente às necessidades da população, de modo a proporcionar meios

necessários de subsistência, contemplando direitos sociais que estejam em consonância com a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe materialmente a Constituição da República Federativa do Brasil, em consonância, críticas à parte, com as concepções contemporâneas pós-positivistas já comprovadas pela evolução histórica e utilizada pelos Tribunais pátrios, o que ecoa, inexoravelmente, na atividade jurisdicional especializada das Cortes de Contas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVIM, Arruda. **Os limites existentes ao controle jurisdicional dos atos administrativos**. São Paulo: RT, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. **El sentido do Derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Brasília: Senado Federal, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas**: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. Coordenador: FREITAS, Ney José de. Tribunais de Contas: Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, **José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas**. Revista dos Tribunais. a. 77, v. 631, maio 1988.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentais**. Democracia y Garantismo. Tradução de Perfecto A. Ibáñes, et al. Madrid: Trotta, 2008.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime Jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo. RT. 1992.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. *In:* CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo (s).** 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/institucional_funcionamento. Acesso em 29.10.2015.

http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/2_ATIENZA.pdf. Acesso em 20/11/2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1979.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. a. 81, v. 685, p. 7-14, nov. 1992.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PECES-BARBA, Gregório. La diacronia del fundamento y del concepto de los Derechos: el tempo de la historia. *In* **Curso de Derechos Fundamentales**: teoria general: Madri: Universidad Carlos III de Madri, 1995. p. 105.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantias**: elementos para uma reconstrución. Madrid: Trotta, 2007. p. 11/12.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SÚMULA Nº 347 - STF - DE 13/12/1963 - Enunciado: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.

STF, **RE-55.821**, RTJ 43/151**.** http//*www.stf.jus.br/portal/processo/verProcesso...tipoApp. Acesso*

em 22.10.2015.

STJ, **MS-6960**, DJ 27.08.59. http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/cursos. Acesso em 22.10.2015.

STJ, **Recurso Especial 8970/SP** – 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Diário da Justiça, 09.03.93, p. 2533.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A SENTENÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

João Henrique Pickcius Celant[1]

Heloise Siqueira Garcia[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como tema principal a busca de uma análise da relação entre a Teoria da Argumentação e a sentença no Novo Código de Processo Civil, doravante Novo CPC, de modo a se verificar a aplicação daquela nesta.

A escolha do tema se deu a partir das discussões fomentadas na Escola de Altos Estudos CAPES intitulada "A Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo", através de projeto aprovado pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas – PPCJ da UNIVALI para a realização de estudos aprofundados sobre a temática juntamente com o Professor Manuel Atienza, da Universidade de Alicante, na Espanha. As aulas ocorreram no próprio programa no mês de agosto de 2015, tendo sido apresentadas em três módulos de temáticas diferenciadas: Direito e Argumentação; Como analisar e avaliar as argumentações; e Argumentação aplicada.

Nesse viés de estudo, este artigo terá como objetivo geral ANALISAR a relação entre a Teoria da Argumentação e a Sentença no Novo CPC, verificando a aplicação daquela a esta; e objetivos específicos COMPREENDER a Teoria da Argumentação Jurídica; VERIFICAR as inovações no Novo CPC quanto à sentença e os seus elementos essenciais; e ESTABELECER a relação entre a Argumentação Jurídica e a Sentença.

Portanto, como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: O que é a Argumentação Jurídica e quais suas teorias fundantes? Quais as inovações trazidas pelo Novo CPC no que concerne à sentença? Quais os elementos essenciais da sentença e os critérios de

[1] Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Público* pela Universidad de Caldas – Colômbia. Graduado em Direito pela UNIVALI. Advogado. Email: jcelant@gmail.com.

[2] Doutoranda do PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós graduanda em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Email: helo_sg@hotmail.com.

fundamentação estabelecidos pelo Novo CPC? Qual a relação entre a Teoria da Argumentação e a Sentença?

A principal hipótese da presente pesquisa consiste em que o art. 489 do Novo CPC foi ao encontro do preconizado pela Teoria da Argumentação Jurídica, garantindo uma verdadeira justificação da sentença, e não uma mera explicação da decisão.

Para tanto, o artigo foi dividido em duas partes: Teoria da Argumentação Jurídica e a Argumentação Jurídica na Sentença do Novo Código de Processo Civil.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano, e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Argumentação Jurídica e Estado de Direito são duas categorias indissociáveis. Onde há em uma dada comunidade um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa dada comunidade, a estrita observância dessas normas jurídicas por aqueles que detêm o poder do governo é de valor inestimável. Onde o Direito é estritamente observado, o Estado de Direito se estabelece. Entre os valores que ele assegura nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez os princípios que a acompanham: a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra transferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes. Isso porque uma sociedade que alcança esses ideais de certeza e segurança jurídica permite que seus cidadãos tenham vidas autônomas em circunstâncias de mútua confiança[3].

No Estado de Direito os cidadãos podem ter, antecipadamente, a razoável certeza a respeito das regras e padrões pelos quais suas condutas serão julgadas e sobre os requisitos que eles devem satisfazer para dar validade às suas transações. Eles podem ter razoável segurança em suas expectativas acerca das condutas das demais pessoas e, em particular, daquelas que detém posições de governo nos termos do Direito. Eles podem desafiar ações governamentais que afetem seus interesses exigindo bases jurídicas claras para a ação oficial, ou pleiteando a nulidade

[3] MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito:** Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 21-22.

de atos praticados em desacordo com o Direito por meio do controle desses atos por um Judiciário independente[4].

Isso é possível na medida em que exista um sistema jurídico composto principalmente por regras enunciadas de forma clara que operem na maioria das vezes apenas de maneira prospectiva, que sejam expressas em termos de categorias gerais e não por meio de comandos particulares dirigidos a indivíduos ou grupos separados para tratamento especial. Essas regras devem estabelecer exigências de condutas passíveis de serem atendidas de forma realista e devem formar no todo um padrão coerente e não um caos de exigências arbitrárias conflitantes[5].

Nicola Abbagnano[6] afirma que argumento "[...] é qualquer razão, prova, demonstração, indício, motivo capaz de captar o assentimento e de induzir à persuasão ou à convicção.". Manuel Atienza[7] define a prática argumentativa como "[...] uma atividade que consiste em dar razões a favor de ou contra uma determinada tese que se trata de defender ou de refutar.".

De acordo com Atienza[8] existem quatro perspectivas de análise do Direito, uma estrutural, uma sociológica, uma valorativa e, por fim, uma argumentativa[9]. Esta última consiste em ver o Direito como um intento, uma técnica para a solução de determinados problemas práticos. Esse enfoque consiste em uma visão instrumental, pragmática e dinâmica do Direito que pressupõe, utiliza e, de certo modo, dá sentido para as demais perspectivas.

A argumentação é uma atividade indissociável da prática jurídica. A sociedade possui a necessidade de dar uma resposta aos diversos conflitos que ocorrem na vida social, que não podem ser resolvidos pelos próprios indivíduos de maneira arbitrária e desornada. A vida em sociedade exige regras que harmonizem as condutas dos diversos indivíduos que a constituem.

Para lograr tal tarefa a sociedade utiliza o Direito. A primeira etapa da intervenção do Direito no conflito social é realizada pela instância legislativa, momento em que tendo sido identificado um problema social, cria-se uma norma para resolvê-lo. Papel que cabe, nas atuais democracias, aos representantes eleitos pelo povo.

---

[4] MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito:** Uma teoria da argumentação jurídica. p. 22.

[5] MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito:** Uma teoria da argumentação jurídica. p. 22.

[6] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 79.

[7] ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho.** 6. ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 256. (tradução nossa).

[8] ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho.** p. 251-252.

[9] A estrutural analisa as formas do normativismo jurídico, a sociológica sua relação com a realidade social e o comportamento humano e a valorativa sobre aquilo que deve ser o Direito, os requisitos do Direito justo.

Porém, a existência da norma por si só não faz com que os conflitos desapareçam e obviamente também não se aplica sozinha nem resolve os conflitos por si só, sendo necessário, então, uma segunda etapa da aplicação do Direito, que consiste na atividade dos juízes que irão aplicar a lei ao caso concreto e dizer aos envolvidos como a lei resolve o caso em questão.

Nesse momento a argumentação atinge o ápice de sua importância, pois em um Estado de Direito os juízes não podem decidir arbitrariamente da forma que quiserem, devem motivar suas decisões, isto é, devem mostrar as razões que permitem justificar sua decisão em termos jurídicos, devem, pois, argumentar[10].

Porém, como destaca Atienza[11], é importante ter em conta de que justificar uma decisão não é o mesmo que explicá-la e de que o razoamento jurídico é basicamente justificativo. Explicar uma decisão significa demonstrar quais são as causas que a motivaram ou os fins que se pretende alcançar ao tomar essa decisão. Justificar implica oferecer razões dirigidas a mostrar o caráter aceitável ou correto dessa decisão. Assim, o que se exige dos órgãos que tomam decisões públicas é que justifiquem suas decisões. O razoamento jurídico é um tipo de razoamento prático, não dirigido a explicar, mas a justificar decisões.

Essa justificação deve ser realizada de acordo com a legislação vigente, ou seja, o juiz precisa aplicar-se para descobrir qual das pretensões das partes do processo está devidamente justificada na lei. Como se exige que o julgador exponha as razões para sua decisão, ele não deve meramente refletir em profundidade, mas declarar e explanar publicamente as razões justificatórias da decisão[12].

Justificação e justiça estão intimamente relacionadas. Justificar um ato "x" consiste em demonstrar que é certo e justo fazer "x". Porém, a pergunta sobre o que é justo fazer em determinadas circunstâncias é uma questão intrinsecamente controvertida. Os juízes precisam fazer a justiça de acordo com a lei, não a justiça pura e simples[13].

Como destaca Neil MacCormick[14], "Cada juiz tem, em razão de seu posto, o dever de aplicar todas e cada uma daquelas normas que são 'normas de direito' sempre que isso for pertinente e aplicável a qualquer caso levado a ele."

[10] ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho.** p. 253.

[11] ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho.** p. 254-255.

[12] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

[13] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 93.

[14] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 68.

As normas do sistema jurídico fornecem uma concepção sólida da justiça que em circunstâncias normais, em que a justificação por dedução basta por si mesma, é cumprida em termos suficientes pela aplicação de normas pertinentes e aplicáveis segundo seus termos. Porém, as normas jurídicas não conseguem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja. Existem os problemas de interpretação e pertinência. Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação a algum contexto questionado ou questionável de litígio.[15].

Robert Alexy[16] afirma que há no mínimo quatro motivos para essa insuficiência:

a) a imprecisão da linguagem do Direito;

b) a possibilidade de conflitos entre as normas;

c) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente; e

d) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie textualmente um estatuto.

Para MacCormick[17], a adesão ao conceito formal de justiça em si pode ser determinante na forma de justificação das decisões desses tipos de casos, sendo que a justiça formal fornece uma boa razão para a observância dos precedentes judiciais. O tribunal que decide hoje um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes.

A lei é algo que compreende ou no mínimo inclui um conjunto de normas válidas para a condução de relações. Essas normas devem satisfazer a exigência da coesão, pelo menos pela inclusão de procedimentos para a resolução de conflitos. Entretanto, as normas podem ser coesas sem que o sistema seja coerente como meio de ordenamento social. Porém, na medida em que as normas sejam, ou sejam tratadas como se fossem, manifestações de princípios mais gerais, o sistema adquire um maior grau de coerência. Quando problemas de pertinência, interpretação e classificação surgem dentro do sistema, a exigência da coerência é atendida apenas até onde novas deliberações oferecidas possam ser inseridas no âmbito do corpo existente do princípio

[15] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 83, 93-94.

[16] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

[17] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 94-96.

jurídico geral[18].

Há limites para a esfera de ação da atividade judicial legítima: os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parece aos seus olhos uma sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer que eles somente possam proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas no Direito, quer dizer sim que sempre devem ser autorizadas pela lei como ela é[19].

Na medida em que as normas detalhadas existentes sejam ou possam ser racionalizadas em termos de princípios mais gerais, princípios cujo teor vai além do âmbito das normas já estabelecidas, existe um fundamento suficientemente legal para justificar como decisão de acordo com o ordenamento jurídico alguma deliberação inovadora e a decisão particular sujeita a ela[20].

Alexy[21], por sua vez, diferencia dois tipos de justificação de um discurso jurídico: justificação interna e externa. A interna diz respeito à questão de se uma opinião segue logicamente das premissas aduzidas para justificá-la. A correção dessas premissas é o assunto tema da justificação externa. Essas premissas podem ser de três tipos:

a) regras de lei positiva;

b) afirmações empíricas; e

b) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras de lei positiva.

Correspondendo a esses diferentes tipos de premissas há diferentes métodos de justificação. A justificação de uma regra da lei positiva ocorre mostrando-se que atende os critérios de validade da ordem jurídica. Toda uma série de procedimentos pode ser usada para justificar as premissas empíricas, desde os métodos das ciências empíricas até máximas de presunção racional às regras que tem encargo de uma prova num processo. Finalmente, o que pode ser chamado de argumentação jurídica ou legal serve para justificar essas premissas que não são nem empíricas nem regras de lei positiva[22].

Há muita relação direta entre esses três procedimentos de justificação. Essas regras de lei positiva e as afirmações empíricas representam um papel importante na justificação de premissas

[18] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 136.

[19] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 136.

[20] MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** p. 136-137.

[21] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** p. 218, 224.

[22] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** p. 224-225.

que não são matéria de lei positiva nem empírica. Ao justificar a norma segundo critérios de validade ou de ordem legal pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade. Isso é de particular importância onde houver limitações constitucionais entre os critérios de validade, como uma lista de direitos fundamentais. A argumentação jurídica pode ser de decisivo significado não só na interpretação da norma válida, mas também na sua validade. Isso também é verdadeiro para fatos empíricos. Assim, o que é admitido na justificação como um fato pode depender da interpretação de uma regra como valor de prova[23].

Atienza[24] elabora um modelo que busca permitir uma reconstrução racional de todo o processo de argumentação em casos que não podem ser resolvidos por dedução, os casos difíceis. Primeiramente é preciso identificar qual o problema a ser resolvido. Pode-se partir de quatro problemas jurídicos:

a) problemas de pertinência: há dúvidas sobre qual seja a norma aplicável ao caso,

b) problemas de interpretação: há dúvidas sobre como se há de entender a norma ou normas aplicáveis ao caso,

c) problemas de prova: há dúvidas se determinado fato ocorreu, e

d) problemas de qualificação: há dúvidas se um determinado fato, que não é discutido, recai ou não no campo de aplicação de um determinado conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma.

Em uma segunda etapa, uma vez identificado o problema (que muitas vezes pode ser um caso complexo em que se combinam mais de um problema) que, por exemplo, pode ser um problema interpretativo, é preciso determinar se o mesmo surge por uma insuficiência de informação (a norma aplicável ao caso em princípio não cobre o caso submetido à discussão) ou por excesso de informação (a norma pode ser entendida de várias maneiras incompatíveis entre si)[25].

Isso se relaciona com a consideração da argumentação como um processo do tipo informativo, no qual se parte de determinada informação contida nas premissas e para chegar a uma informação de saída, a de conclusão. Quando as premissas contêm toda a informação

[23] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** p. 225.

[24] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 219.

[25] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teorias da argumentação jurídica. p. 220.

necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo. Mas normalmente é necessário argumentar em situações que a informação das premissas é deficiente ou excessiva[26].

Em terceiro lugar, é preciso construir hipóteses de solução para o problema, isto é, construir novas premissas para criar uma situação informativa que contenha uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão. Caso se trate de um problema interpretativo por insuficiência de informação, a nova premissa terá de ser uma reformulação da norma da qual se parte, dando lugar a uma nova norma suficientemente ampla ou precisa para abarcar o caso submetido a exame. Caso seja um problema de excesso de informação seria preciso optar por uma dentre as diversas interpretações possíveis[27].

Em quarto lugar é necessário justificar as hipóteses de solução formuladas, ou seja, apresentar argumentos a favor da interpretação proposta. Por último se vai das premissas à conclusão. Todo esse processo se refere ao esquema de justificação interna, o segmento final de todo processo de argumentação jurídica[28].

Atienza[29] destaca ainda seis critérios para a avaliação de uma argumentação jurídica: universalidade, coerência, adequação das consequências, moral social, moral justificada e razoabilidade.

A universalidade significa que o critério utilizado para construir a premissa normativa não pode ser *ad hoc.* Se em um determinado caso uma norma foi interpretada de uma determinada forma, significa que também foi feita essa interpretação em casos passados análogos e continuará sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes.

Coerência significa que diante de um problema interpretativo a razão para interpretar uma norma de determinada forma é porque essa forma está mais de acordo com os princípios e valores do sistema.

A adequação das consequências se refere que o que justifica impor uma norma com determinado conteúdo ou seguir determinada estratégia de defesa ou de acusação é a consequência que irá produzir.

[26] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teorias da argumentação jurídica. p. 220.

[27] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teorias da argumentação jurídica. p. 220.

[28] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teorias da argumentação jurídica. p. 222.

[29] ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica.** Madrid: Trotta, 2013.

A moral social significa que o juiz não pode ser indiferente ou contradizer as convenções sociais. A moral justificada se refere a princípios que seriam aqueles a que chegaria por consenso um conjunto de agentes que discutiriam respeitando certas regras mais ou menos idealizadas.

A razoabilidade deve ser utilizada quando há mais de uma opção para decidir, devendo ser escolhida aquela que consegue, dadas as circunstâncias do caso, satisfazer na maior medida possível os critérios anteriores, e leva em conta, em consequência, o peso relativo de cada um deles.

Como destaca Alexy[30], não é a geração de certezas que constitui o caráter racional do Direito, porém muito mais sua conformidade a condições, critérios ou regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica.

A argumentação jurídica racional consiste na apresentação de um número de regras que a argumentação tem de assumir, se é para tornar boa a exigência implícita nela. Quando uma discussão está de acordo com essas regras pode ser chamada de "correta". As regras e formas do discurso jurídico constituem, assim, um critério para a correção das decisões jurídicas[31].

2. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA SENTENÇA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A exposição de motivos do Novo CPC se inicia com a premissa de que um sistema processual civil que não atenda a sociedade ao reconhecer e realizar direitos ameaçados ou violados não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.[32]

Seguindo tal proposição, o Novo CPC opera com maior atenção à realidade do sistema processual, pois segundo o destacado no anteprojeto, "Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade."[33], sendo que sem ele as normas de direito material transformam-se em pura ilusão.

Por tais considerações é apontado no anteprojeto do Novo CPC que este visa a redução da

[30] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** p. 272.

[31] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** p. 273.

[32] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2015. p. 11.

[33] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. p. 11-12.

complexidade, tendo sido todos os trabalhos pautados em cinco objetivos:

> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.[34]

Ventilados pelos ditames do Novo CPC, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[35] passam a construir o conceito de sentença baseando-se na sua qualidade como técnica processual, na sua função/objetivo, no seu contexto de aplicação e nos próprios critérios de fundamentação exigidos pelo Novo CPC.

Dessa forma, tendo em vista a sua qualidade como técnica processual, sentença pode ser entendida como "[...] ato processual que assinala o momento em que o perfil da técnica processual se altera: abandonam-se as técnicas voltadas à *cognição* e adotam-se as técnicas pré-ordenadas à *execução* dos direitos."[36]

Com base na sua função, sentença caracteriza-se como sendo "[...] ato do juiz que, resolvendo ou não o mérito da causa (arts. 203, 485 e 487), define-a, gerando em regra a preclusão para o juiz (art. 507, ressalvadas as hipóteses do art. 494), assinalando ainda o fim da atividade de conhecimento no primeiro grau de jurisdição."[37]

Permeando-se no seu contexto de aplicação, "[...] sentença é o momento em que ocorre a *interpretação* e a *aplicação* do direito no processo judicial. O juiz, a partir do *diálogo* com as partes, interpreta e aplica o direito a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo."[38] Estando esse viés de análise intimamente ligado à fundamentação exigida à sentença.

Por fim, com base nos próprios critérios de fundamentação exigidos pelo Novo CPC, a sentença poderia ser entendida como "[...] uma *decisão* que deve ser apoiada em *razões* que a

---

[34] BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. p. 14.

[35] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: RT, 2015, p. 406-411.

[36] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 406. Destaques no original.

[37] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 407.

[38] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 411. Destaques no original.

justifiquem." [39] Sendo esta a conceituação que mais abre margem a discussões ante a concentração no cerne inovador da legislação, qual seja as exigências da sua fundamentação.

É aqui que a aplicação da teoria da argumentação jurídica aparece de forma mais clara no Novo CPC, pois o principal objetivo dela é desenvolver um razoamento que justifique a decisão jurídica. Neste sentido também se orientam todas as proposições em conclusão à sentença que seguem o texto do Novo CPC, aqui englobados os artigos 485 a 495.

Talvez o artigo mais criticado destes seja o artigo 489, que trata dos elementos essenciais da sentença e dos critérios de fundamentação a serem considerados, vinculando ditames específicos de fundamentação sob pena de a sentença ser considerada como nula, conforme enunciado nº. 307 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis)[40].

Dispõe o referido artigo que:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

[39] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 412. Destaques no original.

[40] "307. (Art. 489, § 1º; art. 1.013, §3º, IV) Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa. (*Grupo: Competência e invalidades processuais*)." *In:* FÓRUM Permanente de Processualistas Civis. **Carta de BH e Enunciados consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis em conformidade com a redação final do CPC/2015 de 24.02.2015**. Belo Horizonte, 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/11275942/Carta_de_BH_e_Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_em_conformidade_com_a_reda%C3%A7%C3%A3o_final_do_CPC_2015_de_24.02.2015>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
>
> § 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
>
> § 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.[41] (grifou-se)

O CPC de 1973[42] era mais singelo ao tratar do assunto, sendo os requisitos da sentença - e aqui veja que falava-se em requisitos e não em elementos - eram tratados no artigo 458[43], sem mencionar tal artigo, ou qualquer outro artigo do código, critérios de fundamentação da sentença.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[44] nesse sentido comentam que o Novo CPC não fala em simples requisitos, mas em "[...] verdadeiros elementos sem os quais *não se pode reconhecer a própria existência da sentença* como *ato decisório interpretativo* e voltado à *aplicação normativa*.".

O objetivo de tais elementos é oferecer parâmetros para o juiz justificar sua decisão. Embasados na teoria da argumentação jurídica, esses elementos diferenciam a mera explicação da justificação. Por exemplo, em relação ao destacado no inciso I, reproduzir um ato normativo pode explicar uma decisão, mas ela só estará justificada se a relação entre esse ato e a causa estiver explicitada. A mesma coisa se percebe dos demais elementos.

Dessa forma, seriam três os elementos constitutivos da sentença: o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

O relatório, conforme acima transcrito, assinala o conteúdo inicial da sentença, a englobar o nome das partes, a identificação do caso, o resumo do pedido e da contestação – e aqui destaca-se que no Novo CPC fala apenas em contestação e não em respostas do réu, como fazia o CPC de

---

[41] BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

[42] BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Brasília: Congresso Nacional, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

[43] 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. *In:* BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.**

[44] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 414. Destaques no original.

1973 -, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[45], o relatório tem uma dupla finalidade: a) permitir que o juiz demonstre às partes e à sociedade que conhece o processo que vai julgar; b) permitir que seja possível comparar o caso que foi julgado com outros que ainda o serão, de modo que casos iguais ou semelhantes recebam igual tratamento, haja vista a construção de critérios de precedentes admitidos pelo Novo CPC[46], motivo pelo qual se exige que o relatório seja o mais completo possível.

O item "b)" está de acordo com aquilo que preconiza MacCormick, ou seja, é importante para o conceito de justiça que o julgador leve em conta seu dever inicial de decidir o caso em termos compatíveis com as decisões anteriores sobre as mesmas ou semelhantes questões.

A fundamentação, segundo o ditame legal, atenderá os reais fundamentos da sentença, onde o juiz realiza a análise das questões de fato e de direito contidas no processo, o que inclui não só as questões trazidas pelas partes como as provas produzidas nos autos. "Com a fundamentação, o juiz exprime as razões jurídicas que o levaram a decidir as questões processuais e as questões materiais da causa da maneira como decidiu. É na fundamentação que aparecem as razões que devem sustentar a *convicção judicial* sobre o caso."[47] Sustentar é justificar e não simplesmente explicar.

Esse elemento da sentença foi o mais discutido por juristas, sendo que os parágrafos 1º e 2º passam a esmiuçar melhor os critérios de fundamentação considerados pelo legislador, coisa que, conforme comentado alhures, não fazia o CPC de 1973, e que retrata a atenção principal deste artigo científico.

A visão negativa das exigências de fundamentação da sentença, em essencial ao que se refere nos parágrafos vinculados ao artigo 489, foi construída bem fortemente pelos próprios magistrados, que, inclusive, interpuseram pedido de veto dos referidos parágrafos através de três associações nacionais de magistrados, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, sob a crítica principal de que não buscavam evitar o aumento de trabalho dos juízes, mas sim o alcance

[45] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 414-415. Destaques no original.

[46] Sobre o assunto ler: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[47] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 415. Destaques no original.

da celeridade processual.[48]

Apoiado por uma visão mais positiva do referido diploma lega, destaca Elpídio Donizetti[49] que as disposições contidas no § 1º do artigo 489, que trazem os critérios das fundamentações nas decisões judiciais, "[...] são fundamentais para obstar a prolação de sentenças demasiadamente concisas, que muitas vezes ignoram os argumentos apresentados pelas partes e até mesmo o entendimento jurisprudencial predominante sobre a questão em litígio."

E continua o doutrinador no sentido de defesa do referido dispositivo, acrescentando que, ao contrário de muitas críticas, essas exigências de fundamentação não determinam que o julgador analise pormenorizadamente todas as alegações trazidas pela parte, mas apenas impede que não sejam feitas escolhas aleatórias de uma ou de outra questão fática para embasar o ato decisório, com desprezo de questões importante e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como muito se observa na realidade das decisões jurisdicionadas. "A decisão que não se explica, que se mostra de onde veio, suscita descrença à própria atividade jurisdicional."[50]

Apoiado a ele estariam Lenio Streck, Fredie Didier Junior, Alexandre Freitas Câmara, Dierle Nunes, Tiago Asfor Rocha Lima, Ulisses Cesar Martins de Sousa, Ada Pellegrini Grinover, George Abboud, do Nery Sociedade de Advogados, Marcus Vinícius Furtado Coelho, presidente do Conselho Federal da OAB, Benedito Cerezzo Pereira Filho e José Miguel Garcia Medina, segundo entrevista concedida ao Conjur.[51]

Como destaca a própria teoria da argumentação jurídica, a argumentação da sentença que justifica a decisão é fundamental no Estado Democrático de Direito, pois é o que legitima as decisões dos juízes, garantindo que as mesmas estejam de acordo com as normas elaboradas pelos representantes do povo.

E para dirimir discussões, interessante é a ponderação de Kleber de Souza Waki[52], que

[48] ROVER, Tadeu. Objetivo da magistratura é a celeridade, não reduzir o trabalho, diz AMB. **Conjur**, 04 de março de 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/magistratura-celeridade-nao-reduzir-trabalho-amb>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

[49] DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 370.

[50] DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73, p. 370.

[51] VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Conjur**, 04 de março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

[52] WAKI, Kleber de Souza. O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil. **Amatra 18.** Disponível em: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=183>. Acesso em: 23 de

salienta que "Apesar da aparente divergência, entendo que o contraste pode ser esmaecido mediante simples observância da regra inaugural do novo CPC: tomar a Constituição Federal como base na análise da aplicação das normas processuais."

Conforme discute o autor, o Novo CPC vem estabelecer expressamente em norma infraconstitucional como se dará o dever de fundamentar, cuja imposição é de ordem constitucional pelo artigo 93, inciso IX[53].[54]

Pelo salientado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[55], uma decisão passa a ser considerada como fundamentada à luz dos artigos 93, IX da CRFB[56], e 7º, 9º, 10, 11 e 489 do Novo CPC, quando houver a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para individualização das normas aplicáveis, verificação das alegações de fato, qualificação jurídica do suporte fático e consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica; for determinado o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e houver a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente apropriada.

Assim, como supracitado e convém ser analisado pormenorizadamente, o Novo CPC estabelece no § 1º do artigo 489 as hipóteses em que a sentença não será considerada como fundamentada, trazendo critérios interpretativos mais amplos a serem aplicados pelos casos analisados pelo magistrado.

Assim, estipula o inciso I que não será considerada fundamentada a sentença que "se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida". Conforme destaca Elpídio Donizetti[57], o legislador optou por

---

outubro de 2015.

[53] "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: […]

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)" *in:* BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Poder constituinte originário, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

[54] WAKI, Kleber de Souza. O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil. **Amatra 18.** Disponível em: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=183>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

[55] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 443.

[56] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

[57] DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa

determinar que deve, o julgador, expor de forma clara e coerente todas as razões que formaram o seu convencimento, não se limitando a indicar a norma que aplicou ao caso julgado.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[58], isso foi exigido "[...] porque para a individualização das normas aplicáveis é preciso em primeiro lugar explicar as razões pelas quais as normas aplicadas servem para solução do caso concreto: isto é, é preciso mostrar por quais motivos as normas devem ser aplicadas."

E seguem os autores afirmando que na mesma linha de raciocínio corre o inciso seguinte, que determina que não será considerada fundamentada a sentença que "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso", salientam que "Se não se outorga sentido ao termo vago e não se mostra a razão pela qual esse pertine ao caso concreto, a indeterminação normativa do texto impede que se tenha por individualizada a norma que será aplicada para solução da questão debatida entre as partes."[59]

Ainda quanto a este inciso acredita-se ser importante destacar o que seriam os "conceitos jurídicos indeterminados", como bem destaca Elpídio Donizetti[60], tais conceitos podem ser entendidos como aqueles cujo termo tem significados intencionalmente vagos e abertos, possibilitando interpretação ampla por parte do julgador, o que deve ser evitado de modo a se evitar abusos.

E aqui se permite fazer um pequeno salto na análise pormenorizada dos incisos, tendo em vista que os incisos V e VI têm suas justificativas intimamente ligadas a estes dois últimos, pois referem-se a problemas ligados à ausência de identificação das normas aplicáveis ao caso concreto[61], seriam os casos do juiz "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" e "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

---

entre o novo CPC e o CPC/73, p. 371.

[58] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 443.

[59] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 443-444.

[60] DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73, p. 371.

[61] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 444.

Conforme destaca Elpídio Donizetti[62], o Novo CPC vem trazer tais regras para que sejam evitadas as decisões meramente repetitivas de julgados, jurisprudências ou enunciados de súmulas, que acabam por não demonstrar a real aplicabilidade do entendimento consolidado ao caso efetivamente apreciado. E assim, da mesma forma que o julgador deve explicitar as razões pelas quais aplicou determinado entendimento, também deve justificar a inadequação de precedente, súmula ou jurisprudência arguidos.

Por fim, os incisos III e IV estabelecem o real resultado do diálogo entre o juiz e as partes decorrentes do novo contraditório invocado pelo Novo CPC nos artigos 7º, 9º e 10, sendo que segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[63], este "novo contraditório" passa a estabelecer o direito de influir, o qual deve ter como contrapartida o dever do debate, a compreender o dever de consulta, de diálogo e de consideração, sendo que agora não basta somente sanar a contradição, devem todas as contradições serem dialogadas, o que gerará consequências diretas à decisão final, pois estabelecem os referidos incisos, respectivamente, que uma sentença não será considerada fundamentada quando "invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão" e quando "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador".

> Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão *não particulariza o caso concreto*. A existência de *respostas padronizadas* que servem indistintamente para qualquer caso *justamente pela ausência de referências às particularidades do caso* demonstra a inexistência de consideração judicial pela *demanda* proposta pela parte.[64]

Conforme bem destaca Elpídio Donizetti[65], o Novo CPC vem estabelecer expressamente que a decisão judicial dever ser, na verdade, construída ao longo do processo, após a análise das alegações das partes, da apreciação da prova e das demais circunstâncias do caso julgado.

E aqui tomamos a liberdade de dizer que vem estabelecer expressamente porque, a bem da verdade, é isso que sempre se esperou de uma decisão judicial, contudo, diante de tantas

[62] DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73, p. 372.

[63] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 445.

[64] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 444-445.

[65] DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73, p. 372.

realidades fatídicas vivenciadas nos casos concretos, entendeu o legislador por bem prever isso expressamente.

Ainda, para acrescentar à análise minuciosa do referido artigo, merece destaque a opção do legislador por estabelecer que no caso de colisão entre normas a técnica argumentativa a ser utilizada pelo julgador é a da ponderação, conforme prevê expressamente o § 2º do artigo 489.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[66], o Novo CPC no decorrer do seu texto menciona expressamente três postulados normativos, que seriam a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação. A primeira ligada a uma relação de meio e fim, exigindo a análise de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A segunda ligada à harmonização e vinculação à realidade de outras normas, preservando ao máximo o princípio da igualdade. E a terceira, aplicada no caso da colisão entre normas, ligada à atribuição de pesos a elementos que se entrelaçam. "Como se pode perceber facilmente, cada um desses postulados serve para resolver um problema normativo específico e cada qual apresenta uma estrutura própria de aplicação. Esses diferentes objetivos, que refletem diferentes exigências aplicativas, devem estar projetados na fundamentação da decisão."[67]

Mais uma vez é possível perceber a influência da teoria da argumentação jurídica. Autores como Alexy e Atienza enfatizam a importância da razoabilidade e da ponderação na resolução de casos difíceis.

Assim, para a finalização da análise do artigo 489 após esse grande parêntese aberto para as exigências da fundamentação da sentença, tem-se como último elemento essencial da sentença o dispositivo, que pode ser compreendido como "[...] o local em que o juiz afirma se acolhe ou não o pedido do autor e, em caso de acolhimento, o que deve ser feito para que o direito material seja efetivamente realizado."[68]

A última parte da sentença é, então, a que irá resumir e dar resposta ao pedido do autor, é a conclusão final da sentença, exprimindo como as partes devem se comportar diante do caso apresentado ao Poder Judiciário e julgado.

---

[66] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 448.

[67] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 448-449.

[68] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 415.

Conforme destacado no primeiro item deste artigo, a argumentação é uma atividade indissociável da prática jurídica, considerando que a sociedade clama pela resposta aos diversos conflitos que ocorrem na vida social, mas que não podem ser resolvidos arbitrariamente pelo próprio indivíduo, sob pena de estar-se esvaindo dos ditames do Estado de Direito, considerando-se que a própria vida em sociedade exige a existência de regras que harmonizem as condutas dos diversos indivíduos que a constituem.

Outrossim, há que se prezar, na condução da argumentação na prática jurídica, pela argumentação jurídica racional, a qual consiste, segundo Robert Alexy[69], na apresentação de um número de regras que a argumentação tem de assumir, se é para tornar boa a exigência implícita nela, tendo-se por "correto" quando uma discussão está de acordo com essas regras.

Sob este viés, da análise da sentença tem-se que ela se apresenta como o momento processual em que ocorre a interpretação e a aplicação do direito, sendo que o juiz, após o diálogo entre as partes, interpreta e aplica o direito, de modo a resolver a controvérsia apresentada em juízo.[70]

Há que se considerar que nem os fatos nem o direito caminham independentes de interpretação, pois o próprio conteúdo dos autos que se apresenta ao juiz já é o resultado de uma operação interpretativa. E sendo tal conteúdo interpretado entregue ao juiz deve este, de igual forma, tecer as suas interpretações, pois disso depende a aplicação da norma para o caso concreto.

Considerando o Novo CPC, conforme análise realizada neste item, tem-se um certo avanço em relação aos critérios interpretativos exigidos ao juiz na prolação da sua sentença, de modo que este deverá consubstancialmente empregar algum método argumentativo que justifique e embase a sua decisão.

O Novo CPC vem trazer critérios mais objetivos que devem ser demonstrados pelo juiz na tomada das suas razões jurídicas. Sabe-se que o juiz, ao analisar o conteúdo interpretado, e ainda interpretativo, dos autos traçará razões psicológicas para a formação da sua decisão. Porém estas, num âmbito estritamente jurídico, pouco importam, sendo que a preocupação real do Direito estabelece-se em "[...] saber se existem ou não *razões jurídicas* que suportam validamente dentro

[69] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** p. 273.

[70] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 411.

da ordem jurídica a tomada de decisão."[71], sendo esta a real preocupação estampada no § 1º do artigo 489 do Novo CPC.

> A necessidade de a decisão estar apoiada em razões jurídicas responde à necessidade de *racionalidade* do discurso jurídico. Além disso, responde à finalidade de *controle intersubjetivo do exercício do poder estatal* pelas partes e pela sociedade em geral – e, portanto, para que exista uma *administração democrática da Justiça Civil* para além de um simples *slogan* sempre invocado e nunca explicado.[72]

É da própria natureza da atividade interpretativa e argumentativa que o intérprete, no caso da sentença, o juiz, trilhe uma linha lógica de justificação interna, assim como uma linha argumentativa de justificação externa, são, como comentado, as razões psicológicas e jurídicas do juiz na prolação da sentença.

Conforme destacam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero[73], trata, a linha lógica, de recobrir o próprio campo da lógica, atendo-se à ausência de contradição ou à complexidade da justificação. Já a linha argumentativa concerne propriamente ao campo da argumentação, de modo que se deve oferecer razões que sustentem as individualizações, as valorações e as escolhas realizadas pelo intérprete, ora juiz, para composição dos enunciados jurídicos, assim como das proposições fáticas que integram o silogismo judicial, destacando-se aqui a necessidade de utilização de métodos de argumentação.

Por todo o exposto, há que se destacar que a sentença possui decisões fundadas em razões, que constam da sua justificação. Assim, a sentença se impõe como racional, justificada tanto interna quanto externamente, coerente e universalizável.[74]

A sentença, de certa forma, se apresenta como um instrumento de enriquecimento da ordem jurídica, de modo a torná-la mais segura. Sendo os elementos essenciais da mesma, anteriormente estudados, o real espelho da racionalidade da decisão judicial.

---

[71] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 412.

[72] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 412. Grifos no original.

[73] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 413.

[74] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II, p. 414.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo da Teoria da Argumentação Jurídica infere-se a importância da argumentação na decisão judicial como meio de justificação da sentença, garantindo-se que as decisões proferidas não sejam arbitrárias, mas sim tenham seu fundamento no ordenamento jurídico vigente, garantindo que seja mantida a segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito por meio da vinculação dos juízes a decisões racionalmente apropriadas.

O Novo CPC foi ao encontro do preconizado pela Teoria da Argumentação Jurídica ao estabelecer no seu art. 489 todos os elementos essenciais que devem fazer parte da argumentação da sentença, sendo muito mais detalhista e preciso do que a legislação anterior, objetivando com isso garantir uma verdadeira justificação da sentença, e não uma mera explicação da decisão.

Apesar das diversas críticas realizadas ao artigo, principalmente pelos próprios magistrados que não querem se adequar à mudança, comparando-se o estabelecido no texto legal com o que defende a Teoria da Argumentação Jurídica, pode-se entender a importância de tal fundamentação para a garantia de decisões coerentes com o caso concreto, com o ordenamento jurídico brasileiro e com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **Curso de Argumentación Jurídica.** Madrid: Trotta, 2013.

_____. **El sentido del Derecho.** 6. ed. Barcelona: Ariel, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Poder constituinte originário, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Brasília: Congresso Nacional, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):** análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015.

FÓRUM Permanente de Processualistas Civis. **Carta de BH e Enunciados consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis em conformidade com a redação final do CPC/2015 de 24.02.2015**. Belo Horizonte, 05 a 07 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/11275942/Carta_de_BH_e_Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_em_conformidade_com_a_reda%C3%A7%C3%A3o_final_do_CPC_2015_de_24.02.2015>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e Estado de Direito:** Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: RT, 2015.

ROVER, Tadeu. Objetivo da magistratura é a celeridade, não reduzir o trabalho, diz AMB. **Conjur**, 04 de março de 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/magistratura-celeridade-nao-reduzir-trabalho-amb>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para

fundamentação de decisões. **Conjur**, 04 de março de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

WAKI, Kleber de Souza. O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil. **Amatra 18.** Disponível em: <http://www.amatra18.org.br/site/ProducaoCientifica.do?acao=carregar&vo.codigo=183>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

A APLICAÇÃO DA EQUIDADE COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Kaira Cristina da Silva[1]

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito na atualidade tem se deparado com diversas questões que envolvem a legitimidade das decisões judiciais. Os juristas preocupam-se cada vez mais em estabelecer um paradigma[2] adequado para resolver este embate que atualmente incide sobre a produção, interpretação e aplicação do Direito.

Neste cenário Manuel Atienza dissemina sua Teoria da Argumentação Jurídica, estabelecendo assim parâmetros sobre a atividade argumentativa, principalmente na construção das decisões judiciais.

Nos casos difíceis apresentados ao Poder Judiciário, especialmente os que tratam de direitos fundamentais, exige-se cada vez mais uma postura argumentativa do magistrado para a motivação das decisões judiciais a fim de conferir legitimidade ao seu poder decisório, tendo em vista a preponderância do Estado de Direito constitucional.

Devido às frequentes mudanças no seio social, as quais apresentam novos conflitos sociais, muitas vezes a lei não acompanha tais modificações e, portanto, o emprego de mecanismos adequados para a aplicação do direito ao caso concreto se faz imprescindível. Destaca-se que quando se trata de direitos fundamentais, essa insuficiência da legislação é ainda mais impertinente, tendo em vista que são direitos indispensáveis à dignidade humana.

Os direitos fundamentais como núcleo inviolável da Constituição e condição de possibilidade para a dignidade humana, não podem ser suprimidos diante de tais problemas.

[1] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista do PROSUP-CAPES. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. *E-mail*: kairasilva@outlook.com

[2] ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí/SC, 2013. p. 07. "**Paradigma:** É a matriz disciplinar ou base teórica, ou seja, indica o conjunto de realizações universalmente aceitas que, durante certo período de tempo, fornece problemas e soluções modulares para determinada comunidade científica".

Assim, por intermédio da argumentação jurídica, com a utilização de elementos interpretativos adequados, viabiliza-se a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais.

É neste contexto que se indaga: é possível aplicar a equidade como elemento interpretativo adequado para a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais?

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação da equidade como elemento interpretativo na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza. Para tanto, pretende observar qual é o sentido do Direito para Manuel Atienza; analisar o conceito de equidade; e verificar a possibilidade de aplicação da equidade como elemento interpretativo para garantir a concretização dos direitos fundamentais através da tutela jurisdicional.

Primeiramente, trata-se do Direito como argumentação jurídica na concepção de Manuel Atienza, destacando-se alguns aspectos gerais de sua Teoria da Argumentação Jurídica; em segundo lugar, aborda-se os conceitos de equidade e os contextos em que ela pode ser aplicada; por fim analisa-se a aplicação da equidade como elemento interpretativo na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo[3], na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados expresso na presente pesquisa é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa serão utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria[4], do Conceito Operacional[5], e da Pesquisa Bibliográfica[6].

1. O DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA

O jusfilósofo Manuel Atienza[7] descreve três perspectivas que considera de maior relevância

[3] "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 213.

[4] Nas palavras de Pasold "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 36.

[5] Segundo Pasold "Conceito Operacional (=*Cop*) é uma definição para uma palavra ou expressão com o desejo de que tal definição seja aceita para efeitos das ideias que expomos". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 54.

[6] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 215.

[7] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 19.

teórica sobre as quais o Direito pode ser contemplado, e apresenta uma quarta perspectiva, na qual baseia a sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Primeiramente, o referido autor trata do enfoque estrutural do Direito, o qual "tende a ser identificado com o normativismo jurídico, pois parte da ideia de que o Direito se compõe essencialmente de normas" [8].

Atienza[9] explica que "Utilizando uma metáfora arquitetônica, poder-se-ia dizer que se trata de mostrar, de descrever as partes que compõem o edifício jurídico e de como se relacionam entre si".

Em segundo lugar, Atienza[10] se refere ao estudo do Direito sob uma perspectiva funcional, ou seja:

> para que serve cada uma das partes do edifício e que função ele cumpre no contexto em que está inserido (o conjunto da sociedade). Neste aspecto, ele corresponde, aproximadamente, às posturas realistas, sociológicas, que tentem a identificar o direito com a conduta (dos juízes e, em geral, dos operadores do direito), posto que o que importa para responder as questões anteriores não é o Direito formalmente válido (o direito dos livros), mas sim o Direito em ação, o direito verdadeiramente eficaz. (Tradução livre)

A terceira perspectiva consiste na visão do Direito como um ideal. Sob este enfoque o Direito é estudado "Não em um edifício já construído, com todos os seus defeitos, mas sim no que deveria ser um edifício modelo (o Direito justo)" [11].

Sobre este enfoque Atienza[12] conclui que "As melhores versões do Direito natural (as que não consistiram em uma mistificação do direito positivo) podem ser vistas desta maneira: como uma proposta do que haveria de ser entendido por Direito racional".

Por fim, o filósofo apresenta a perspectiva por ele adotada para a construção da sua Teoria

---

[8] Consta no original: "Al primero se lo puede llamar estructural y tiende a indetificarse com el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** p. 19.

[9] Consta no original: "Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** p. 19.

[10] Consta no original: "Otro posible enfoque consiste en estudiar el Derecho desde un punto de vista funcional: para qué sirve cada una de las partes del edificio, y qué función cumple todo él en el contexto em el que está inserto (el conjunto de la sociedad). Se corresponde aproximadamente con las posturas realistas, sociológicas, que tienden a identificar el Derecho con la conducta (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el Derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** p. 19.

[11] Consta no original: "[...] No en el edificio ya construido, con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edifício modélico (el Derecho justo)". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** p. 19.

[12] Consta no original: "Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en uma mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría que entender por Derecho racional". ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** p. 19.

da Argumentação jurídica, a qual "consiste em ver o Direito como um propósito, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos" [13].

Com efeito, "Trata-se de uma visão instrumental, pragmática e dinâmica do Direito que pressupõe, utiliza e, de certo modo, dá sentido às anteriores perspectivas teóricas e que conduz, definitivamente, a considerar o Direito como argumentação"[14].

Portanto, Atienza[15] esclarece que considera o direito como uma prática social, que dentro dos limites do sistema, é destinada a satisfazer os fins que a caracterizam:

> A ideia central é que o Direito não pode ser concebido simplesmente como um sistema de normas, mas, fundamentalmente, como uma atividade, uma prática social que trata, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema, de satisfazer a uma série de fins e valores que caracterizam essa prática. Por isso dou tanta importância à argumentação: por entender que é o instrumento adequado para obter esses objetivos, que são, afinal, garantir os direitos fundamentais das pessoas.

Para o jusfilósofo, o Direito não se reduz à argumentação, mas a prática que consiste em argumentar, ou seja, em justificar as decisões destinadas a resolver problemas práticos e as razões nas quais se fundamentam, é de extrema importância, especialmente no Estado constitucional[16].

A prática do Direito, deste ponto de vista, consiste essencialmente em argumentar, sendo que "a qualidade que melhor define um "bom jurista" talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade"[17].

Neste contexto, o autor faz uma distinção entre explicar e justificar uma decisão, mas afirma que as duas operações podem entrecruzar-se. Enfatiza que "explicar uma decisão significa mostrar quais são as causas que a motivaram ou os fins que se pretendem alcançar ao tomar essa decisão. Todavia, justificar implica oferecer razões destinadas a mostrar o carácter aceitável ou correcto dessa decisão"[18].

De acordo com os ensinamentos de Atienza[19], a obrigação de justificar as decisões não é inerente ao Direito, este fenômeno teve início a partir do século XVIII, e passou a se desenvolver

---

[13] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 280.

[14] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 280.

[15] VALE, André Rufino. Filosofia do direito: discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. **Revista Consultor Jurídico.** 05 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante> Acesso em: 05 out. 2015.

[16] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 282.

[17] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 1.

[18] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 283.

[19] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 283 – 284.

com mais velocidade depois da segunda guerra mundial, à medida em que foi sendo implantado o modelo de Estado constitucional. Ele menciona que o surgimento da obrigação de justificar as decisões judiciais se desenvolveu em duas etapas, sendo que a primeira caracteriza-se pela concepção endoprocessual[20] da motivação, já a segunda etapa caracteriza pela concepção extraprocessual[21] ou política.

Sendo assim, na visão de Atienza o Estado de Direito incorre na necessidade de argumentação das decisões proferidas pelos órgãos públicos, isto se dá porque no contexto deste modelo estatal "a justificação das decisões não depende só da autoridade que as proferiu, mas também do processo seguido e do conteúdo"[22].

Neste sentido, Atienza[23] afirma que "a ideia reguladora do Estado de Direito é a submissão do Estado, do poder, à razão e não desta ao poder".

Dada a relevância da argumentação para a caracterização da atividade jurídica como uma prática social, cabe ressaltar que Atienza distingue três concepções da argumentação designadas respectivamente como formal, material, e pragmática.

No que se refere à concepção formal da argumentação jurídica, trata-se de uma característica da lógica, sendo que "a validade dos argumentos não depende, neste caso, do conteúdo de verdade ou da correcção das premissas e da conclusão"[24]. Isto ocorre porque a lógica preocupa-se com a correção das inferências sob o ponto de vista abstrato, portanto, não leva em conta a validade material dos argumentos e da sua força persuasiva, e ainda, refere-se especificamente ao resultado do processo de argumentação[25].

Já a concepção material da lógica é concebida como "um processo que consiste em apresentar *boas* razões a favor ou contra alguma tese teórica ou prática"[26], trata-se de "uma das maneiras como se manifesta a razão humana enquanto faculdade ou capacidade de resolver

[20] Na etapa endoprocessual "A motivação permite que as partes de um processo se apercebam do significado da decisão, possam eventualmente requerer a respectiva impugnação e o juiz de recurso possa valorar também adequadamente os motivos da impugnação". ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 284.

[21] Na etapa extraprocessual "a obrigação de motivar é uma manifestação da necessidade de controlar democraticamente o poder do juiz". ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 284.

[22] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 284.

[23] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 284.

[24] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 286.

[25] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 286.

[26] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 288.

problemas”[27].

Por fim, na concepção pragmática da argumentação jurídica Atienza[28] vislumbra “a racionalidade como capacidade de persuadir os outros, para interactuar linguisticamente com os demais e chegar a acordos respeitando certas regras, por isso se lhe possa chamar racionalidade processual ou política”.

Ainda sobre a concepção pragmática, Atienza[29] afirma que ela pode distinguir-se em dois enfoques, quais sejam: retórica, “centrado na ideia de persuadir um auditório que, na argumentação, assume um papel basicamente estático”; e dialética “em que a argumentação tem lugar entre participantes (proponente e oponente) que assumem um papel dinâmico: entre eles existe uma interacção constante”.

Para Atienza, a construção racional do Direito pressupõe a interação entre as três concepções da argumentação jurídica por ele apresentadas: formal, material e pragmática, sendo que a combinação dessas dimensões é imprescindível à construção do raciocínio jurídico[30].

A argumentação pode incidir em três campos jurídicos distintos, segundo Atienza.

O primeiro é o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, no qual as argumentações se desenvolvem numa fase pré-legislativa e numa fase propriamente legislativa[31].

O segundo âmbito de desenvolvimento dos argumentos jurídicos é o da aplicação de normas jurídicas à solução de casos. Neste campo jurídico a argumentação pode distinguir-se entre argumentações condizentes aos fatos ou ao Direito, a qual em sentido amplo está relacionada aos problemas de interpretação, conforme ensina Atienza[32].

Enfim, o terceiro âmbito em que se realiza a argumentação é a dogmática jurídica, a qual Atienza[33] considera uma atividade complexa, e que se distingue essencialmente em três funções: “1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar o ordenamento jurídico”.

---

[27] ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação.** Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2012. p. 122.

[28] ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação.** p. 122.

[29] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 289.

[30] ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação.** p. 123.

[31] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. p. 2.

[32] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. p. 2-3.

[33] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. p. 3.

Para Atienza[34] essas três funções argumentativas são semelhantes às realizadas pelos órgãos aplicadores, tendo em vista que "se trata de oferecer, a esses órgãos, critérios – argumentos – para facilitar-lhes (em sentido amplo) a tomada de uma decisão jurídica consistente em aplicar uma norma a um caso".

Por fim, ressalta-se que a argumentação jurídica torna-se imprescindível na tomada da decisão jurídica quando um órgão julgador ou órgão aplicador, como denomina Atienza, se depara com um caso difícil, ou seja, com um caso que não possui uma previsão específica na lei. Assim, passa-se à análise conceitual da equidade, que é um dos elementos argumentativos utilizados por Atienza para resolver um problema de interpretação diante de um caso difícil.

2. ANÁLISE CONCEITUAL DA EQUIDADE

Tal como a régua de chumbo usada pelos construtores da Ilha de Lesbos, que se amolda às diversas formas das rochas, assim é a equidade, que permite que a regra criada pelo legislador de forma geral se amolde ao caso concreto, e que o julgador traga para aquele caso específico, diante de suas peculiaridades, a decisão mais próxima e justa.

Aristóteles, em sua obra Ética a Nicômaco, ao tratar das diversas concepções de justiça, menciona que "a justiça e a equidade não parecem ser absolutamente idênticas, nem ser especificamente diferentes"[35].

Ensina Aristóteles[36] que a justiça e a equidade são corretas e não se contradizem, "pois o equitativo embora superior à uma simples espécie de justiça, é justo em si mesmo, e não é como coisa de classe diferente que é melhor do que o justo".

Para Aristóteles[37] a equidade funciona como uma forma de correção à lei diante daqueles casos específicos que o legislador não poderia prever no momento de sua edição, e nas palavras do filósofo grego assim pode ser definida:

> Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a

[34] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. p. 3.

[35] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 124.

[36] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** p. 124-125.

[37] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** p. 125.

> omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

Portanto, o filósofo grego afirma que "o equitativo é superior ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal"[38].

Melo[39] conceitua a equidade como sendo a "Adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta".

De acordo com o conceito de Melo, o positivismo jurídico reduz a atividade do juiz a mero intérprete ou aplicador da norma vigente, e desta forma restringe a possibilidade de aplicação da equidade nas decisões judiciais[40].

Gagliano[41] explica que a equidade "Não se trata de um princípio que se oponha à ideia de justiça, mas sim que a completa, tornando-a plena, com a atenuação do rigor da norma, em evidente aplicação do brocardo latino *summum jus summa injuria*".

Neste contexto, vislumbra-se a equidade como uma forma de melhor interpretar a lei, sendo que esta, editada em caráter geral não atende às particularidades dos casos concretos, e sendo assim, sua aplicação não acarretaria justiça em determinadas situações específicas, por isso a possibilidade de abrandamento da norma. Explica Venosa[42] que:

> Na realidade, o conceito de equidade não se afasta do conteúdo do próprio Direito, pois, enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e equitativo, a equidade procura adaptar essas normas a um caso concreto.
>
> [...]
>
> São freqüentes as situações com que se defronta o juiz ao ter de aplicar uma lei, oportunidade em que percebe que, no caso concreto, se afasta da noção do que é justo. O trabalho de aplicação por equidade é de exatamente aparar as arestas na aplicação da lei para que uma injustiça não seja cometida. A equidade é um labor de abrandamento da norma jurídica no caso concreto.
>
> [...]
>
> Na realidade, sintetiza-se que a equidade se traduz na busca constante e permanente do julgador da melhor interpretação legal e da melhor decisão para o caso concreto. Trata-se, como se vê, de um raciocínio que busca a adequação da norma ao caso concreto. Em momento algum, porém, salvo

[38] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** p. 125.

[39] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica.** Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 37.

[40] MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica.** p. 37.

[41] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** parte geral. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1. p. 22

[42] VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51 e ss.

> quando expressamente autorizado pela lei, pode o julgador decidir exclusivamente pelo critério do justo e do equânime, abandonando o texto legal, sob o risco de converter-se em legislador.

Deste ponto de vista, a equidade não autoriza a dispersão do juiz ao texto legal, mas permite a adequação da lei geral de forma a proferir naquele caso específico a decisão que considera mais justa.

Na concepção positivista[43] de Bobbio, as leis relativas ao direito substancial correspondem a vínculos de conteúdo ao poder normativo do juiz, já as leis relativas ao processo consistem em limites formais da atividade do juiz[44].

Para Bobbio[45], "Chamam-se "juízos de equidade" aqueles pelos quais o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida", ele explica que "O juízo de equidade pode ser definido como uma autorização ao juiz para produzir direito fora de qualquer limite material imposto pelas normas superiores".

Bobbio discorre sobre a completude do ordenamento jurídico, entendendo-a como a "propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de "lacuna" (em um dos sentidos do termo "lacuna"), "completude" significa "ausência de lacunas"".

Assim, Bobbio[46] admite a incompletude do ordenamento jurídico, quando diz que "O fato de a solução não ser mais óbvia, ou seja, de não se poder extrair do sistema uma solução, nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico".

Portanto, como forma de heterointegração do ordenamento jurídico Bobbio considera a equidade como um método de preenchimento das lacunas[47].

Já sob o paradigma do garantismo ou neopositivismo, Ferrajoli se refere à ponderação equitativa, que ocorre quando da solução dos conflitos em concreto, onde se verifica a

---

[43] ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí/SC, 2013. p. 07: "**Positivismo jurídico (ou juspositivismo):** Paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente ou prevalecentemente por regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério da validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*)".

[44] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** p. 67.

[45] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** p. 67.

[46] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** p. 136.

[47] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** p. 145.

singularidade dos casos submetidos ao juízo[48].

O jusfilósofo italiano diz que nestas situações está-se diante de uma confusão entre fatos e normas, para ele "Em concreto, de fato, o que mudam não são as normas, que estão sempre iguais, mas os casos julgados, que são sempre irrepetivelmente distintos uns dos outros, mesmo que subsumíveis às mesmas normas"[49].

Assim, a ponderação equitativa não incide sobre as normas que serão aplicadas ao caso concreto, mas sim sobre as características singulares e irrepetíveis dos fatos submetidos ao juízo[50].

Entendimento este diverso do de Aristóteles, eis que para este filósofo a norma é que se amolda à singularidade do caso em análise pelo julgador quando pautado pela equidade.

A equidade na visão garantista de Ferrajoli[51] "não se opõe absolutamente à lei e à justiça legal ou formal", mas consiste "tão somente na compreensão e na valoração das circunstâncias e características concretas e irrepetíveis que fazem de cada fato um fato diferente de todos os outros, ainda que todos se relacionem à mesma hipótese legal".

De acordo com Perelman[52], "quando aparecem antinomias da justiça, e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorremos à equidade". O referido autor considera a equidade como a muleta da justiça, pois "é o complemento indispensável da justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta se mostra impossível".

Explica Perelman[53] que a equidade tende a amenizar a desigualdade entre os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial, ou seja: "A equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça formal, é tornado impossível pelo fato de levar em conta simultaneamente, duas ou várias características essenciais que vêm entrar em choque em certos casos de aplicação."

A equidade, portanto, contrapõe-se ao formalismo, devendo complementá-lo, a sua

[48] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 131.

[49] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 132.

[50] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 132.

[51] FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. p. 133.

[52] PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36.

[53] PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** p. 37.

intervenção ocorre quando dois formalismos entram em choque[54].

Cabe destacar também os ensinamentos de Dworkin[55], quando justifica que a força gravitacional do precedente reside na equidade em tratar casos semelhantes da mesma maneira:

> A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Já em sua Teoria da Integridade, Dworkin[56] especifica que "A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada".

Rawls[57], em sua Teoria da Justiça, defende a justiça como equidade, pois para que haja o consenso de todos quanto ao acordo original que regerá a vida em sociedade, as pessoas devem estar sob o véu da ignorância para que possam partir de uma mesma posição original[58], isto com base em dois princípios de justiça quais sejam: igualdade de tratamento (ou liberdades iguais)[59]; e reconhecimento das desigualdades sociais e econômicas[60].

Conforme explica Stacciarini[61] em seu artigo sobre a Teoria da Justiça em Aristóteles, publicado na Revista Eletrônica Direito e Política, "a equidade consiste na criação de regras particulares, que se aplicam, exclusivamente, às especificidades de cada caso, com o objetivo de "suprir a omissão legal"".

Destaca-se que o conceito e o contexto de aplicabilidade da equidade adotados para a presente pesquisa consistem na equidade definida por Aristóteles como a justiça do caso

---

[54] PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** p. 37.

[55] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176.

[56] DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203.

[57] RAWLS, John. **Teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12-19.

[58] RAWLS, John. **Teoria da justiça.** p.19. "[...] é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos".

[59] RAWLS, John. **Teoria da justiça.** p. 64: Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual, ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

[60] RAWLS, John. **Teoria da justiça.** p. 64: Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

[61] STACCIARINI, Samantha. Teoria da justiça em Aristóteles**. Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em: 24 out. 2015.

concreto, considerada também por Manuel Atienza em sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Assim sendo, passa-se à análise da equidade como elemento interpretativo à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza, bem como à possibilidade de aplicação deste instrumento na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

3. A APLICAÇÃO DA EQUIDADE COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de equidade adotado por Manuel Atienza em sua Teoria da Argumentação Jurídica é condizente com a definição de justiça como equidade de Aristóteles.

A noção de justiça decorrente da racionalidade formal do Direito moderno, na qual considera-se que é justo um ato do juiz como o de proferir uma sentença na qual realiza a aplicação correta de uma ou várias normas previamente estabelecidas não é inteiramente satisfatório, conforme observa Atienza[62].

Deste ponto de vista, Atienza considera a equidade como elemento interpretativo para conferir justiça ao caso concreto, referindo-se à adequação da lei em razão da particularidade do caso submetido a julgamento. Neste sentido, o autor afirma que "uma norma pode ser mais específica do que outra, mas ser igualmente universal, pois a universalidade é um requisito de tipo lógico, que não tem relação com a maior ou menor especificidade de uma norma" [63].

Esta adequação se dá quando a lei, em seu caráter geral e abstrato, mesmo que formalmente válida, quando interpretada em sua literalidade não é suficiente para que o magistrado possa proferir uma decisão justa ao caso concreto.

A lei, nestas situações, não tem uma resposta específica para certos casos difíceis, assim o julgador pode valer-se da equidade, e através da argumentação jurídica, construir uma decisão justa.

A equidade pressupõe, portanto, uma exceção a justiça legal, sendo que esta consiste na regra geral estabelecida pelo legislador que hipoteticamente deveria ser aplicada aos casos semelhantes àquele submetido a julgamento sem considerar suas especificidades, mas que por sua generalidade depende da referida adequação equitativa. Assim, aberta a exceção da regra em

[62] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 210.

[63] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. p. 144.

sua generalidade, e produzindo-se uma norma específica através da decisão judicial, ela deverá ser aplicável aos demais casos semelhantes, isto se dá, porque a generalidade da regra não exclui a sua universalidade.

Sobre a decisão equitativa Atienza[64] explica que:

> Uma decisão equitativa (no sentido técnico dessa expressão) implica introduzir uma exceção numa regra geral para evitar um resultado injusto; mas o critério utilizado na decisão equitativa tem de valer também para qualquer outro caso com as mesmas características. A equidade, em resumo, dirige-se contra o caráter geral das regras, não contra o princípio da universalidade (cf. MacCormick, 1978, p. 97 e segs.).

Trata-se, portanto, de um argumento jurídico que pode ser aplicado quando diante de um caso concreto o juiz encontra um problema de interpretação. Assim, Atienza destaca a classificação de Giovanni Tarello, o qual estabelece 15 argumentos jurídicos que podem ser aplicados para resolver os problemas de interpretação, dentre os quais destaca-se a equidade[65].

Neste sentido, Atienza menciona que a equidade pode ser definida como a justiça do caso concreto, sendo que "a aplicação equitativa de uma norma pressupõe um acerto da mesma - através de uma interpretação que, até certo ponto, modifica a norma - para moldá-la às circunstâncias da situação"[66].

As mudanças sociais, culturais e econômicas que ocorrem constantemente na Sociedade, e consequentemente acarretam novos conflitos sociais a serem solucionados pelo Poder Judiciário, especialmente quando se trata de direitos fundamentais, dependem de uma tutela jurisdicional justa (no sentido de justiça formal/legal, e justiça material/de conteúdo), e eficaz (que traga realmente àquele caso uma solução que possa ser colocada em prática e atenda às expectativas do jurisdicionado).

Nestes casos, como a lei posta, elaborada pelo legislador, às vezes não acompanha a velocidade das mudanças sociais, e assim os novos conflitos sociais que são apresentados ao órgão julgador caracterizam um problema de interpretação, a equidade pode ser aplicada como elemento argumentativo para a fundamentação das decisões judiciais.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 93, inciso IX, o dever de fundamentação das decisões judiciais, e à luz do paradigma constitucionalista estas decisões

[64] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. p. 145.

[65] ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação.** p. 202-203.

[66] ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** p. 211.

devem observar estritamente os princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Lei Maior.

Conforme explica Atienza[67] o paradigma constitucionalista "se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição", isto se deve pelo fato de que "a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais".

Atienza afirma que o Estado Constitucional exige um maior emprego da argumentação. Para ele a ideia regulativa desta forma de Estado "supõe a submissão completa do poder à razão, e portanto, a exigência de que as decisões jurídicas devem ser decisões justificadas com razão, decisões argumentadas"[68].

Consequentemente, exige-se cada vez mais que seja cumprido o dever de motivação das decisões judiciais, o que para Atienza possui "uma extraordinária importância, não só do ponto de vista estritamente jurídico (para o bom funcionamento de um sistema de recursos), senão também em um plano político"[69].

O critério de aplicação da equidade sob o paradigma do constitucionalismo, portanto, está intrinsecamente delimitado formal e materialmente pela Constituição, especialmente quando se trata da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

Ressalta-se que, conforme ensina Garcia, a efetiva realização dos direitos fundamentais tem seu conceito baseado em três características principais, "uma relacionada com a sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas sociais (eficácia-efetividade)"[70].

Considera-se que os direitos fundamentais consistem em uma pretensão moral justificada, conforme bem assevera Peces-Barba[71]:

> Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade e igualdade, com matizes que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional na história do mundo

[67] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46.

[68] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza.** p.134.

[69] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza.** p. 134.

[70] GARCIA. Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais. *In:* VALLE, Juliano Keller (Org.). **Reflexões da pós-modernidade:** estado, direito e constituição. Conceito Editorial 2008. p. 198.

[71] PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 109.

> moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista.

Portanto, não é possível uma compreensão integral do conceito e dos fundamentos dos direitos humanos, expressão esta utilizada por Peces-Barba[72], sem que a moralidade e a juridicidade sejam vislumbradas, tendo por base a dignidade humana e os ideais de igualdade, liberdade e solidariedade:

> Os direitos fundamentais devem ser uma pretensão moral que esteja justificada na dignidade da pessoa humana - seu pilar principal -, na igualdade, na liberdade e na solidariedade humana - seus outros três pilares de sustentação -. Dito em outras palavras os direitos fundamentais devem estar fundamentados em alguns valores básicos que foram se formando a partir da modernidade.

Sendo assim, a aplicação da equidade como elemento interpretativo torna-se um instrumento capaz de fazer uma aproximação do Direito com a realidade social e com as peculiaridades do caso concreto submetido a julgamento, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais discutidos no caso em questão, sem contrariar as normas constitucionais.

Ressalta-se então que a via jurisdicional tem sido um importante canal de acesso à concretização de direitos fundamentais, principalmente no que tange ao manejo de instrumentos capazes de conferir justiça ao caso concreto diante da insuficiência das regras legisladas. Neste sentido, destaca-se os dizeres de Abreu[73]:

> Com o constitucionalismo moderno emerge o Judiciário como um novo ator no processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica não só com esse novo *locus* institucional, passando a admitir, igualmente, a linguagem da justiça e não somente do Direito.

Demonstra-se, através da explanação do seguinte caso concreto, a aplicação da equidade como elemento interpretativo. Trata-se de uma decisão do Supremo Tribunal de Federal, proferida no Recurso Extraordinário nº 567.985[74], que versa sobre o direito fundamental das pessoas idosas ou portadoras de necessidades especiais ao benefício assistencial, previsto no artigo 205, inciso V, da Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993), tendo como objetivo conceder às

[72] GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. p. 198.

[73] ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 264.

[74] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** Mato Grosso. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 18 abr. 2013. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447> Acesso em: 25 nov. 2015.

essas pessoas socialmente vulneráveis, condições mínimas para que possam prover sua subsistência, e consequentemente promover a consecução de sua dignidade, e demais direitos fundamentais.

Neste caso concreto, verifica-se a aplicação da equidade, tendo em vista que a própria Lei Orgânica da Assistência Social, em seu parágrafo 3º, do artigo 20 da Lei 8.742/93, suprimia o direito ao benefício assistencial das pessoas idosas ou portadoras de necessidades especiais, ao estabelecer como parâmetro para a concessão do referido benefício o requisito objetivo da renda familiar igual ou inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo *per capita*.

O dispositivo legal que estipula o requisito objetivo para a concessão do benefício assistencial, já havia sido submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232, a qual declarou a sua constitucionalidade.

No entanto, tal decisão não superou os problemas gerados pela imposição do requisito objetivo, por não ser o único capaz de comprovar a miserabilidade do grupo familiar para a respectiva concessão do benefício assistencial. Sendo assim, devido às diversas decisões jurisdicionais no âmbito dos Juizados Especiais Federais, as quais passaram a conceder o benefício assistencial à pessoa idosa ou portadora de necessidades especiais ainda que a renda mensal do grupo familiar ultrapassasse o requisito objetivo, o caso foi alçado à análise do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal[75], por sua vez, decidiu por reconhecer a inconstitucionalidade parcial, sem declaração de nulidade, do dispositivo legal que estabelece o requisito objetivo da renda *per capita* do grupo familiar, ressaltando-se que:

> [...] foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Ademais, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal o processo de inconstitucionalização se deu devido às "notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como

[75] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.**

critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)"[76].

Ao analisar o voto de relatoria do Ministro Marco Aurélio proferido no Recurso Extraordinário nº 567.985, extrai-se os principais argumentos de sua decisão em favor da proteção do direito fundamental ao benefício assistencial previsto na Constituição Federal de 1988, com base em um juízo de equidade. Dentre tais argumentos, "Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta"[77].

Faz-se necessária, portanto, a interpretação de todo o ordenamento jurídico em consonância com a força normativa da Constituição. Neste sentido, pode-se afirmar com Hesse[78] que:

> Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Argumenta o Ministro Marco Aurélio que ao Supremo Tribunal Federal cabe o papel último de interpretar a Constituição e resguardar a sua integridade, e afirma que possui o dever de garantia sempre em favor da sociedade, ainda que contra a posição das maiorias. Assim, o texto constitucional que determina a concessão do benefício assistencial tem como objetivo conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência, e envolve os preceitos constitucionais da dignidade humana, da solidariedade social, da erradicação da pobreza e da assistência aos desamparados. Elementos estes que exigem uma intepretação constitucional adequada[79].

Quanto à dignidade humana, com base nos estudos de Luís Roberto Barroso, o referido Ministro explica que este princípio compõe-se por três elementos, quais sejam: o valor intrínseco; a autonomia; e o valor comunitário[80]. Acentua o Ministro Marco Aurélio que "Como "valor intrínseco", a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo"

[76] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.**

[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 3.

[78] HESSE. Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 20.

[79] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 4.

[80] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 3.

[81]; "Como "autonomia", a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo"[82]; já como "valor comunitário" a dignidade humana atuaria "não apenas como proteção da esfera individual, mas como limitador do exercício de direitos individuais, resguardando-o coletivamente"[83].

Neste contexto, o então Ministro Marco Aurélio ressalta que está inserida a solidariedade social como princípio constitucional, e afirma que "a ninguém foi dada a escolha de nascer nessa quadra e nessa sociedade, mas, a despeito disso, estamos todos unidos na construção de um destino comum". Desta forma, "Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos"[84].

Argumenta ainda que a "eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo"[85]. E que na dicção do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, os Poderes Públicos são compelidos "a realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição"[86].

Destaca em seu voto que o problema reside na base móvel escolhida pelo legislador, sendo que "Ao vincular a renda familiar ao salário mínimo, obteve-se a mudança, ano após ano, da linha de pobreza alcançada", e menciona que "ao fixar-se apenas no critério "renda", o legislador olvidou outros elementos do mundo dos fatos que são relevantes para o exame do parâmetro miserabilidade"[87]. Explica o Ministro relator do Recurso Extraordinário 567.985 que:

> A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada. Como se sabe, os direitos fundamentais tanto possuem uma faceta negativa, que consiste na proteção do indivíduo contra as arbitrariedades provenientes dos poderes públicos, quanto cria deveres de agir. Refiro-me à denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que tem como um dos efeitos a imposição de deveres permanentes de efetividade, sob pena de censura judicial[88].

[81] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 3.
[82] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 4.
[83] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 5.
[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 5.
[85] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 6-7.
[86] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 8.
[87] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 9-10.
[88] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 10.

No que toca à questão hermenêutica, de acordo com o voto do Ministro Marco Aurélio, sintetiza-se que O §3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social "fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça".

Não se levantou nenhuma discussão acerca da validade da regra, que sob a ótica do Ministro Marco Aurélio permanece hígida em abstrato, assim tem-se a constitucionalidade da regra em abstrato, porém sua inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, levando-se em conta as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos[89].

Conforme argumenta Ministro relator no voto em análise, com relação à derrota da regra, revela-se que a segurança jurídica e a isonomia devem ceder espaço diante da concretização da dignidade humana[90].

Extrai-se do voto em apreço, que a regra geral consiste na observância do requisito da renda mensal familiar correspondente um quarto do salário mínimo *per capita* para fins de concessão do benefício assistencial. No entanto, em casos excepcionais, em que não for possível concretizar a dignidade humana da pessoa idosa ou deficiente mesmo que o critério objetivo para a concessão do benefício assistencial não seja cumprido, o órgão julgador deve observar os demais elementos apresentados no caso concreto a fim de averiguar a real condição de miserabilidade. Transcreve-se:

> [...] sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desemparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalecentes os ditames constitucionais[91].

Portanto, no caso em comento, ao aplicar a equidade abre-se uma exceção à regra, a qual respeita o princípio da universalidade, pois tal decisão é passível de aplicação aos demais casos semelhantes. Além disso, verifica-se a importância de uma interpretação constitucional das regras pertinentes ao ordenamento jurídico, em razão da missão do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

[89] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 11.

[90] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 13.

[91] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985.** p. 18.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer desta pesquisa foi possível verificar que para Manuel Atienza o Direito consiste essencialmente em argumentar, sendo que a argumentação é indispensável à atividade jurídica. O autor considera o Direito como uma prática social, e o vê sob uma perspectiva tridimensional que envolve sua análise instrumental, pragmática e dinâmica.

Afirma-se que a exigência de fundamentação das decisões judiciais decorre do Estado de Direito, o qual pressupõe a submissão do Estado, do poder, à razão e consequentemente à argumentação, para se aferir a legitimidade das decisões judiciais.

No que se refere à equidade, após a análise desta Categoria, constatou-se que o conceito e o contexto de aplicabilidade mais adequados para a utilização deste elemento interpretativo, é o conceito de justiça como equidade baseado em uma das concepções de justiça descritas pelo filósofo grego Aristóteles em sua obra Ética à Nicômaco. Aristóteles ensina que a equidade, assim como a régua utilizada pelos construtores da ilha de Lesbos, que se adequa à forma rígida das rochas, permite a adequação da regra geral e abstrata ao caso concreto.

Neste ponto, consiste a equidade na correção da justiça legal. Trata-se, portanto, de um abrandamento do rigor da regra geral estabelecida, permitindo que o intérprete, diante do caso concreto, ao se deparar com um problema de interpretação possa realizar a adequação da norma ao caso particular diante de suas características específicas.

Sob o paradigma do constitucionalismo, em que as decisões judiciais têm como parâmetro os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, submetendo assim a atuação do órgão julgador, afirma-se que a aplicação da equidade é um instrumento adequado para a concretização dos direitos fundamentais quando a regra geral não acolhe a especificidade do caso concreto. A partir do juízo de equidade, no qual se abre uma exceção à regra geral, a decisão proferida no caso concreto é norteada pela universalidade, e assim passa a ser aplicável aos casos semelhantes que contenham as mesmas características.

Para a compreensão da aplicação da equidade como elemento interpretativo na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, destacou-se uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário 567.985, a qual desconsiderou o requisito objetivo de um quarto do salário mínimo estipulado para a concessão do benefício assistencial às pessoas idosas ou portadoras de necessidades especiais, eis que não é o único requisito capaz de

comprovar a sua real condição de miserabilidade. Destaca-se que foi constatada a inconstitucionalidade parcial, sem declaração de nulidade, da regra consubstanciada no §3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, diante de sua aplicação ao caso concreto, tendo em vista que não atendia aos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da assistência aos desamparados, da solidariedade, e da erradicação da pobreza.

Portanto, é possível utilizar a equidade como elemento interpretativo na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, sob a perspectiva da argumentação jurídica de Manuel Atienza, e tendo em vista o paradigma do constitucionalismo adotado pelo jusfilósofo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

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

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. **O direito como argumentação**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2012.

_____. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985**. Mato Grosso. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 18 abr. 2013. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447> Acesso em: 25 nov. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (Orgs.). **Direito e argumentação no pensamento de**

Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA. Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais. *In:* VALLE, Juliano Keller (Org.). **Reflexões da pós-modernidade**: estado, direito e constituição. Conceito Editorial 2008.

HESSE. Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. ampl. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STACCIARINI, Samantha. Teoria da justiça em Aristóteles. **Revista Eletrônica Direito e Política,** Itajaí, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acesso em: 24 out. 2015.

VALE, André Rufino. Filosofia do direito: discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos. **Revista Consultor Jurídico**. 05 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante> Acesso em: 05 out. 2015.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí/SC, 2013.

PRINCÍPIOS E REGRAS NO PENSAMENTO DE MANUEL ATIENZA

Célia Regina Capeleti[1]

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido e escrito sobre uma possível distinção entre Regras e Princípios, especialmente após o surgimento do Pós-Positivismo Jurídico que, dentre as inúmeras mudanças que propõe no sentido de reaproximar o Direito da moral, da justiça e da ética, aponta para uma nova visão e aplicação do Princípios jurídicos.

Diante disso, o presente trabalho se propõe a analisar o modo que as duas categorias (Regras e Princípios) são estudadas pelo jurista, filósofo e professor espanhol Manuel Atienza. Sabe-se que o autor tem se dedicado especificamente ao estudo e construção de uma Teoria da Argumentação, sustentando que a complexidade do Direito advém essencialmente do fato de que o Direito é essencialmente argumentação, de modo que para operar o Direito e garantir de alguma forma a sua mais ampla efetividade, é necessário que o Operador Jurídico compreenda que a argumentação jurídica é diferente de todas as demais argumentações[2]. Neste viés, não abordaremos sua Teoria da Argumentação especificamente, mas sim o modo como o autor conceitua e classifica as Normas jurídicas.

Para seu desenvolvimento, o trabalho será dividido em quatro itens. No primeiro estudar-se-á a caracterização do Positivismo Jurídico e do Pós-Positivismo, bem como o modo que as duas correntes enxergam as Regras e os Princípios. No segundo, tratar-se-á da abordagem de Ronald Dworkin sobre as Normas jurídicas. No terceiro, abordar-se-á a teoria de Robert Alexy sobre as Regras e os Princípios. Por fim, no último item, analisar-se-á, as reflexões feitas por Manuel Atienza sobre as Regras e os Princípios.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados foi composto na base Lógica Indutiva[3] e foi

[1] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Técnica Judiciária do Poder Judiciário de Santa Catarina. E-mail: celia.capeleti@tjsc.jus.br

[2] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 19.

[3] "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]." *in*

utilizada a técnica da Pesquisa Bibliográfica[4]. Utilizou-se, ainda a técnica do Referente[5].

1. PRINCÍPIOS E REGRAS NO POSITIVISMO E NO PÓS-POSITIVISMO

O contexto do surgimento do Positivismo Jurídico é aquele da passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea - final do século XVIII, início do século XIX, momento em que a sociedade reclamava limites ao poder absolutista e concentrado do soberano.

Nesta época em que imperava o direito natural, os movimentos constitucionais (França 1791 e Estados Unidos 1787) trouxeram à tona a figura da lei, a qual passou a ser o grande legitimador da soberania popular, como único meio legítimo para que o soberano impusesse obrigações ao povo. Assim, os valores do direito natural são abandonados, o direito é separado do divino e nasce a busca pela objetividade do sistema, passando o direito a ser produto da vontade humana a partir de sua criação pelo Estado por meio da lei.

Nesta senda, "o Positivismo Jurídico é uma concepção de direito que nasce quando 'direito positivo' e 'direito natural' não são mais considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio", de modo que "por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito."[6]

Hans Kelsen[7], em sua "Teoria Pura do Direito", defende a ideia de que o direito "se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir desde conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isto que dizer: ela expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos." Na visão kelseniana a análise do direito deve ser desprovida da análise de valores, da moral ou dos costumes; o fenômeno jurídico deve ser concebido sem levar em consideração aspectos como a sociologia, a política, a psicologia, etc. A lei é o comando maior

---

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 86.

[4] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." *in* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 209.

[5] "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), dos objetivo(s) e do produto deseja, delimitando o alcance temático e de abordagem para um atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." *in* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p. 54.

[6] BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26

[7] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 67.

e deve ser observada, sendo justa ou não.

Para o Positivismo Jurídico, o ordenamento jurídico, que é tido como completo com conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, é constituído por um sistema complexo de Normas organizadas de forma escalonada; existe uma aproximação plena entre Direito e Norma e esta é uma ordem jurídica que emana do Estado. Ademais, a validade das Normas decorre de um procedimento seguido para sua criação, pouco importando o seu conteúdo. Ao juiz cabe a aplicação das Normas por meio da subsunção, devendo julgar todas as controvérsias que se apresentem com base na lei.

Neste contexto, os Princípios têm natureza supletiva e interpretativa, e são considerados somente quando originados da própria lei, ou seja, quando expressamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico. A eficácia dos Princípios é puramente política.

É cediço que com o passar do tempo o direito positivo acabou por autorizar e legitimar inúmeras barbáries e atrocidades no mundo[8], estando instalada a tirania da lei, de modo que se fez necessária a reaproximação desta à moral e à justiça, surgindo então, no século XX, o Pós-Positivismo Jurídico como um novo pensamento jusfilosófico, com o intuito de impor certos limites valorativos aos aplicadores do direito.

O Pós-Positivismo busca uma reaproximação entre o Direito a Moral, a Justiça e a Ética, não por meio de fundamentos vagos ou valores metafísicos típicos do direito natural, mas por meio de reconhecimento e interpretação de Princípios jurídicos abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Neste contexto de uma sociedade pós-moderna marcada pela fragmentariedade e complexidade, ainda é preservada a segurança jurídica conquistada pelo Positivismo Jurídico e suas Regras, mas estabelecem-se Princípios explícitos e implícitos nas Constituições, os quais têm plena força normativa. Desse modo, o Pós-Positivismo congrega idéias tanto do jusnaturalismo, quanto do Positivismo Jurídico, visando a uma nova conformação do Direito.

Os Princípios ganham um papel de destaque no Pós-Positivismo e dois autores tem grande influência na formulação de uma teoria do direito que apresenta os Princípios Jurídicos de uma

[8] "Assim o mundo acostumou-se à expulsão e matança compulsória em escala astronômica, fenômenos tão conhecidos que foi preciso inventar novas palavras para eles: "sem Estado" (apátrida) ou "genocídio". A Primeira Guerra Mundial levou à matança de um incontável número de armênios pela Turquia – o número mais habitual é de 1,5 milhão -, que pode figurar como a primeira tentativa moderna de eliminar toda uma população. Foi seguida depois pela mais conhecida matança nazista de cerca de 5 milhões de judeus – os números permanecem em disputa (Hilberg, 1985) *in* HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

forma oposta àquela trazida pelo pensamento positivista, são eles o norte-americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, cujas ideias estudaremos a seguir.

2. PRINCÍPIOS E REGRAS EM RONALD DWORKIN

Em 1967, o norte-americano Ronald Dworkin foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os Princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. Para o autor as Normas jurídicas são de três espécies: Regras, Princípios e diretrizes políticas.

As diretrizes políticas são "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)"[9].

Já os Princípios são um "padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade."[10]

Para estabelecer a distinção entre Princípios e diretrizes políticas, sustenta o autor que "os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetos."[11]

No tocante às Regras, ensina que a principal diferença entre elas e os Princípios é de natureza lógica, uma vez que os dois conjuntos de padrões (Regras Jurídicas e Princípios Jurídicos) apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas. Contudo, as Regras se aplicam à maneira *all or nothing*, já os Princípios têm uma dimensão de peso ou importância.

Ensina o autor: "Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui

[9] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously. p. 36.

[10] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 36.

[11] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 141.

para a decisão."[12] Assim, pode-se dizer que as Regras apresentam consequências jurídicas que se seguem de forma automática quando as condições são dadas.

O mesmo não acontece com os Princípios, pois estes não tem o condão de estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Segundo Dworkin[13], ocorre exatamente o contrário, pois "os Princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular." Para o autor, os Princípios possuem uma dimensão que as Regras não têm, ou seja, uma dimensão de peso ou importância, ensina ele[14]:

> Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.

Assim, para o autor, os Princípios interagem e entram em conflito uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses Princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um

---

[12] E continua: Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreedimento que elas regem - um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador *[catcher]* deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra." *In* DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 39/40.

[13] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 41.

[14] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 42/43. Itálico no original.

dentre eles como "válido".

3. PRINCÍPIOS E REGRAS EM ROBERT ALEXY

Em 1979, o alemão Robert Alexy tratou da temática das Regras e dos Princípios ao formular sua teoria dos direitos fundamentais. Alexy, apesar de apresentar os Princípios com valor normativo em confronto às teorias positivistas que os apontam com mero caráter supletivo, está mais preocupado em aprofundar um distinção entre Princípios e Regras, com o intuito de determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação baseada neles.

O autor parte da teoria de Ronald Dworkin, porém, ao contrário deste, subdivide as Normas jurídicas em duas espécies: Regras e Princípios. Eis as suas definições[15]:

> Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra, a forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados, Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como 'mandamentos de otimização'. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo.

Assim, observa-se que para o autor a diferença entre Regras e Princípios é qualitativa e não de grau, de modo que a distinção entre as duas Normas está na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições do dever-ser.

Alexy, ademais, trabalha a questão dos conflitos entre Normas, e sustenta que um conflito entre Regras deve ser solucionado por meio da introdução de regras de exceção, caso isso não seja suficiente para a solução, deve-se declarar inválida umas das regras, eliminando-a do ordenamento jurídico. Assim, verifica-se que um conflito de Regras se opera no nível da validade jurídica, ou seja, não comporta graus, pois a Regra vale ou não vale juridicamente, sua aplicação

[15] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** org./trad. Luís Afonso Heck. 3. ed.rev. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011. p. 37.

ocorre por simples subsunção.

Já um conflito entre Princípios não pode ser solucionado da mesma forma. Quando dois Princípios colidem nenhum será declarado inválido, ao contrário, a solução para o conflito será determinada pelas circunstâncias do caso concreto, prevalecendo o Princípio de maior peso por meio da ponderação dos interesses envolvidos. Segundo Alexy[16], "a ponderação é uma das operações mais importantes para a produção e asseguramento da coerência e, com isso, da unidade do sistema jurídico", e continua:

> O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Alexy desenvolveu um procedimento para a aplicação da ponderação, o qual ele chama de Lei da Ponderação e deve ser realizado em três graus, quais sejam[17]: "No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro."

4. PRINCÍPIOS E REGRAS EM MANUEL ATIENZA

Manuel Atienza trabalha a distinção entre Regras e Princípios no artigo escrito com Juan Ruiz Manero, intitulado *Sobre principios y reglas*[18]. O autor apresenta os diversos sentidos atribuídos à categoria Princípios e, apoiando-se na ideias de Genaro Carrió[19] e Riccardo Guastini[20], expõe uma tipologia de Princípios dividida em oito possibilidades, vejamos: 1. Princípio no sentido de norma muito geral, entendida esta como as regras que regulam um caso cujas propriedades relevantes são muito genéricas. O princípio é mais geral que as regras que se aplicam ao caso; 2. Princípio no sentido de norma escrita em termos vagos, que se utiliza de conceitos jurídicos

[16] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** p. 38.

[17] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** p. 68.

[18] ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. Reprodução Original *in* Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991), pp. 101-120. Versão Digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/> Acesso em: 10 set 2015.

[19] CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**, *in* Notas sobre Derecho y lenguaje, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986 (3.ª edición).

[20] GUASTINI, Riccardo. **Principi del diritto**, *in* Dalle fonti alle norme, Giappichelli, Torino, 1990.

indeterminados, de modo que a maioria dos casos ordinários podem ser ou não contemplados pela norma, sendo imprescindível a atuação do intérprete, por meio da ponderação dos fatores relevantes, para levar o princípio à concreção; 3. Princípio no sentido de norma programática e diretiva, ou seja, que estipula uma obrigação de buscar certos fins; 4. Princípio no sentido de norma que expressa valores superiores de um ordenamento jurídico; 5. Princípio no sentido de norma especialmente importante ainda que seu grau de generalidade possa ser relativamente baixo; 6. Princípio no sentido de norma de elevada hierarquia. Neste caso todas as Normas constitucionais seriam princípios; 7. Princípio no sentido de norma dirigida aos órgãos de aplicação das Normas e que apontam como se deve selecionar a norma aplicável, como interpretar, etc.; 8. Princípio no sentido de *regula iuris*, ou seja, de enunciado máximo da ciência jurídica com enorme grau de generalidade que permite a sistematização do ordenamento jurídico ou de um setor dele.

Manuel Atienza entende que esta tipologia não tem caráter exaustivo nem excludente, e apresenta uma classificação para a categoria Princípios. Para ele os Princípios podem ser compreendidos de três formas: 1. Princípios em sentido estrito e Princípios como diretrizes e Normas pragmáticas; 2. Princípios no contexto do sistema primário (dos súditos) e Princípios no contexto do sistema secundário (do juiz ou dos órgãos judicantes); 3. Princípios Explícitos e Princípios Implícitos.

Para Manuel Atienza, Princípio em sentido estrito traz a mesma concepção de Princípio no sentido de norma que expressa valores superiores de um ordenamento jurídico, e Princípio como diretriz ou norma programática é semelhante a Princípio como norma que estipula uma obrigação de buscar certos fins específicos.

A segunda classificação aponta os Princípios no contexto do sistema primário, o sistema dos súditos e os Princípios no contexto do sistema secundário, o sistema dos juízes ou dos órgãos jurídicos, sendo aquelas pautas de comportamento formulados como princípios em sentido estrito ou como Normas programáticas, enquanto dirigidos a guiar a conduta das pessoas, e estes enquanto dirigidos ao exercício de poderes normativos pelos órgãos de produção jurídica. Atienza salienta que esta classificação é exaustiva, porém não excludente, bem como aduz que existem Princípios que se limitam a guiar o exercício dos poderes normativos, porém não existem Princípios que guiem somente condutas não normativas, pois todos os Princípios que guiam a conduta normativa dos destinatários das Normas guiam também a conduta normativa dos seus órgãos de aplicação.

A terceira classificação apresenta os Princípio Explícitos e os Princípio Implícitos, sendo aqueles os que estão formulados expressamente no ordenamento jurídicos e estes os que são extraídos a partir de enunciados presentes no ordenamento.

Assentada a classificação da categoria Princípios, o autor aduz que: "*los Derechos están formados por Normas [...] y que las Normas pueden, a su vez, ser reglas o principios* "[21], sendo que distinguir Regras de Princípios é o grande problema que se apresenta e que pode ser resolvido por meio de dois enfoques: o Estrutural que enxerga as Normas como entidades organizadas de uma determinada forma; o Funcional que dá enfoque no papel e na função que as Normas cumprem perante seus destinatários.

Se adotado o primeiro enfoque, o Estrutural, as Regras podem ser tidas como formulações que sempre recorrem a um esquema condicional de correlação entre caso e solução. Quanto aos Princípios a única classificação abarcada pelo enfoque Estrutural é a que os considera em Sentido Estrito e como Normas Programáticas, pois nesta classificação os Princípios podem ser considerados como enunciados que correlacionam caso e solução. Neste cenário a diferença entre as Regras e os Princípios é que estes configuram o caso de forma aberta e aquelas de forma fechada, ou nas palavras do próprio autor[22]:

> La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra).

Partindo da conceituação do Robert Alexy que apresenta os Princípios como mandados de otimização que podem ser cumpridos em diversos graus e as Regras como Normas que exigem pleno cumprimento caso sejam válidas, Manuel Atienza defende que os Princípios podem ser cumpridos em diversos graus somente se estiverem se referindo a Normas Programáticas, jamais quando forem Princípios em sentido estrito, pois neste caso devem ser cumpridos a partir do modelo *all or nothing*. Para exemplificar apresenta o Art. 14 da Constituição Espanhola que trata do Princípio da Igualdade, e defende que "*en la combinación de factores relevantes que presenta*

[21] ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. p. 107.

[22] ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. p. 108.

un determinado caso individual, frente a principios o reglas que jueguen en sentido contrário, este princípio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento"[23].

Para Manuel Atienza a diferença entre um Princípio em sentido estrito e Princípio como diretriz ou norma programática é que os Princípios em sentido estrito são mandados de otimização somente no sentido de que ao estar configuradas de forma aberta suas condições de aplicação, a determinação de sua prevalência ou não em um caso individual exige sua ponderação, porém uma vez determinada a prevalência, exige-se seu cumprimento pleno. Já os Princípios como diretrizes ou Normas programáticas, ao contrário, ao determinar a obrigatoriedade de utilização de meios idôneos para se perseguir determinado fim, deixam aberto o modelo de conduta prescrito, de modo que podem ser cumpridos em vários graus.

Outra distinção possível entre Regras e Princípios para Manuel Atienza é aquela que os considera como fundamento para a decisão. A partir deste critério, as Regras e Princípios devem ser entendidas enquanto dirigidos às autoridades normativas, especificamente aos órgãos jurisdicionais (Princípios Secundários).

As Regras, consideradas como fundamento para decidir, são peremptórias e independem de seu conteúdo. Assim, uma vez presentes as condições para sua aplicação, os órgãos jurisdicionais devem se abster de expressar juízos de valor sobre ela, devendo somente verificar se a norma é válida, ou seja, oriunda de uma fonte legítima e aplicá-la.

Os Princípios Explícitos, considerados como fundamento para a decisão, independem de seu conteúdo, porém não são peremptórios. Não se leva em consideração seu conteúdo porque sua utilização pelos órgãos jurisdicionais é semelhante à aplicação da Regras, ou seja, o que importa é a sua origem de uma determinada fonte.

Os Princípios Implícitos, por sua vez, não são peremptórios (da mesma forma que os explícitos) e dependem do conteúdo pois devem formar a razão dos órgãos jurisdicionais não em virtude de sua origem, mas sim pela qualidade do seu conteúdo, ou seja, pela justiça que está intrínseca neles.

Assim, conclui Manuel Atienza[24]:

[23] ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. p. 109/110.

[24] ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. p. 112.

> Puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto a su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al por qué de su presencia en él, lo son, en todo caso, sólo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos.

O mesmo critério, Regras e Princípios tidos como fundamento para decisão, pode ser aplicada sobre os Princípios Primários, ou seja, enquanto dirigidos a todas as pessoas. Sob essa análise, as Regras aparecem como razão peremptórias e os Princípios como razões a serem ponderadas com outras razões.

Atienza ainda desenvolve a análise dos Princípios a partir do enfoque Funcional, distinguindo duas funções básicas desempenhadas por eles: Explicativa e Justificadora.

Os Princípios, para o autor, cumprem a função Explicativa em dois sentidos. Primeiro por sua capacidade de sintetizar uma grande quantidade de informações, pois com referência a uns poucos Princípios é possível compreender o funcionamento de um instituto ou de um ordenamento jurídico. Segundo, pelo fato dos Princípios permitirem a compreensão do Direito como um conjunto ordenando e dotado de sentido.

Os Princípios a partir de sua função Justificadora, ou seja, tidos como fundamentos jurídicos e considerando sua contribuição para a argumentação jurídica, segundo Atienza, podem ser mais ou menos que as Regras. São menos que as Regras, quando a Regra é acertada, pois neste caso é desnecessário um processo de ponderação de razões, a regra reduz a complexidade do processo argumentativo. São mais que as Regras, pelo fato de seus enunciados trazerem termos mais genéricos, de modo que abarcam um número maior de situações, alcançando um campo maior de fundamentação.

Ainda no que se refere ao Princípios como fundamentos para decisão, Manuel Atienza salienta que às vezes supõe-se que sua utilização pelos órgãos jurisdicionais ocorre somente quando há necessidade de se enfrentar casos difíceis, pois na visão geral nos casos fáceis as Regras são suficientes para justificar a decisão. Contudo, diz o autor que está forma de ver as coisas é inaceitável, vejamos[25]:

[25] ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. **Sobre principios y reglas**. p. 117/118. Itálico no original.

> Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate. Y "que dotan de sentido" puede tener, a su vez –como ya se ha indicado–, un doble sentido: puede tratarse de los valores cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla, o bien de los objetivos sociales para cuya consecución el cumplimiento de la regla aparece como medio. Pero, en uno u otro de los sentidos de "dotar de sentido", es a la luz de los principios explícitos o implícitos del sector normativo de que se trata como cabe determinar si un caso es fácil o difícil. Lo anterior tiene importantes consecuencias, porque invalida una imagen muy extendida acerca de la manera como el Derecho guía la conducta de los órganos jurisdiccionales. Dicha imagen podría resumirse así: el Derecho guía primaria y centralmente tal conducta mediante reglas, esto es, mediante razones perentorias (razones –repetimos– para dictar una resolución cuyo contenido esté basado en el de la regla y para excluir que opere ninguna otra razón como base del contenido de la resolución) y sólo requiere de la deliberación de los órganos jurisdiccionales en zonas periféricas: zonas periféricas originadas, bien por los déficits del lenguaje ordinario (casos que caen dentro del área de penumbra del significado de los términos empleados en la formulación de la regla), bien en el relativo desconocimiento de los hechos futuros y la relativa indeterminación de propósitos del legislador (supuestos de lagunas y antinomias normativas y también de atribución a los órganos jurisdiccionales de potestades discrecionales en la resolución de determinados casos). En esta concepción, lo central de la conducta jurídicamente guiada de los órganos jurisdiccionales es la obediencia a razones perentorias; la deliberación acerca de razones no perentorias es periférica o marginal. Ahora bien, si la consideración de un caso como fácil, esto es, como subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para la resolución del mismo, sólo puede hacerse teniendo en cuenta principios, entonces la dimensión de obediencia a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria: la obediencia a tales razones exige la previa deliberación y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta. Naturalmente, el Derecho no reconoce a cualquier razón válida como un integrante legítimo de tal deliberación: salvo que el Derecho faculte en algún caso al órgano jurisdiccional para atender a razones distintas de las que él mismo contiene, ha de tratarse de razones contenidas en el propio Derecho, esto es, de principios explícitos o implícitos. Puede hablarse así de una deliberación normativamente guiada que, si se quiere, constituye también una forma de "obediencia", pero – y esto es lo importante– sustancialmente diferente de la obediencia que consiste en el seguimiento de una razón perentoria.

O autor conclui afirmando que o Direito constitui, para os órgãos jurisdicionais, um sistema excludente em dois níveis, em dois sentidos. O primeiro sentido/nível impõe aos órgãos jurisdicionais o dever de compor um equilíbrio de razões baseado somente em Normas jurídicas, sendo admissível a consideração de outras razões apenas na medida em que as Normas jurídicas as permitam. O segundo sentido/nível impõe que a composição das razões, não em todos os casos, mas em sua maioria, será feita com base em Regras, ou seja, é uma razão peremptória. Assim dividem-se os dois grupos: aquele cuja decisão é baseada no equilíbrio de razões legais integrada na deliberação do tribunal, e aquele em que esse equilíbrio de razões exige o abandono de deliberação, pois é adotada uma razão peremptória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina tradicional não contrapunha Regras e Princípios, mas sim Norma e Princípio ou Norma e Máxima, pois os Princípios não eram tidos como Normas. Com o surgimento do Pós-Positivismo Jurídico os Princípios passaram a ganhar caráter normativo, sendo as Regras e os Princípios considerados subespécies de Normas.

Desde então, os estudiosos do Direito têm buscado conceituar e estabelecer uma possível distinção entre as duas categorias, especialmente no intuito de facilitar a aplicação do Direito. Nesta tarefa destacamos os trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas podemos encontrar inúmeros outros nomes de juristas que já buscam estabelecer uma distinção.

O estudo do professor Manuel Atienza sobre o assunto foi nosso foco neste trabalho e para apresentar sua conceituação para Regras e Princípios, o autor partiu de uma classificação para a categoria Princípios, estabelecendo uma tipologia com três itens, como estudamos, e, em seguida, procurou estabelecer uma distinção com base num enfoque Estrutural e Funcional.

Assim, observa-se que a teoria do autor aponta que em nossas Constituições nem todos os direitos tem uma mesma estrutura e nem desempenham o mesmo papel no pensamento prático jurídico, pois uma coisa são os direitos como Princípios em sentido estrito e outra os que adotam uma forma diretiva de Normas programática. Saber se se trata de uma coisa ou outra não é uma questão ontológica, senão uma decisão do constituinte.

Conclui-se, ainda, que para o autor a necessidade de traçar uma distinção entre Princípios em sentido estrito e diretrizes é basicamente uma consequência de assumirmos a Constituição como um conjunto de Normas vinculantes e não como uma série de Princípios morais que podem ser interpretados livremente com base na discricionariedade dos juízes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. org./trad. Luís Afonso Heck. 3. ed.rev. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

ATIENZA. Manuel; MANERO. Juan Ruiz. Sobre principios y reglas. Reprodução Original *In* Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 10 (1991), pp. 101-120. Versão Digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, Disponível em: <

http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/> Acesso em: 10 set 2015.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CARRIÓ, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico, *in* **Notas sobre Derecho y lenguaje,** Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986 (3.ª edición).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

GUASTINI, Riccardo. Principi del diritto, *in* **Dalle fonti alle norme**, Giappichelli, Torino, 1990.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM MANUEL ATIENZA E A DECISÃO DO STJ SOBRE ALTERAÇÃO DO PATRONÍMICO MATERNO NO REGISTRO CIVIL EM VIRTUDE DO DIVÓRCIO

Yasmine Coelho Kunrath[1]

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se propõe a estudar a Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza e, com base nela, analisar e avaliar uma decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no ano de 2009, que permitiu a alteração do registro civil de nascimento de uma pessoa para que fizesse constar o nome atual de sua mãe, alterado em virtude do divórcio.

Assim, tem-se como objetivo geral avaliar se a decisão tomada pelo STJ está fundamentada em uma boa ou má argumentação de acordo com a Teoria em questão. Para tanto, os objetivos específicos traçados são entender o que propõe a Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza; analisar a decisão judicial à luz desta teoria; e finalmente, avaliar a decisão de acordo com os critérios propostos por Atienza.

O objeto aqui estudado encontra relevância na essência da atividade jurídica: as atividades exercidas por qualquer jurista dependem, em boa medida, da argumentação. Além disso, Manuel Atienza representa um dos teóricos de maior destaque sobre o tema, mundialmente reconhecido.

Ademais, a decisão do STJ escolhida para análise tem importância fundamental na seara registral e do Direito de família. Isso porque representa um grande avanço no sentido de permitir aos indivíduos sua correta identificação, sem que seja submetido a constrangimentos e importunos quando sua mãe ou seu pai alterarem o nome em razão da separação ou do divórcio. Frise-se que na sociedade atual, indivíduos cujos pais sustentam o estado civil de separados ou divorciados são cada vez mais comuns.

Porém, há necessidade de avaliar se essa decisão está realmente fundada em uma boa

[1] Mestranda na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (CAPES - Conceito 5), na linha de pesquisa Constitucionalismo e produção do Direito. Pós-graduanda em Direito Notarial e Registral na Faculdade Damásio. Advogada. Estudante para concursos públicos na área do Direito Notarial e Registral.

argumentação, principalmente pelo caráter possivelmente expansivo de que gozam os julgados das cortes superiores, permitindo sua aplicação, enquanto precedentes, a uma quantidade infinita de casos concretos.

Assim, a fim de alcançar os objetivos propostos e resolver o problema apresentado, este estudo se inicia com as proposições da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza, expondo sobre a relevância da argumentação no campo jurídico, conceituando-a e contextualizando-a, abordando as suas funções, suas concepções formal, material e pragmática, e, na parte específica, ensinando como analisar e avaliar as argumentações jurídicas. Por fim, uma proposta de como argumentar juridicamente.

Em um segundo momento, analisa-se a decisão tomada pelo STJ de acordo com as questões propostas na teoria de Atienza. Por fim, procede-se à sua avaliação, também nestes termos.

1. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARA MANUEL ATIENZA

Pode-se encontrar a prática de argumentação nos mais diversos campos do conhecimento, e no Direito não é diferente: um advogado deve argumentar para defender os interesses de seu cliente; um juiz deve expor as razões e fundamentos que formaram o seu convencimento, o porquê de tomar uma decisão e não outra.

Atienza [2] lembra que "Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um "bom jurista" talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade."

Complementa que "[...] argumentar constitui uma atividade central dos juristas – poucas profissões consistem mais genuinamente que a dos juristas em fornecer argumentos – e que o Direito oferece um dos campos mais importantes para a argumentação"[3].

Dessa íntima relação com o Direito surgiram teorias de argumentação jurídica a partir dos anos 1950, quando a comunidade jurídica se deu conta de que a lógica era insuficiente para

[2] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** Teorias da argumentação jurídica. 2 ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. P. 17

[3] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 332.

abordar todos os aspectos argumentativos[4].

Além disso, essas teorias nascem sob a perspectiva de uma nova Teoria do Direito que objetivará superar uma teoria positivista legalista (notadamente para vencer sua "obsessão pela objetividade e exatidão, traduzidas em uma leitura do fenômeno jurídico despida de valores[5]"), e que se preocupará principalmente com as questões de interpretação e construção de sentido em processos argumentativos das normas jurídicas[6].

> Podemos dizer, neste sentido, que essa teoria do Direito [...] nasce como uma teoria da argumentação jurídica. Ela postula, em oposição ao positivismo, a possibilidade de se realizar uma análise racional da atividade valorativa humana, resgatando a herança aristotélica e combinando-a com novos elementos extraídos da linguística, da filosofia da linguagem, da lógica, da ética e de outros campos de conhecimento[7].

Na atualidade, o estudo de uma teoria da argumentação jurídica é, cada vez mais, relevante. Isso se deve a uma série de fatores, dentre eles: o destaque que vem tendo a dimensão argumentativa da prática do Direito no contexto de um Estado Constitucional; as mudanças nos sistemas jurídicos a fim de exigir em um número cada vez maior de situações argumentos jurídicos de qualidade; além disso, uma mudança lenta de mentalidade nas escolas de Direito, onde o ensino dos conteúdos de sistemas jurídicos dá lugar ao ensino da prática argumentativa jurídica[8].

Essa teoria "[...] tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos[9]", ou seja, campos do mundo jurídico em que pode ser observada a atividade de argumentação.

Para Atienza[10] essa argumentação pode, inicialmente, ser observada em três contextos jurídicos diferentes: na produção ou estabelecimento de normas jurídicas, na aplicação das normas, e na dogmática jurídica.

No primeiro âmbito, o de produção ou estabelecimento de normas jurídicas, poderia ser estabelecida uma diferenciação entre as argumentações da fase pré-legislativa (surgimento do

---

[4] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. P. 313

[5] CRUZ, Paulo Márcio. ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. P. XIV.

[6] CRUZ, Paulo Márcio. ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. P. XIV-XV.

[7] CRUZ, Paulo Márcio. ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. P. XV.

[8] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[9] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. P. 18.

[10] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 18-19.

problema social, discussões pela sociedade, formação da opinião pública, proposta de solução em uma medida legislativa) e da fase legislativa propriamente dita (quando o problema social é considerado por algum órgão governamental, seja este integrante do legislativo ou outro)[11].

"Enquanto na fase pré-legislativa se pode considerar que os argumentos têm, em geral, um caráter mais político e moral que jurídico, na fase legislativa os papéis se invertem, passando para o primeiro plano as questões de tipo 'técnico-jurídico'."[12]

No contexto da aplicação das normas aos casos em concreto, a argumentação é realizada tanto pelos juízes quanto pelos órgãos administrativos e particulares. Aqui, "[...] a teoria da argumentação jurídica dominante se centra nas questões – os casos difíceis –, relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da justiça"[13].

Por fim, no âmbito da dogmática jurídica:

> A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias me que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico. As teorias comuns da argumentação jurídica se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve para cumprir a segunda dessas funções[14].

Enquanto os processos argumentativos da dogmática se ocupam com questões abstratas, oferecendo aos órgãos julgadores argumentos para que julguem casos concretos com maior facilidade, os processos argumentativos dos órgãos aplicadores baseiam-se em casos concretos para a tomada de decisões jurídicas nos casos levados a seu apreço, apesar da possibilidade de se encontrar julgadores resolvendo casos abstratos (é o caso do julgamento de inconstitucionalidade de lei, por exemplo)[15].

Estudado o objeto das teorias da argumentação jurídica, cabe ressaltar aqui, conforme supramencionado, a superação da lógica jurídica pela argumentação jurídica. A segunda vai além da primeira porque os argumentos jurídicos "[...] podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica: por exemplo, da perspectiva psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal"[16].

[11] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 18.
[12] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 18-19.
[13] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. P. 19.
[14] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 19-20.
[15] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 20.
[16] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 52.

> Por outro lado, a lógica jurídica vai além da argumentação jurídica no sentido de que tem um objeto de estudo mais amplo. Para esclarecer isso podemos utilizar uma conhecida distinção feita por Bobbio (1965) dentro da lógica jurídica. Na sua opinião lógica jurídica seria constituída pela lógica do Direito, que se concentra na análise da estrutura lógica das normas e do ordenamento jurídico, e pela lógica dos juristas, que se ocupa do estudo dos diversos raciocínios ou argumentações feitos pelos juristas teóricos ou práticos[17].

Dessa forma, a lógica jurídica é um dos elementos necessários à argumentação jurídica, mas não – ou quase sempre não – suficiente. Uma teoria da argumentação jurídica consiste justamente em negar a suficiência da lógica puramente considerada como raciocínio jurídico. Ela é apenas uma das concepções (conforme será visto adiante) a partir das quais se pode tratar a argumentação jurídica.

Manuel Atienza[18] propõe:

> Uma teoria da argumentação jurídica deve ser avaliada a partir de três perspectivas diferentes, isto é, considerando qual é seu objeto, seu método e sua função. Por outras palavras, tratar-se-ia de ver o que explica a teoria em questão, como explica e para quê, isto é, que finalidade instrumental ou não, manifesta ou latente, ela cumpre.

Ao examinar teorias precedentes de argumentação jurídica como por exemplo as de MacCormick[19], Alexy[20], Perelman[21] e Toulmin[22], Atienza[23] assevera que todas elas possuem deficiências nessas três dimensões (objeto, método e função), apresentando propostas alternativas para sua superação.

Quanto ao objeto, Atienza[24] explicita que "[...] a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo".

Propõe que uma teoria da argumentação jurídica para abranger os fatos em seu objeto de estudo, deveria considerar teorias argumentativas desenvolvidas em outros campos do conhecimento, como o científico por exemplo. Além disso, deveria aproximar-se da sociologia do

[17] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 52.

[18] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 314.

[19] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Traduzido por Waldéa Bastos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[20] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

[21] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação.** Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[22] TOULMIN, Stephen E. **Os Usos do Argumento**. Traduzido por Reinaldo Guarany e Marcelo Brandão Cipolla. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[23] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 314.

[24] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. P. 315.

Direito, e não apenas da teoria da moral ou teoria do Direito[25].

Ademais, uma teoria da argumentação jurídica deve se ocupar não apenas dos raciocínios correspondentes aos campos da elaboração e aplicação do Direito, mas também do campo de produção do Direito, ou seja, o processo legislativo[26].

"Na minha opinião, (cf. Atienza, 1989b), a legislação – e em geral o processo de produção das normas jurídicas – pode ser vista como uma série de interações que ocorrem entre elementos diferentes: os redatores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores das normas."[27]

Já no que tange ao contexto da aplicação do Direito, as teorias antecedentes desconsideram o fato de que "[...] a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação", e que uma teoria argumentativa deve levar em conta também o raciocínio utilizado nos procedimentos jurídicos de solução de conflitos[28].

Por fim, uma teoria da argumentação jurídica deve ser, além de prescritiva, descritiva. "Ela deve ser capaz de dar conta suficientemente dos argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica"[29].

Quanto à metodologia, Atienza assevera que uma teoria da argumentação jurídica plenamente desenvolvida deve apresentar um método que possibilite a adequada representação do processo argumentativo, bem como critérios que permitam o julgamento das argumentações e seus resultados (decisões jurídicas)[30].

Para Atienza[31]:

> Um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões. Tanto MacCormick quanto Alexy recorrem, para isso, à lógica formal dedutiva – digamos, à lógica clássica –, mas me parece que esta, por si só, não é um instrumento suficiente para cumprir esse objetivo.

Isso porque na argumentação jurídica, "[...] têm um papel fundamental as relações de 'ser um argumento a favor de' e 'ser um argumento contra', que não podem ser traduzidas

[25] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 315-316.
[26] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 316.
[27] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 316-317.
[28] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 318.
[29] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 318.
[30] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 319-320.
[31] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 320.

adequadamente em termos da noção habitual de inferência lógica"[32].

E ainda, "[...] o processo de argumentação não é, por assim dizer, linear, mas antes reticular, seu aspecto não lembra uma cadeia, e sim a trama de um tecido"[33].

Dessa forma, Atienza[34] apresenta uma sucessão de passos que caracterizam o processo argumentativo realizado em um caso difícil: em primeiro lugar, a identificação do problema a ser resolvido; em segundo lugar, identificar se esse problema surge por insuficiência ou por excesso de informação; terceiro, a construção de hipóteses de solução do problema; em quarto lugar, a justificação das hipóteses formuladas (apresentar argumentos a favor da solução proposta); em último lugar, a justificação interna, a passagem que vai das novas premissas à conclusão.

Já no que tange a critérios de correção dos processos argumentativos, Atienza[35] entende que apesar das teorias padrão da argumentação jurídica terem contribuído sensivelmente notadamente com a noção de racionalidade prática, elas apenas apresentaram critérios mínimos. Esta racionalidade prática deveria ser ampliada para que contemplasse uma teoria da equidade, da discricionariedade ou da razoabilidade, oferecendo algum critério para a solução dos casos difíceis.

Quanto às funções da Teoria argumentativa do Direito, Atienza[36] expõe: "Uma teoria da argumentação jurídica deveria cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral."

A primeira função descrita por Atienza, a de caráter teórico ou cognoscitivo, diz respeito à possibilidade de contribuição da teoria da argumentação jurídica para outras disciplinas, bem como ao quanto a teoria da argumentação jurídica "[...] permite uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico e da prática de argumentar"[37].

> A ideia de Alexy de que o Direito deve ser visto, por um lado, como um sistema de normas (é a perspectiva da teoria padrão – estrutural – do Direito) e, por outro lado, como um sistema de

[32] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 320.
[33] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 320.
[34] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. P. 324-329.
[35] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 330-331.
[36] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 332.
[37] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 332.

> procedimentos (essa seria a perspectiva assumida pela teoria da argumentação jurídica) me parece essencialmente certa[38].

Por outro lado, "[...] está igualmente claro que uma teoria desenvolvida da argumentação jurídica não pode ser construída ignorando-se os estudos sobre a argumentação que se realizam em outros campos que não o Direito"[39].

A segunda função descrita é a de natureza prática ou técnica, e pode ser definida como uma função orientadora nas atividades de produzir, interpretar e aplicar o Direito. Trata-se de uma "[...]função de caráter instrumental (dirigida tanto aos práticos do Direito quanto aos cultivadores da dogmática jurídica)"[40].

No entanto, Atienza[41] assevera que existem ainda outras funções práticas relevantes que a teoria da argumentação jurídica deve adimplir: a) a construção de sistemas jurídicos hábeis; b) o ensino do Direito (processo de aprendizagem que ensinasse não apenas o Direito positivo, mas também como pensar e raciocinar como um jurista.

A terceira das funções propostas é a política ou moral, e pode ser caracterizada como aquela ligada à ideologia jurídica em que está baseada a argumentação. Segundo Manuel Atienza[42]:

> Na minha opinião, a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva.

Sendo assim, pode-se chegar à conclusão de que o Direito positivado nos Estados democráticos não apresenta necessariamente a melhor solução imaginável ao caso[43]. Daí a necessidade de a argumentação jurídica ser comprometida com uma ideologia política e moral, a fim de proporcionar uma solução correta ao caso concreto.

---

[38] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 332.

[39] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 332-333.

[40] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 333.

[41] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 333-334.

[42] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 334-335.

[43] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 335.

No entanto, apesar dessa prática argumentativa nas decisões jurídicas representar uma melhor solução em alguns casos, a prática do Direito não se resume a isso. O funcionamento do Direito "[...] consiste também na utilização de instrumentos burocráticos e coativos". Além disso, essa prática argumentativa pode resultar também em algum elemento trágico[44].

Atienza[45] lembra que a teoria padrão da argumentação jurídica distingue apenas os casos fáceis dos casos difíceis, deixando de tratar dos casos trágicos. Os primeiros são aqueles em que o ordenamento jurídico preexistente oferece uma resposta clara que não é discutida. Os segundos (casos difíceis) são aqueles em que o ordenamento jurídico apresenta mais de uma solução correta possível ao caso. Já os casos trágicos, dos quais a teoria padrão não trata, são aqueles que ocorrem quando "[...] não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral".

Apresentadas suas críticas às teorias existentes e propostas para uma nova teoria da argumentação jurídica, Manuel Atienza[46] determina que é necessário observar a prática argumentativa a partir de três diferentes enfoques. São as concepções formal, material e pragmática da argumentação: "Inicialmente, cumpre esclarecer que para Atienza, as concepções jurídicas estão estritamente ligadas à noção de problema. Assim, devem ser identificadas quais as situações problemas, que requerem as soluções, antes de se fazer o uso das três concepções argumentativas propostas pelo autor."[47]

No que tange à primeira concepção, ou seja, à concepção formal da argumentação jurídica, Atienza assevera que ela se refere a problemas formais, estabelecidos no caminho entre as premissas e as conclusões. Nesse ponto prevalecerá a lógica dedutiva[48].

A concepção formal da argumentação se ocupa, basicamente, da relação de inferência entre as premissas e a conclusão, da estrutura resultante da atividade de argumentar, abstraindo-se significados de suas proposições bem como o contexto em que está inserida a argumentação. O

[44] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 335.

[45] ATIENZA, Manuel. **Razões do Direito:** Teorias da Argumentação Jurídica. P. 335.

[46] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. P. 19

[47] OLIVEIRA, Denise Helena Schild. SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 10 n. 2, 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/ revistadedireito/article/view/592/542>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 40.

[48] OLIVEIRA, Denise Helena Schild. SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 10 n. 2, 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/ revistadedireito/article/view/592/542>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 40

foco está nas inferências[49].

> Assim, a concepção formal da argumentação é aplicada na resolução de problemas formais, cuja resposta é o que é, independente de quem seja que a está sustentando, em qual circunstância ou com qual propósito. Os problemas formais não têm correspondência com a realidade e, por isso, não há necessidade de comprometer-se com o que diz o texto, com o seu conteúdo. Cita, como exemplo, os problemas matemáticos e de lógica, destacando sua natureza abstrata[50].

No entanto, existem limitações à análise argumentativa baseada na lógica: Uma delas, é que quando se faz uma análise lógica dos argumentos, se está preocupando mais com os esquemas argumentativos do que com o conteúdo dessa argumentação. A outra surge do fato de que em alguns casos mais complexos há necessidade de aprofundar a análise de conteúdo, e um esquema lógico não é capaz de chegar a tal ponto[51].

Apesar disso, Atienza[52] reconhece que a lógica faz três relevantes contribuições para a argumentação jurídica. Em primeiro lugar, a lógica possibilita esquemas e formas de argumentação, facilitando a prática argumentativa tanto na sua construção quanto na sua valoração.

Em segundo lugar, a lógica contribui para a argumentação jurídica no sentido de que ajuda em problemas de conceituação e de interpretação. "A lógica não pode resolver todos os problemas de interpretação, mas dá uma importante contribuição para ver onde eles estão, além de ser um instrumento eficaz na redação de textos jurídicos"[53].

Finalmente, a última contribuição da lógica dedutiva é que possibilita um controle da qualidade dos argumentos, uma vez que possibilita o encontro das premissas faltantes[54].

Já na concepção material, o foco está no conteúdo do problema, e será essencial "[...] o comprometimento com a verdade do problema e com a veracidade de sua conclusão. Essa

---

[49] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[50] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 141.

[51] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 176.

[52] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. p. 179-180.

[53] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 142.

[54] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 142.

concepção é verificada nos problemas característicos das ciências da moral e do direito"[55].

O ponto central aqui não está nas inferências, mas sim nas premissas, nas razões para se acreditar ou não no conteúdo substantivo dos argumentos[56].

> Assim, de acordo com Atienza, a concepção material de um argumento pressupõe que não haja uma completa abstração do conteúdo dos argumentos (como faz a concepção formal), mas sim uma análise de forma geral e sistemática, dos elementos materiais, num estudo das classes dos argumentos; em suma, trata-se de uma teoria das boas razões. Justificar uma decisão jurídica, diz Atienza, não depende da estrutura nem dos efeitos que a sentença irá produzir, mas sim de que o julgador ofereça boas razões aplicáveis ao caso sob análise[57].

Ainda no que tange à concepção argumentativa material, Atienza ressalta o interesse primordial pela verdade e correção do conteúdo das premissas e da conclusão, uma vez que dessa veracidade ou correição decorrem a validade ou invalidade dos argumentos, sua força, sua pertinência ou irrelevância, bem como sua aptidão para sustentar a tese ou decisão[58].

Daí a análise de Atienza[59] sobre as razões e as formas de razão, em que o raciocínio material ou prático seria composto tanto por razões jurídicas quanto por razões morais. Essas últimas seriam sempre necessárias, mesmo que minimamente, na argumentação jurídica.

> Isso significa que a aplicação pura da lei, sem o elemento valorativo (conforme preconiza o positivismo jurídico) já não têm mais utilização, por não ser mais aceito. O sistema jurídico que pode dar conta desse tipo de justificação, no momento, é o constitucionalismo (ou, se se preferir, o pós-positivismo). E a teoria argumentativa que pode dar conta da análise dessas decisões jurídicas só pode ser aquela que adotar a concepção material[60].

No que tange à última das concepções da argumentação jurídica proposta por Atienza[61], a concepção pragmática, diz-se que possui o foco voltado para os efeitos produzidos pela argumentação jurídica, considerando as circunstâncias sob as quais está submetido aquele que

---

[55] OLIVEIRA, Denise Helena Schild. SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 10 n. 2, 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/ revistadedireito/article/view/592/542>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 40.

[56] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[57] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 143.

[58] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 143.

[59] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. P. 203-242.

[60] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 143-144.

[61] ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. P. 85.

está argumentando e as ações por este praticadas objetivando a persuasão do ouvinte. A argumentação pragmática se preocupa precipuamente com como persuadir, como defender ou atacar uma decisão ou tese para que essa argumentação gere os efeitos almejados (de concordância ou aceitação da mesma pelo ouvinte).

> Contudo, Atienza pondera que não é possível reduzir a argumentação jurídica a uma perspectiva puramente pragmática, levando em conta que a argumentação tem vários contextos e que sua finalidade não é apenas a de persuasão. Ressalta que um juiz, muitas vezes, ao decidir, não se importa com a persuasão e sim, com a justificação. Porém, reconhece que a retórica e a dialética não podem ser descartadas, visto que representam importante papel na evolução da argumentação jurídica, especialmente em como argumentar[62].

Apesar de apresentar essas três concepções separadamente, Atienza lembra que elas não são independentes umas das outras. No Direito, por exemplo, todas assumem vital importância, uma vez que se encontram intimamente ligadas aos valores básicos de um sistema jurídico: "[...] a certeza com a concepção formal; a verdade e a justiça com a concepção material; e a aceitabilidade/consenso com a concepção pragmática"[63].

Distinguidos e após integrados os componentes formais, materiais e pragmáticos da argumentação jurídica, se estaria em condições de tratar três grandes questões em que se funda uma Teoria argumentativa do Direito: a análise da argumentação, a avaliação da argumentação, e como argumentar no Direito[64].

No que tange à análise dos argumentos, Atienza[65] destaca que esta compreende uma série de tarefas conectadas entre si: uma delas é a tarefa de representar os argumentos componentes da argumentação. Outra, é a de demonstrar as partes da argumentação separadamente. Finalmente, deve-se fazer uma análise detalhada dessas partes separadamente, e principalmente daquelas partes que podem ser relevantes para uma argumentação.

A partir de uma análise das partes do argumento sob os três enfoques formal, material e pragmático, pode-se chegar à conclusão de que são corretos ou incorretos, mais ou menos sólidos

---

[62] OLIVEIRA, Denise Helena Schild. SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista brasileira de Direito**. Passo Fundo, v. 10 n. 2, 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/ revistadedireito/article/view/592/542>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P. 41.

[63] BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015. P.144.

[64] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[65] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

ou persuasivos. No entanto, existe uma categoria de argumentos que se localiza entre os bons e os maus: as falácias. As falácias são argumentos que possuem a aparência de serem bons, mas não o são, e permitem a ocorrência de enganos na análise dos argumentos. Daí a necessidade de se utilizar um método que permita afastá-las, o qual consiste em analisar a correção dos argumentos sob o enfoque das três concepções apresentadas (formal, material e programática)[66].

Analisados os argumentos e afastadas as falácias, chega-se ao próximo passo: a avaliação dos argumentos. Avaliar é uma ação instintiva para aquele que está diante de uma argumentação. Seja para verificar se está de acordo com os argumentos expostos, seja para discordar.

Para Atienza[67], a avaliação dos argumentos jurídicos é diferente de acordo com o campo da argumentação jurídica a que se refira. Isso porque os objetivos de avaliação são diversos, a depender do contexto em que se encontre.

Na seara das argumentações justificativas, como é o caso das fundamentações que os juízes devem dar às suas decisões, devem ser cumpridos alguns requisitos para que estes fundamentos possam ser considerados bons argumentos: estrutura lógica reconhecível (critério lógico/formal), inferência válida – premissas e razões (critério material) e persuasão do auditório (critério pragmático). Por outro lado, o auditório deve cumprir algumas condições, como possuir informação suficiente, imparcialidade e racionalidade[68].

Atienza[69] apresenta uma série de critérios objetivos relevantes que podem ser utilizados na avaliação dos argumentos, quais sejam: universalidade, coerência, adequação das consequências, moral social e moral justificada. Pelo critério da universalidade, entende-se que a premissa normativa do argumento deve ser uma regra de caráter universal – para casos semelhantes, iguais soluções. O critério da coerência estabelece que não podem haver contradições, tanto lógicas, quanto narrativas (as informações devem ser reconstituídas a fim de formar um todo coerente) e na normativa (valores e princípios de um ordenamento devem estar de acordo).

Quanto à adequação das consequências, deve-se ter em conta que este critério representa

[66] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[67] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[68] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[69] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

preponderantemente um limite à atuação dos argumentadores, focado no futuro, e expressa que deve ser escolhida a opção que possibilite as melhores consequências, tanto normativas, quanto sociais. O quarto critério (moral social) representa levar em consideração a opinião pública, o que auxilia, no caso dos juízes, em seu processo de legitimação (já que não são eleitos pelo povo) – é a representação argumentativa proposta por Alexy[70]. Deve-se ter em mente que este critério possui alguns problemas, como por exemplo a falta de uma opinião pública majoritária, ou que esta não seja clara, ou que a opinião pública prevalecente reflita valores preconceituosos, não justificáveis[71].

Por fim, o critério da moral justificada, pelo qual devem ser observados valores de natureza moral inerentes ao jurista, mesmo que inconscientemente, implicitamente. Frise-se que esses valores deveriam partir de uma moral correta, advinda de um consenso entre agentes que tenham-nos discutido, seguindo certas regras mais ou menos ideais[72].

No entanto, estes argumentos nem sempre são suficientes para avaliar uma argumentação judicial. Manuel Atienza[73] acrescenta ainda a razoabilidade, esclarecendo que se trata da noção de razoável ligada ao equilíbrio, que leve em consideração todos os elementos de uma situação, alcançando o aceitável, a partir de pontos de acordo entre demandas contrapostas, para que uma tolere a outra. Importa relevar que não se deve tolerar tudo: os Direitos Fundamentais, por exemplo, não podem ser afetados.

Entendidas as lições de Manuel Atienza sobre como avaliar as argumentações, chega-se à sua proposição sobre como argumentar no campo do Direito.

A argumentação jurídica deve-se fundar em quatro passos: 1) identificar o problema; 2) hipóteses de solução; 3) comprovação da hipótese; e 4) escrever a argumentação. Na identificação do problema, deve-se compreender bem qual o problema que está posto, seja ele de caráter processual, seja substantivo. Escolhida uma das hipóteses de solução, deve-se comprová-la. Comprovada a hipótese, chega-se ao passo de escrever a argumentação. Essa escrita deve

[70] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Traduzido por Luís Afonso Heck. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 53-54.

[71] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[72] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[73] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

obedecer a padrões de ordenação do texto (apresentação, narração, argumentação e conclusão), bem como seguir um estilo atrativo, persuasivo, de linguagem correta e clara, com frases lógicas e preferencialmente em voz ativa, evitando ambiguidades e redundâncias[74].

Baseando-se na Teoria estudada, o que se busca é analisar e avaliar a argumentação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, órgão do Poder Judiciário brasileiro responsável pela guarda das leis federais, em uma de suas decisões tomadas a respeito de alterações no registro civil de pessoas naturais.

2. A ALTERAÇÃO DO PATRONÍMICO MATERNO NO REGISTRO CIVIL PARA O STJ – ENTENDENDO A ARGUMENTAÇÃO

Sabe-se que a prática argumentativa tem papel fundamental nas decisões jurídicas. Quando se está diante de um problema em um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário, uma decisão jurídica é, necessariamente, precedida de uma argumentação jurídica.

Nas cortes superiores, esse papel tem ainda maior importância. Isso porque a elas cabe a tarefa de dar, em mais relevante ou última análise, uma solução justa e adequada ao caso concreto.

Neste trabalho pretende-se analisar uma decisão tomada pelo STJ no Recurso Especial número 1.041.751 – DF, em cujos autos fora debatida a possibilidade de alteração do patronímico materno no registro civil do filho em virtude do divórcio. Trata-se de uma relevante decisão que garante direitos fundamentais, mais notadamente a dignidade da pessoa humana em alguns de seus aspectos, valor maior adotado pelo atual Estado democrático de Direito.

2.1 Narrativa do Caso Concreto

O Recurso Especial em análise fora proposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que julgou possível a alteração do nome da mãe nos registros de nascimento dos filhos em virtude de ter voltado a utilizar o nome de solteira após o divórcio[75].

[74] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[75] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de

A decisão recorrida baseou-se no fundamento de que "A apresentação de documentos com dados divergentes dificulta a prática dos atos da vida civil e causa transtornos e aborrecimentos às partes envolvidas, justificando a alteração"[76].

Como razões do recurso, o MPDFT sustentou que o registro civil de nascimento deve contemplar os dados referentes à realidade na ocasião do parto, e que a retificação do mesmo só poderia se dar nas hipóteses de erro ou omissão. Além disso, alegou que o artigo 3º, parágrafo único, da Lei 8.560/92 – Lei de investigação de paternidade – não teria aplicação no caso concreto, porque o mesmo trataria apenas de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e esta hipótese não se enquadraria no caso em análise[77].

Em seu voto, o Relator[78] mostrou-se contrário à irresignação do recorrente, aduzindo que, apesar de a lei prever hipóteses específicas que autorizam a alteração das informações oficiais (nelas incluído o registro civil de nascimento), da existência de princípios relevantes na seara registral como o da segurança registraria, este não deve prevalecer no caso analisado. Isso porque, segundo ele, existem direitos em risco mais relevantes, amparados sob o princípio maior da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro, como o direito à individualidade, à identificação pelo nome e pela filiação. Juntamente a este princípio, o princípio da veracidade das informações seria fator determinante para denegar o recurso em análise.

Além disso, o Relator[79] assevera que no caso concreto não haveria necessidade da demonstração de algum constrangimento ou importúnio sofrido pelos filhos pela necessidade de portar, além de seus documentos pessoais, a certidão de casamento dos pais comprovando a

---

agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[76] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[77] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[78] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

alteração do patronímico, porque seria evidente sua ocorrência.

Quanto à analogia com o art. 3º, parágrafo único da Lei 8.560/92[80] impugnada pelo órgão do Ministério Público, o voto do Relator explicita que seria perfeitamente possível[81]:

> Como destacado no Recurso Especial, apesar da inexistência de norma jurídica autorizativa do atual pleito, é perfeita a analogia com o disposto no artigo 3º, parágrafo único, da Lei n. 8.560/92, que assegura o direito de alteração do patronímico materno no termo de nascimento do filho em razão de casamento. Ora, se o registro civil do filho pode ser modificado posteriormente ao nascimento, para constar o novo nome de seu genitor ou genitora adotado com o casamento, é razoável admitir-se o mesmo direito para a situação oposta e correlata (averbação no registro civil do nome do genitor decorrente de separação).

Ainda, fora apresentado um precedente do mesmo Superior Tribunal de Justiça em decisão da Relatora Ministra Nancy Andrighi nos autos do Recurso Especial número 1.069.864-DF, julgado em 18 de dezembro de 2008, de um caso semelhante[82]:

> Direito Civil. Interesse de menor. Alteração de registro civil. Possibilidade. - Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua identidade, sem descurar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e o nome patronímico. - É conferido ao menor o direito a que seja acrescido ao seu nome o patronímico da genitora se, quando do registro do nascimento, apenas o sobrenome do pai havia sido registrado. - É admissível a alteração no registro de nascimento do filho para a averbação do nome de sua mãe que, após a separação judicial, voltou a usar o nome de solteira; para tanto, devem ser preenchidos dois requisitos: (i) justo motivo; (ii) inexistência de prejuízos para terceiros.

Pelas razões que apontou, o Relator Ministro Sidnei Beneti negou seguimento ao Recurso Especial, denotando sua aquiescência à alteração do registro civil de nascimento do filho em razão de o nome da mãe ter sido alterado, em virtude do divórcio.

Apresentada a narrativa do caso concreto em análise, passa-se à identificação do problema, nos termos propostos por Manuel Atienza[83] para efetuar-se a análise da argumentação

---

[80] BRASIL. **Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

[81] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[82] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[83] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

jurídica respectiva.

2.2 Identificação do problema e das questões das quais a solução do problema depende

No caso concreto que se busca entender, o principal problema é, evidentemente, a solução que deve ser dada: a ratificação ou a modificação do acórdão recorrido. No entanto, podem ser encontradas algumas questões que devem ser consideradas na argumentação jurídica e consequentemente na decisão judicial, como direitos e princípios em conflito.

A primeira questão encontrada pode ser considerada, conforme proposto por Atienza[84], um problema de ponderação. Segundo ele, a ponderação tem lugar quando não há uma regra específica a ser utilizada em um determinado caso concreto, apenas princípios com ele relacionados.

No caso concreto, pode-se encontrar em conflito os princípios da segurança registral e o princípio da veracidade das informações do registro. Pelo primeiro, pode-se entender como o princípio que preconiza que as informações oficiais, contidas nos registros públicos, gozam de salutar relevância, devendo ser tratadas com cuidado e segurança, porque delas se originam direitos subjetivos. Em virtude disso, a Lei de Registros Públicos[85] determina que os registros só poderão ser modificados nos casos específicos de erro ou omissão.

Por outro lado, o princípio da veracidade das informações do registro estabelece que os dados constantes dos registros públicos devem possuir correspondência com a realidade dos fatos. No caso concreto, este princípio se encontra intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua esfera de direitos da personalidade, mais precisamente os direitos ao registro e à identificação, conforme fundamenta o Relator Ministro Sidnei Beneti[86]:

> O direito à individualidade, de ser reconhecido como ser-humano pleno e autônomo, capaz de se autodeterminar e desenvolver-se no mais diversos aspectos da vida (social, político, emocional, religioso, psicológico etc.), permeia todos os integrantes da sociedade e integra o conceito de dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro (CF/88, artigo 1º, III). Na dignidade

[84] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015 Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[85] BRASIL**. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre Registros Públicos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/ L6015original.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

[86] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

> da pessoa humana reside, por sua vez, a origem dos direitos ao registro e à identificação pelo nome e pela filiação, direitos estes irrenunciáveis. Assim, a documentação pessoal, que viabiliza a identificação dos membros da sociedade, deve refletir, de forma fiel, a veracidade das informações, incluída a relativa à filiação. Do contrário, os direitos da personalidade nunca se concretizariam, não ultrapassando a condição de mera norma ético-jurídica, o que, evidentemente, não deve prevalecer.

Outra questão relativa ao caso concreto em análise pode ser tipificada como uma questão de prova. Segundo Atienza[87], a questão de prova busca estabelecer se houve ou não um determinado fato no passado, e encontra dificuldades, seja pela débil confiabilidade nos meios de prova, seja pela utilização das máximas da experiência, muitas vezes fundadas em valores sem respaldo moral e prejudiciais à análise do caso.

Nesse caso em apreço especificamente, surge uma controvérsia sobre a necessidade ou não de comprovar a existência de prejuízo na obrigação cotidiana de portar documentos além dos mínimos exigidos à identificação de uma pessoa comum (carteira de identidade ou certidão de nascimento), já que o filho e a mãe, para viabilizar o reconhecimento da filiação, eram obrigados a portar também a certidão de casamento dos pais onde constasse o nome que passou a ter a genitora com o advento do divórcio.

Em terceiro lugar, surge uma questão de aplicabilidade, a qual, segundo Atienza[88], trata de decidir se existe ou não uma norma que pode ser aplicada ao caso concreto, além de estabelecer qual seria essa norma.

Nesse caso específico, surge uma controvérsia a respeito da aplicabilidade do parágrafo único do artigo 3º da Lei 8.560/92, que trata da investigação de paternidade, *in verbis*: "Art. 3° É vedado legitimar e reconhecer filho na ata do casamento. Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho"[89].

Por um lado, a norma supramencionada seria aplicável ao caso uma vez que se permite a alteração do patronímico materno no termo de nascimento do filho em decorrência do casamento, é lógico que se admita tal retificação também em caso de divórcio. De outra banda,

---

[87] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[88] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[89] BRASIL. **Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

esta regra trataria especificamente dos casos de filhos havidos fora do casamento, o que não ocorreu de fato.

Todas essas questões poderiam ter influenciado de forma decisiva no julgamento da questão, como de fato influenciaram o Relator a negar seguimento ao recurso. As respostas a essas questões, seus fundamentos, a solução do problema e a decisão serão estudados no item que segue.

2.3 Decisão adotada pelo STJ

No que tange à questão da ponderação entre os princípios da segurança registraria e o princípio da veracidade das informações, reforçado pela dignidade da pessoa humana, teve maior peso o segundo[90]. Isso porque, é fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, o que denota o papel central que esse princípio ocupa no ordenamento vigente.

A par das críticas a respeito da utilização genérica deste princípio, a decisão argumenta sua específica correlação com o caso concreto analisado, uma vez que é inerente à dignidade o direito à individualidade do ser humano, um ser único, que deve ser capaz autodeterminar-se e desenvolver-se, daí decorrendo o direito ao registro e o direito à identificação pelo nome e pela filiação[91].

Ingo Wolfgang Sarlet[92], ao definir a dignidade da pessoa humana, deixa evidente essa correlação com a individualidade do ser humano, dizendo que a dignidade da pessoa humana é:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

---

[90] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[91] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[92] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 60.

Além disso, o registro civil deve seguir a pessoa por toda sua vida, desde o seu nascimento até a sua morte, e não é razoável que este aspecto formal esteja em desacordo com a vida real do indivíduo, causando-lhe importunos como a dificuldade de identificação ou de reconhecimento de filiação. Daí porque prevalece o princípio da veracidade das informações registrais.

Quanto à questão de prova, prevaleceu o entendimento de que, além dos documentos pessoais, portar os registros de casamento dos pais a fim de provar sua legítima identificação pela filiação causaria evidentes transtornos e importunos ao indivíduo, prescindindo de prova de eventuais constrangimentos e incômodos[93].

Isso porque o documento oficial do indivíduo é apenas sua carteira de identidade ou sua certidão de nascimento, e não seria legítima a exigência do porte de outros documentos para comprovar sua real situação. A própria carteira de identidade ou a certidão de nascimento devem, por si só, ser capazes de possibilitar a identificação precisa e correta da pessoa humana[94].

Por fim, na terceira questão, a de aplicabilidade, em que o problema pairava sobre a aplicação ou não do parágrafo único do artigo 3º da Lei 8.560/92 ao caso em análise, entendeu-se que esta seria aplicável por analogia, já que se o registro de um filho pode ser alterado para fazer constar o nome da mãe alterado em virtude do casamento, o mesmo direito deve ser garantido no caso de divórcio ou separação.

Além disso, a decisão[95] restou fundamentada em precedente do próprio STJ (já mencionado), que tinha julgado caso semelhante e solucionado no sentido de garantir a uma criança o direito de alteração de seu registro de nascimento para que nele constasse o retrato mais fiel da sua realidade, baseado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Entendida a argumentação do caso em apreço nos termos propostos pela Teoria de

[93] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[94] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial número: 1.041.751-DF. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

[95] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial número: 1.041.751-DF.** Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

Manuel Atienza[96], o próximo passo é efetuar a sua avaliação.

3. AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO ADOTADA PELO STJ NO CASO CONCRETO

Conforme supramencionado, a avaliação da argumentação é parte integrante da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza[97], e é composta principalmente por alguns critérios objetivos, os quais serão analisados de forma individualizada. São os critérios referentes à universalidade, coerência, adequação das consequências, moral social e moral justificada.

3.1 Universalidade

Quanto à universalidade, conforme visto anteriormente, tem-se que se refere ao caráter universal que deve ter o enunciado normativo aplicável. Nesse caso concreto, este critério fica evidenciado pela aplicabilidade universal da Lei 8.560/92 e seu artigo 3º, parágrafo único, a todos os casos nela expressamente previstos, mas também nos casos idênticos que surgirão no futuro, pela abertura de precedentes.

Frise-se que, apesar de ser uma norma específica, provavelmente aplicável a uma quantidade ínfima de casos (investigação de paternidade e alteração do patronímico materno), ela não perde seu caráter universal, uma vez que universalidade e generalidade não se confundem.

De igual sorte, a questão da dispensa de prova da existência de prejuízo na obrigatoriedade de portar a certidão de casamento dos pais a fim de atestar a filiação, bem como a solução da questão de ponderação poderiam ser aplicadas a qualquer pessoa que estivesse em idêntica situação.

Nesse último caso, importa ressaltar que o princípio da veracidade das informações, impulsionado pelo princípio fundamental da dignidade humana, tem incontestável caráter universal, já que inerente à condição humana, não podendo ser negado a qualquer indivíduo.

[96] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

[97] ATIENZA, Manuel. **Seminário: A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

3.2 Coerência

No que tange à coerência, que se refere à compatibilidade da decisão em relação a valores, princípios e teorias, bem como em relação aos fatos, igualmente resta visível. Isso porque a decisão tomada pelo STJ encontra-se mais de acordo com o ordenamento jurídico vigente do que qualquer outra possível decisão, principalmente pelo fato de consagrar um princípio fundamental do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma quanto à questão da aplicabilidade, já que uma boa argumentação também compreende agregar novas informações, desde que se preserve o sistema. Nesse caso, a analogia cumpre o papel de incluir novas situações de aplicabilidade da norma sem contrariar o ordenamento vigente.

Quanto à questão da prova, devem ser examinadas duas situações distintas, uma vez que a coerência é, também, relativa. Em primeiro lugar, a decisão judicial sobre a desnecessidade de prova de prejuízo seria incoerente com relação ao ordenamento jurídico processual vigente, uma vez que este se baseia, de forma geral, na necessidade de provas dos fatos alegados em juízo.

Porém, pode-se destacar a coerência dessa decisão em relação às máximas da experiência, porque estas permitem considerar o fato de existir prejuízo como evidente. Ora, se uma pessoa é obrigada a portar consigo documentos além dos genericamente exigidos a fim de que possa provar condições mínimas de sua individualidade, como a filiação por exemplo, é evidente o prejuízo suportado, porque sobre ela recai ônus maiores do que caberia a qualquer indivíduo genericamente considerado. Dessa forma, a incoerência anteriormente alegada não pode ser decisiva para avaliar a argumentação como uma má argumentação, por uma questão de razoabilidade.

3.3 Adequação das Consequências

Enquanto parte da avaliação relativa aos resultados de determinada decisão, que devem satisfazer algum objetivo social valioso, pode-se perceber que as consequências são claramente adequadas, principalmente no que tange à prevalência do princípio da veracidade das informações sobre o da segurança registral, tendo em vista que a ponderação realizada nestes moldes satisfaz a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro e, portanto, valor social de suma relevância.

Além disso, as consequências oriundas da aplicabilidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.560/92, são perfeitamente adequadas. Isso porque a analogia realizada permite a aplicação posterior do dispositivo a indefinidos casos, como ocorre na maioria das decisões tomadas pelos tribunais superiores, prestigiando valores como a economia processual e possibilitando a dignidade a um número maior de pessoas.

Some-se a isso o fato de que, na seara registral, muitas das regras são advindas de um Código de Normas, criado geralmente por uma Corregedoria Geral da Justiça do estado, com base em julgados e jurisprudências. Essa decisão específica, caso passe a integrar algum Código de Normas, que possui aplicação direta no cotidiano das serventias, pode resultar em sua aplicabilidade a um número maior de pessoas, que não dependerão mais de uma decisão judicial para ter seu direito reconhecido.

3.4 Moral Social

Quanto à moral social, que se refere à adoção, pelo juiz, de posicionamentos de acordo com as convenções sociais, encontra-se uma barreira. Isso porque, nesse caso específico, parece não haver uma opinião formada pela sociedade, até mesmo porque não é um tema comum aos debates sociais. Daí porque a avaliação da argumentação realizada resta prejudicada nesse ponto, a não ser que se apele ao fundamento último da dignidade da pessoa humana, valor moral de irrefutável prevalência no campo social.

3.5 Moral Justificada

No que diz respeito à moral justificada, enquanto a moral correta que deveria ser aplicada pelos juízes, parece estar prejudicada no caso em avaliação, já que lhe falta o suporte da moral social. No entanto, conforme ensina Atienza[98], mesmo naqueles casos de fácil resolução, o juiz, mesmo que inconscientemente, ao obedecer os critérios do ordenamento, está respaldado por motivos de natureza moral.

Além disso, a análise do princípio da dignidade da pessoa humana por si só, enquanto conceito valorativo e moral expresso na Constituição brasileira de 1988, depende da utilização de

[98] ATIENZA, Manuel. **A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

parâmetros morais para concluir sobre seu alcance, como ocorre no caso em apreço.

Por conseguinte, chega-se à conclusão de que, à luz da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza, a argumentação adotada na decisão do STJ no Recurso Especial número 1.041.751-DF pode ser avaliada como uma boa argumentação, uma vez que preenche todos os requisitos objetivos de avaliação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do minucioso estudo sobre a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Manuel Atienza, pode-se chegar à conclusão de que esta representa uma relevante obra jurídico-filosófica atualmente, principalmente por tratar de uma atividade básica a qualquer jurista, tão esquecida e menosprezada, e que pode representar uma importante evolução na teoria e na prática jurídica.

Frise-se que, dada a relevância da argumentação na vida profissional de um jurista, a importância de se estudar uma teoria da argumentação jurídica na graduação das universidades é menosprezada. Nas classes de prática jurídica se está mais preocupado com o direito material do que com a argumentação, e esta última é realizada de forma inconsciente, preocupando-se única e exclusivamente com o convencimento, deixando de lado seus fundamentos e critérios de correção.

As consequências dessa tendência podem ser percebidas na decisão analisada. Apesar de bem fundamentada a respeito de todas as questões levadas a julgamento, a argumentação é realizada instintivamente, sem uma exata e clara correspondência com os critérios argumentativos apresentados pela Teoria de Manuel Atienza.

Apesar disso, obteve-se êxito na tarefa de propor uma análise e uma avaliação do acórdão em questão com base nos critérios propostos por Atienza, podendo-se chegar à conclusão de que se trata de uma boa argumentação.

Assim, resta evidente que a atividade argumentativa no Direito é uma prática constante, porém inconsciente na maior parte dos casos. Ainda que possa se chegar a um bom resultado, não há um evidente comprometimento com qualquer teoria argumentativa, e disso decorre a realidade atual de processos judiciais sem fim (ante aos inúmeros recursos, quando propostos em caráter justo, de inconformismo com a decisão que não fora suficientemente persuasiva) e um

Poder Judiciário abarrotado, ineficiente e lento.

Para convencer, uma decisão deve estar baseada em critérios pensados, justificados, em uma teoria como a Teoria Argumentativa de Manuel Atienza, que abarca todos os aspectos concernentes à persuasão dos ouvintes, já que se bem posta em prática, os deixa sem argumentos para contestar.

Daí porque, mais uma vez, essa Teoria merece ser estudada e colocada em posição de destaque no mundo jurídico. Só uma boa argumentação jurídica é capaz de melhorar as condições jurídicas atuais, possibilitando uma justiça mais rápida, eficaz e convincente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da argumentação jurídica. 2 ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

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

ATIENZA, Manuel. **A argumentação jurídica e o Direito contemporâneo**. Itajaí, UNIVALI, 10 a 12 de agosto de 2015. Anotações pessoais do seminário ministrado aos professores e alunos do mestrado e doutorado da UNIVALI.

BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. **Revista Jurídica CCJ/FURB**. Blumenau, v. 11, n. 21, 2007. Disponível em: <http://gorila.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre Registros Públicos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número: 1.041.751-DF**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=20080 0621758&dt_publicacao=03/09/2009>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito.** Traduzido por Waldéa Bastos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Denise Helena Schild; SALLES, Bruno Makowiecky. A teoria da argumentação jurídica aplicada a um caso concreto: uma análise à teoria de Manuel Atienza. **Revista brasileira de Direito.** Passo Fundo, v. 10 n. 2, 2014. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/ article/view/592/542>. Acesso em: 13 de outubro de 2015.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOULMIN, Stephen E. **Os Usos do Argumento**. Traduzido por Reinaldo Guarany e Marcelo Brandão Cipolla. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COMPREENDENDO O CONSTITUCIONALISMO E SUAS MUTAÇÕES NO PARADIGMA JURÍDICO: AS SOMBRAS DO NEOCONTITUCIONALISMO

Juliete Ruana Mafra Granado[1]

INTRODUÇÃO

Em constantes movimentos sociais, os paradigmas respondem por fomentar a visão axiológica para percorrer a trajetória em consecução da evolução do indivíduo, que é guiada, assim como guia, a sociedade em seus anseios.

Formar um paradigma é compreender um conjunto de valores construídos e compartilhados pela consciência duma sociedade, contando que esses valores estão contidos num sentido de ideal que a sociedade, em função de um todo, acaba por eleger, sucessivamente, em seu desenvolver científico, para si[2].

Segundo Aristóteles[3], "[...] todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, sem princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem".

Entretanto, a sociedade é um complexo de relações do homem com seu semelhante, composto por relações intersubjetivas, anteriores, exteriores e que podem estar sujeitas ao Estado ou até mesmo se mostrar contrárias a ele[4].

Nos séculos XVIII e XIX, despontaram correntes de pensamento filosófico, político e ideológico na sociedade, que compunham o Iluminismo. Movimentos sociais que, segundo José Joaquim Canotilho[5], deram a cara do constitucionalismo moderno e fomentaram os movimentos constitucionais que se apresentam como a teoria normativa da política.

---

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

[2] KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Título original: *The structureofscientificrevolutions*. p. 227 – 231.

[3] ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes,1998. p. 1.

[4] BOBBIO, Noberto. Società (verbete) *Dizionariodi filosofiaapud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

Por conta dos movimentos constitucionais liberais é que o paradigma moderno do Estado liberal[6] se formou. No séc. XIX estava consolidada a transposição do Estado Absoluto para o Estado de Direito. Ora, o sentido geral do Estado Liberal de Direito é o condicionado entre a autoridade do Estado e a liberdade da Sociedade, no contexto de equilíbrio mútuo estabelecido pelo princípio da legalidade. Logo, o Estado de Direito é "uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales", comenta Gustavo Zagrebelsky[7].

Desta maneira, a era moderna entrou em exaustão quando seu paradigma, baseado na liberdade, deixou de ser o valor fundamental de orientação ao modo de pensar da sociedade, a qual passou, finalmente, a se preocupar com o bem estar social. Vê-se isto "[...] desde a implantação do Estado Social de Direito, maior legado da disputa capitalismo versus comunismo, protagonizada durante a guerra fria. [...]", é o destaque de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar[8].

Percorreu-se desde os anelos para derrubada do Estado Absolutista de repressão e iniqüidade, até as aspirações de bem-estar social, - conseqüentes dum liberalismo, antes, intocável, – a serem servidas pelo Estado de Direito. Na ultimas décadas do século XX e nas primeiras do século XXI, o desenvolvimento idealístico da sociedade em si, que propaga seus paradigmas, viu nascer novos valores que passaram a ver o intervencionismo estatal no corpo de trazer direitos sociais e garantias fundamentais. A sociedade reconheceu a necessidade de determinadas limitações ao exercício da liberdade.

O Estado Contemporâneo surgiu voltado para a função intervencionista na sociedade, a fim de promover o equilíbrio das relações sociais e buscando proteger os indivíduos que estão em situação desfavorável perante as leis do mercado e da livre competição[9].

---

[6] Por este pensamento, Karl Loewenstein anuncia que: "E nun sentido ontológico, se deberá considerar como el te los de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatários del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en processo del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por losdetendadoresdel poder. Desde unpunto de vista histórico, por tanto, elconstitucionalimo, y en general el constitucionalismo moderno, es un produto de la ideologia liberal. Enla moderna sociedade de masas, el único médio praticable para hacer participar a los destinatários del poder em el processo político es la técnica de representación, que em um principio fue meramente simbólica y más tarde real". In: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986. Título original: Verfassungslehre. p. 151.

[7] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995. p. 22.

[8] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajai: UNIVALI. 2012. Disponível em: <httpp://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em 2015. p. 39.

[9] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 26.

Denota-se que os movimentos sociais são operantes por natureza, seguem o fluxo natural, consequentes da história e da evolução do indivíduo, bem como da sociedade em seus anseios. Compreender os movimentos sociais, cada novo paradigma na órbita jurídica, tudo isso implica em efeitos e mutações constitucionais, que são imparáveis.

O que se está sempre a fazer é a busca em se desenvolver e transcender. O contínuo movimento jurídico na tentativa de transpassar o velho, indo além, e alcançando a completude do novo. Assim como a busca pela transposição de paradigmas do constitucionalismo, do antigo ao moderno, do moderno ao pós-moderno, do novo ao *neo*, e com tudo isto, indaga-se: Será que as mutações na órbita jurídica sempre alcançam o avanço benéfico ou o novo pode vir com obscuridades?

Assim, compete discorrer sobre o constitucionalismo e suas mudanças no paradigma jurídico. O objeto da presente pesquisa é compreender o constitucionalismo e os novos constitucionalismos: constitucionalismo contemporâneo e o neocontitucionalismo. Os Objetivos Específicos são a) entender o constitucionalismo, em seu processo dialético e histórico-evolutivo; b) analisar os derivados do novo constitucionalismo: constitucionalismo contemporâneo e o neoconstitucionalismo, investigando suas decorrências e as possíveis melhorias ou mazelas a serem promovidas ao processo do constitucionalismo.

O artigo está dividido em três momentos: no primeiro, realizou-se uma análise acerca dos aspectos práticos sobre o surgimento e a construção histórica do constitucionalismo; na segunda etapa, estudou-se as reflexões pragmáticas sobre o processo dialético de conceituação do termo constitucionalismo: compreendendo o sentido da palavra; já na terceira fase, curial demonstrar o novo constitucionalismo servido de neoconstitucionalismo e de constitucionalismo contemporâneo: compreendendo os institutos.

Quanto à **Metodologia**, foi utilizada a base lógica Indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto a coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O SURGIMENTO E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

Preliminarmente, em aspectos gerais, importa elucidar o instituto do constitucionalismo através da sua construção histórica, desvendando seu surgimento e as etapas de rupturas e transpasse que o instituto vivenciou através de seus movimentos e evoluções ao longo dos anos até se tornar o ideal encontrado nos dias atuais.

Os primórdios do constitucionalismo antigo têm pauta na cultura grega, através dos pensamentos reflexivos sobre política e constituição de Platão[10] e Aristóteles[11], e pelas argumentações filosóficas sobre virtude, equidade e justiça. Adiante, o governo grego causou efeitos diretos no tipo de organização de poderes estabelecido em Roma[12].

No ínterim da Antiguidade, também é possível verificar os primeiros percursos do constitucionalismo na história através das formas de governo e estruturas político-sociais encontradas nos reinados do povo hebreu. O povo hebreu organizava o poder e autoridade através da lei do Senhor, ou seja, configurando um Estado Teocrático, governado pela casta sacerdotal[13].

A Bíblia Sagrada descreve que o povo hebreu vivia segundo os 12 (doze) mandamentos, estando muito firme a necessidade de obediência às leis, o que fazia com que o exercício de poder já apresentasse organização estrutural e princípios de bem-estar e compaixão entre si[14].

Em sequência, a Idade Média é marcada pela época do despotismo, pelo poder centralizador e absolutista, em que a figura do governante se equiparava a Deus. No medievo, o constitucionalismo deixa de se preocupar com a ordem política ideal, com a reflexão sobre a moral e o político, e com a participação social para inaugurar um discurso que trouxe vínculo a noção de prática social, ou seja, firmando regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. O constitucionalismo medieval se destinou a disciplinar, prioritariamente, a legitimação do poder[15].

---

[10] PLATÃO, **O político**. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008. Tradução de Carmen Isabel Leal Soares.

[11] ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[12] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antiguedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martinez Nieira. p. 38.

[13] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.3

[14] **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil. 2007.

[15] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antiguedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martinez Nieira. p. 38.

Ainda na Idade Média, diante de tanta opressão estatal, já despontava anseios pela luta para a conquista de liberdades e garantias individuais, todavia nada foi alcançado. O principal legado do constitucionalismo medieval foi a percepção de que o poder político precisa de limites previstos em lei para ser exercido de forma justa, no entanto, não se estabeleceu meios legítimos de controle do poder, e observância dos limites previstos, o que impedia a aplicação concreta e eficaz deste ideal[16].

Em meados do século XVIII, fruto do Liberalismo, surgiu o constitucionalismo moderno. Em despontamento das revoluções burguesas (a Revolução Inglesa de 1688; a Revolução Americana de 1776; e a Revolução Francesa de 1789), o instituto em apreço veio com o intuito de afirmar a ideia da Constituição escrita como o trunfo na garantia de direitos, significando a conquista histórica em ruptura ao absolutismo[17].

Segundo José Joaquim Canotilho[18], o constitucionalismo se perfaz em dois: antigo e moderno. Da Idade Média ao séc. XVIII foi o tempo que ensejou constitucionalismo antigo, consistente em "conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder". A partir do séc. XVIII surgiu o constitucionalismo moderno, que se demonstra no conjunto de movimentos que passaram a questionar sobre o quadro filosófico, político e jurídico, inclusive, passando a indagar sobre tradicional poderio injusto, levantando o debate por uma nova ordenação do poder político. O constitucionalismo moderno se demonstra pela emergência de um modelo de Constituição que se proponha, fulcrado em ideias centrais, aos seguintes pressupostos: i) ordenar, fundar e limitar o poder político; e ii) reconhecer e garantir direitos e liberdades individuais. Por este pensamento, o constitucionalismo moderno "são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades".

Dizer que o constitucionalismo moderno exsurge na ordem jurídico-política com caráter liberal é entender que foi concebido sem os ideais de democracia, visto que a Constituição escrita instrumentalizou o estabelecimento de dois elementos: limitação de poder e garantia de direitos, rompendo com o poderio ilimitado que se centralizava nas mãos dos Monarcas e trazendo

[16]MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.p. 240-248.

[17] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2003. V. 2.p. 7-8

[18]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52-55.

segurança a burguesia, que já havia adquirido certo poder político e necessitava de estabilidade para o exercício de suas atividades[19].

O constitucionalismo 'moderno' é aquele que "[...] apresenta uma característica definidora, a afirmação radical da liberdade do indivíduo e a existência de alguns direitos irrenunciáveis desde mesmo indivíduo, como critério essencial da organização do Estado", assinala Paulo Márcio da Cruz[20].

Por óbvio, a Constituição liberal alçava mandamentos essenciais típicos do liberalismo. Assim, erigiu a valorização da liberdade individual, a garantia e proteção da propriedade privada, a declaração de direitos individuais e a separação dos poderes. Imperava a individualidade, sem intervenção estatal no mercado ou na vida privada dos indivíduos, perfazendo-se o Direito em ordem restrita a trazer estabilidade e segurança a essa estrutura [21].

A partir do séc. XIX, com as reivindicações da classe operária por direitos efetivos da população é que a sociedade teve vigor em pleitear que os governantes garantissem a manifestação da vontade de toda a população, e finalmente a democracia é inserida ao constitucionalismo[22].

No avançar das mutações sociais, os anseios se renovaram, causando a crise do paradigma moderno liberalista. Ora, "[...] a crise e a falência do modelo liberal, a eclosão da sociedade industrial de massas, bem como as profundas transformações sócio-econômicas ocorridas em fins do século XIX e começos do século XX [...]", apontavam para uma sociedade com novos reflexos ideológicos, informa Antonio Carlos Wolkmer[23]. As ditas mudanças "[...] possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, [...] Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*), etc", é o que complementa o autor[24].

[19]MAGALHAES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010. p. 96.

[20] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

[21] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2002. p. 52-54

[22] MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010. p.97-98

[23] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

[24] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

Sob a égide do *Welfare State*[25], aponta-se o constitucionalismo social, que teve marco inicial pelas Constituições do México de 1917 e da Alemanha, de 1919, a Constituição de Weimar. O constitucionalismo social trouxe a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, além da materialização de direitos liberais, antes apenas formalmente previstos e o implemento de direitos sociais[26].

No constitucionalismo social, o Direito passa a ser visto como sistema de regras e princípios otimizáveis e encerra objetivos a serem realizáveis. A separação de poderes é tratada como funções do Estado. Além disso, o Estado Social ainda não conseguiu efetivar os diversos direitos garantidos e a democratização econômica e social[27].

O Novo constitucionalismo teve origem no cenário pós 2ª Guerra Mundial e dele decorre dois termos amplamente utilizados na doutrina: o constitucionalismo contemporâneo e/ou o neoconstitucionalismo.

No constitucionalismo contemporâneo as constituições "introduziram de forma explícita em seus textos, elementos normativos diretamente vinculados a valores associados em particular à dignidade humana e aos direitos fundamentais" ·.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura o marco histórico do constitucionalismo contemporâneo devido aos seus aportes normativos de alto teor axiológico, onde na perspectiva de Konrad Hesse a "essência constitucional encontra suporte na sua vigência"[28].

Assim, o constitucionalismo contemporâneo é o fenômeno por meio da qual se conseguiu relacionar ao menos três bens de essencial importância: "limitação do poder político (inclusive das maiorias), a proteção (e em alguns casos até a promoção) dos direitos fundamentais e a consagração da democracia como regra geral no que diz respeito ao exercício do poder político" [29].

[25] "O Brasil é considerado um país de reconhecida modernidade tardia, porque não implementou o Estado Social. A promulgação da Constituição Brasileira, instituindo um Estado Democrático, veio justamente para buscar suprir essa defasagem". In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. **Constituição e Fraternidade**. O valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

[26] BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa.** In: Congreso Internacional de Derecho Constitucional. VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Ponencia presentada em el Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM. Disponível em < http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf >. Acesso em julho de 2015.

[27] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2002. p.58.

[28] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25. Título Original Die normative kraft der verfassung.

[29] Barcellos, Ana Paula de. **Um debate para o neoconstitucionalismo. papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação.** Disponível em<

A história do constitucionalismo mostra que ele é, em suma, a busca do homem político pelas limitações ao poder absoluto exercido por aqueles no poder, bem como é o esforço para estabelecer uma justificação espiritual, autoridade moral ou ética, em vez da submissão cega, para o fim de aliviar a autoridade existente.[30]

2. REFLEXÕES PRAGMÁTICAS SOBRE O PROCESSO DIALÉTICO DE CONCEITUAÇÃO DO TERMO CONSTITUCIONALISMO: COMPREENDENDO O SENTIDO DA PALAVRA

O termo constitucionalismo, do antigo ao contemporâneo, e seus derivados, – como é o caso da expressão constitucionalismo contemporâneo e neoconstitucionalismo, – vem sendo usado com habitualidade para expressar novas correntes científicas e teorias de pesquisa que nem sempre são fiéis as estruturas decorrentes do processo histórico político-social pelo qual o fenômeno fora submetido até chegar aos ideais da atualidade.

Constitucionalismo se trata daqueles conceitos persuasivo e evocativo em seu próprio sentido, contudo é, de igual forma, nebuloso em seu conteúdo analítico e de caráter descritivo, o que o faz ao mesmo tempo enriquecedor e confuso para o discurso político[31].

No entanto, para compreender por inteireza o processo que envolve o constitucionalismo, é preciso identificar se hoje, sem negar as experiências passadas, ele tem significado específico e particular[32].

Denota-se que é difícil, diante da conflitualidade em se esclarecer o instituto, encontrar estudos rigorosos e profundos que se arrisquem a tecer o processo dialítico de conceituação do fenômeno do constitucionalismo, os que se arriscam não saem da parte histórica ou política[33].

Nas últimas décadas do século XX, as concepções do Direito aparentam ter iniciado sua crise, por conseqüência ao surgimento do paradigma do constitucionalismo (para alguns, neoconstitucionalismo), orienta Manuel Atienza[34].

---

http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf >. Acesso em julho de 2015.

[30] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constituición**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 150.

[31] GREY, Thomas C. Constitucionalism: an analytic framework. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalism**, Nomos XX. Nem York: New York University Press. 1979. 189.

[32] MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.p. 248.

[33] SCHOCHET, Gordon J. Introduction:constitucionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalism**, Nomos XX. Nem York: New York University Press. 1979. p. 9.

[34] ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

Assim, compreender o processo dialético enfrentado pelo fenômeno do constitucionalismo ajuda, juntamente com o processo histórico-político, a desmistificar as complexidades e conflitualidades de sua alusão, permitindo chegar a seu verdadeiro sentido com clarividência.

Bobbio relaciona o termo Constituição, conforme o ideal de constitucionalismo moderno, dando significado a Constituição que seria "a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem"[35].

Não é de se surpreender que o fenômeno do constitucionalismo é difundido de forma correlata a figura da Constituição. No entanto, não se considera que o constitucionalismo venha se reduzir a ideia de Constituição escrita. Isto por que o texto constitucional pode não vincular os princípios e preceitos que sirvam por base ao movimento constitucionalista[36]. Ora, percebe-se que este é considerado o processo e aquele consiste na instrumentalização do fim almejado.

Pelo processo dialético do fenômeno, Santi Romano assinala que constitucionalismo designa “as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz constitucional”[37].

Canotilho anuncia que o constitucionalismo consiste na “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”[38].

Segundo Maurizio Oliviero[39], o constitucionalismo se trata do produto auferido pelo processo dialético que insere no texto constitucional os aspectos da teoria política e jurídica, e ainda, as características ideológicas e técnicas, em que a soma dos elementos legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica.

---

[35] BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 247.

[36] HENKIN, Louis. A new birthofconstitucionalism: geneticinfluences and geneticdefects. In: ROSENFELD, Michael (org.). **Constitucionalism**, **Identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives.**Durham: Duke University Press. 1994. p. 40-41.

[37] ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 42. Tradução de Maria Helena Diniz.

[38]CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.p. 51.

[39]OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesiarabi**. Le constituzionidelMaghrebtraduzione dei testi vigente, prefazionedi Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01

Em ênfase jurídica, o constitucionalismo é termo que significa complexo de instituições e princípios que, necessariamente, discorre teoricamente sobre a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao ultrapassado absolutismo[40].

Segundo Manuel Atienza, constitucionalismo compreende duas coisas distintas: a primeira é que se trata dum fenômeno, a constitucionalização de nossos direitos depois da Segunda Guerra Mundial como conseqüência da existência de Constituições rígidas densamente povoadas de direitos e capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos ou as relações sociais; ou bem a conceituação, a teorização desse fenômeno. A segunda consiste na relação do fenômeno para com o pós-positivismo, pois muitos juristas parecem aproximar-se hoje ao direito com ferramentas de outro tempo, isto é, sem serem conscientes das grandes mudanças que se tem produzido nas últimas décadas. Outros consideram que o positivismo jurídico metodológico (dos normativistas ou dos realistas) segue sendo uma concepção adequada, sempre que se introduza nele mesmo alguma mudança de, relativamente, pouca importância. Outros, enfim, pensam que necessita dum novo tipo de positivismo (positivismo crítico, positivismo includente, etc.) E, finalmente, os autores aos quais, em sentido estrito, caberia qualificar de constitucionalistas ou, quiçá melhor, de pós-positivistas (como Dworkin, Nino ou Robert Alexy) são aqueles que consideram que o positivismo jurídico não é uma concepção adequada do Direito, sem cair por isso (ainda que esta seja uma objeção usual que lhes dirigem seus críticos) em formas de jusnaturalismo[41].

Reputa-se que o constitucionalismo seja movimento que hoje caminhe em busca dessa nova acepção do Direito, isto pelo viés de construção democrática e de argumentação jurídica em níveis quantitativos e qualitativos, isto pela firme proposta pragmática de alcançar a melhoria do mundo social e na consecução de superar a crise do positivismo jurídico[42].

3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO SERVIDO DE NEOCONSTITUCIONALISMO E DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: COMPREENDENDO OS INSTITUTOS

Do processo do constitucionalismo antigo ao pós-moderno, o novo constitucionalismo consiste no paradigma constitucional vivenciado pela atualidade, e como tudo que está em uso,

[40] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 91.

[41] ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

[42] ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

encontra-se em experimento, havendo ainda certas discordâncias de tratamento e nomenclatura pela doutrina especialista no tema.

Compreender neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo como (in) congruentes é fator que em muito influencia na compreensão do sentido do processo ora vivenciado pelo constitucionalismo, assim como pode abarcar diferenças aos efeitos práticos aplicáveis por tais termos na nova ordem constitucional.

3.1. Quando se emprega o Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo na qualidade de sinônimos

Em 1993, o termo neoconstitucionalismo foi utilizado pela primeira vez. Durante conferência em Buenos Aires, por Suzana Pozzolo, ao fazer menção do termo para "denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito"[43].

Desde então, nota-se que não há apenas um conceito de neoconstitucionalismo. Há diversidade de autores, concepções e elementos teorizando o instituto, razão pela qual se usa a expressão plural de neoconstitucionalismo(s) [44], é o que refere Paolo Comanducci.

Entre estes estudos que adotam a expressão, muitos autores fazem uso do termo neoconstitucionalismo como sinônimo do constitucionalismo contemporâneo, segundo Ana Paula de Barcellos[45], "a expressão 'neoconstitucionalismo' tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo".

"O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo [...]", segundo Luís Roberto Barroso[46], decorrente do pós-positivismo, apresenta como principais mudanças de paradigma, "[...] o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional".

---

[43] POZZOLO, Susanna e DUARTE, Écio Oto R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006 p.77.

[44] COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um anàlisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s**). Madrid: Trotta, 2006. p. 75.

[45] BARCELLOS, Ana Paulo de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. p. 30. In: **Revista Diálogo Jurídico**. N. 15 – janeiro/fevereiro/março 2007. Salvador Bahia. Disponível em < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em julho de 2015.

[46] BARROSO, Luís Roberto**. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf >. Acesso em julho de 2015.p. 52.

Segundo Amélia Sampaio Rossi [47], pelo constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo "a Constituição deixa de ser vista apenas como o sistema normativo no mais alto escalão hierárquico do Direito, mas, principalmente, passa a constituir a norma axiológicamente suprema".

A expressão neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo apresentam características metodológico-formais e materiais. São três premissas metodológico-formais fundamentais: 1) normatividade; 2) superioridade; e 3) centralidade da Constituição. Tais premissas são pretensas a concretização elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas na aplicação do direito cotidianamente. São dois elementos materiais: 1) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais relacionados com a dignidade humana e os direitos fundamentais; e 2) a expansão de conflitos entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional[48].

Em busca da compreensão didática do termo neoconstitucionalismo, Amélia Sampaio Rossi[49] anuncia que:

> 1- Neoconstitucionalismo teórico se baseia na noção de uma Constituição normativa, portadora de princípios e regras e com aspecto central baseado no reconhecimento dos direitos fundamentais. Esta Constituição é amplamente invasora e onipresente em todas as dimensões do fenômeno jurídico, é o fenômeno da constitucionalização do direito. 2- Neoconstitucionalismo ideológico que adota o modelo axiológico da Constituição como norma e defende a especificidade da Hermenêutica constitucional diferenciada em relação às demais leis. 3- Neoconstitucionalismo metodológico. Defende a tese da conexão necessária entre o direito e a moral. (Diferente do positivismo metodológico)

Dentre os doutrinadores que assinam pela sinonímia dos termos, cita-se: Suzana Pozzolo; Écio Oto Ramos Duarte; Paolo Comanducci; Miguel Carbonell; Luis Pietro Sanchís; Santiago Sastre Ariza; Mauro Barberis, entre outros. No Brasil, dois importantes doutrinadores a favor da congruência entre os termos são: Ana Paula de Barcellos; Luís Roberto Barroso; Eduardo Ribeiro Moreira[50].

---

[47] ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais. In: **Ius Gentium** - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013. Disponível em <file:///D:/Downloads/90-333-1-PB.pdf>. Acesso em janeiro de 2016.

[48] BARCELLOS, Ana Paulo de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. p. 30. In: **Revista Diálogo Jurídico**. N. 15 – janeiro/fevereiro/março 2007. Salvador Bahia. Disponível em < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em julho de 2015.

[49] ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais. In: **Ius Gentium** - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013. Disponível em <file:///D:/Downloads/90-333-1-PB.pdf>. Acesso em janeiro de 2016.

[50] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo – a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

3.2. Quando se assinala o Constitucionalismo Contemporâneo e o Neoconstitucionalismo como antônimos

Segundo Manuel Atienza, o termo neoconstitucionalismo ou neoconstitucionalista adquiriu grande prestígio na teoria jurídica dos países latino-europeos e americanos dos nos últimos anos. Entretanto, parece não haver expressões equivalentes noutros campos culturais; ou, se for o caso, ter um significado muito diferente. A origem da expressão aparece na escola genovesa, vários representantes da mesma introduziram-na com finalidade manifestamente crítica e desdenhosa. Para tanto, o "neoconstitucionalismo" buscava se referir a concepção de lei contrária ao positivismo jurídico, dizer o *iuspositivismo* metodológico ou conceitual. Provavelmente, a origem controversa tem a ver com a confusão pela qual a expressão tem resultado[51].

Uma visão radicalmente crítica da expressão neoconstitucionalismo pode ser fortemente encontrada também nos argumentos jurídicos sustentados pelos trabalhos de Juan Antonio García Amado[52].

No Brasil, as sombras do termo neoconstitucionalismo são trazidas a luz dos pensamentos do Jurista Lenio Luiz Streck que alerta firmemente pela discrepância de sentidos que o constitucionalismo contemporâneo apresenta do neoconstitucionalismo aplicado no ordenamento jurídico interno.

Com premissas aos apontamentos de abandono ao neoconstitucionalismo formulados por Lenio Luiz Streck, o primeiro a tecer críticas ao termo foi o Professor Humberto Ávila[53].

Segundo Lenio Luiz Streck[54] **"**passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição".

---

[51] ATIENZA, Manuel. NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA. p. 1-26. In: Blog La Mirada de Peitho. Publicado em 10 de novembro de 2014. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br>. Acesso em agosto de 2015.

[52] GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In F. Mantilla Espinosa (ed.), **Controversias constitucionales**,Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Disponível em www.videa.edu.co/portal. Acesso em agosto de 2015.

[53] ÀVILA, Humberto. "**NEOCONSTITUCIONALISMO"**: ENTRE A "CIENCIA DO DIREITO" E O "DIREITO DA CIÊNCIA". In: **Revista** Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em julho 2015.

[54] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 35-36.

O primeiro ponto de incongruência é que o termo neoconstitucionalismo incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas num mesmo sentido, o termo é: a) dito pela ciência política norte-americana, por exemplo, ao chamar de *new constitucionalism,* referência aos processos de redemocratização de países como o Brasil e outros; b) dito pela teoria do direito, a partir do segundo pós-guerra também tem referência como neoconstitucionalismo a produção intelectual sobre o direito; e ainda, c) os jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo termo em discussão[55].

Sob o termo "neoconstitucionalista", defende-se ao mesmo tempo: "um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição", anota Streck[56] e por segundo ponto de incongruência aponta "uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic)".

Ora, o terceiro ponto de incongruência, trazido por Streck[57], está no fato que o termo neoconstitucionalismo deveria ser relacionar com a ideia de novo paradigma. "Isto porque o direito – do paradigma exsurgido no segundo pós-guerra – deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais", tal circunstância é notável em observância aos textos constitucionais surgidos nesse período. No entanto, "fazer democracia a partir do e pelo direito parece que passou a ser o lema dos Estados Democráticos. Isso implicou – e continua a implicar – mudanças de compreensão: como olhar o novo com os olhos do novo, sem correr o risco de transformar o novo no velho?"

O quarto ponto de incongruência em destaque por Streck[58] é que "O pós-positivismo deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo. Mas não é." Para tanto, o autor explica que:

---

[55] STRECK, Lenio Luiz. Contra Neoconstitucionalismo. p. 10. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

[56] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 36.

[57] STRECK, Lenio Luiz. **Observatório Constitucional:** porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. In: **Revista Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2014, 8h01. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em julho 2015.

[58] STRECK, Lenio Luiz. Contra Neoconstitucionalismo. p.20. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

> pode ser chamada de póspositivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

Streck[59] aduz como quinto ponto de incongruência, o fato que o neoconstitucionalismo, que é tratado como o pós-positivismo jurídico ou a superação do positivismo, não deveria depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que "ponderação" e "discricionariedade" são faces de uma mesma moeda, e justamente a discricionariedade era o ponto a ser vencido no positivismo jurídico. Veja-se o que ele diz:

> Na medida em que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasilis* as "colisões de princípios" são "solucionadas" a partir de uma ponderação "direta", confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial

Streck[60] descreve como o Judiciário brasileiro vem sendo discricionário por interesses particulares através do discurso de ponderação/sopesamento, que são tratados como se fossem alicerçados na verdadeira teoria alexyana da ponderação. Assim, "dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Mas é exatamente por isso que, nos moldes em que situo o Constitucionalismo Contemporâneo, não há espaço para a ponderação".

Vendo pelo lado positivo, a concepção neoconstitucionalista deve ser compreendida como uma reação contra o positivismo jurídico, contra uma visão de lei que coloca o foco sobre as regras, em que se prevalece a positividade nas formas e se esquece da justiça. Entretanto, a crítica feita pelos autores neoconstitucionalistas demonstra que eles levam tal prática em demasiado, causando regressão do Estado de Direito estabelecido, porquanto tomam caminho temeroso de se esquecer dos valores do legalismo, em visão unidimensional do direito e pretensiosamente ingênua de acreditar que os valores constitucionais serão alcançados sem os limites do Direito

[59] STRECK, Lenio Luiz. Contra Neoconstitucionalismo. p. 22. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

[60] STRECK, Lenio Luiz. Contra Neoconstitucionalismo. p. 22. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

Positivo. Assim, Manuel Atienza diz que: "el llamado neoconstitucionalismo es una teoría con pocos adeptos y que se caracteriza (básicamente según sus detractores) por tesis insostenibles"[61].

Juan Antonio García Amado[62] aponta que o "neoconstitucionalismo" é a expressão que desponta concepção *iusmoralista*, a qual reduz o Direito ao ideal de moral e, por conseguinte, é incapaz de dar conta da especificidade da lei e do raciocínio jurídico. Por isso, é tão característico desta concepção Ferrajoli, que também sublinha que, ao reduzir os direitos fundamentais à princípios morais, neoconstitucionalismo apresenta uma versão enfraquecida do mesmo ameaçando a sua proteção efetiva.

Para Humberto Ávila [63] , as mudanças constitucionais preconizadas pelo neoconstitucionalismo não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Em primeiro lugar, o sistema jurídico brasileiro não passou de regras para princípios, mas é um complexo de normas compostos de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares. Em segundo lugar, não se pode dizer que a subsunção ceda lugar a ponderação como método exclusivo e prevalente de interpretação, haja vista que não se pode usar de princípios baseados em otimizar ao invés de considerar as soluções legislativas encontradas no exercício legitimo democrático. Em terceiro lugar, não convém sustentar que a justiça particular ou individual em prevalência a justiça geral, posto que as regras trazem uniformidade de tratamento e estabilidade de decisões, desempenhando função fundamental de reduzir arbitrariedade e incertezas dos conflitos morais existentes na sociedade complexa e plural. Em quarto lugar, não importa que o Poder Judiciário deva preponderar sobre o Poder Legislativo ou Executivo, pois em um ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência de regular por lei as matérias que considerar adequadas não pode ser ultrapassado pelo Poder Judiciário. Assim, "o neoconstitucionalismo baseado nas mudanças antes mencionados, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de 'não-constitucionalismo'", ou seja,

[61] ATIENZA, Manuel. NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA. p. 1-26. In: Blog La Mirada de Peitho. Publicado em 10 de novembro de 2014. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br>. Acesso em agosto de 2015.

[62] GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In F. Mantilla Espinosa (ed.), **Controversias constitucionales**,Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Disponível em www.videa.edu.co/portal. Acesso em agosto de 2015.

[63] ÀVILA, Humberto. "**NEOCONSTITUCIONALISMO"**: ENTRE A "CIENCIA DO DIREITO" E O "DIREITO DA CIÊNCIA". In: **Revista** Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em julho 2015.

“um movimento de ideologia que barulhentamente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”

Outrossim, Streck [64] e Manuel Atienza [65] orientam que a erronea ideia de neoconstitucionalismo traz conflituosidade ao entender que o constitucionalismo seria movimento superado, com impressão de ruptura e sobreposamento, enquanto o constitucionalismo contemporâneo conduz simplesmente ao ideal de continuidade do movimento constitucionalista, a ideia de que o constitucionalismo com novas conquistas passa a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior a Segunda Guerra Mundial.

Em apontamentos gerais, eis que são as sombras do neoconstitucionalismo do qual se buscou trazer clarividência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do desenvolvimento do presente artigo, pode-se concluir a necessidade de avalizar o constitucionalismo e os novos constitucionalismos (neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo), visto que o assunto apresenta obscuridades em suas expressões, conflituosidade de empregos e sentidos utilizados pela doutrina que estuda o tema em especificidade.

A maioria das pesquisas firmadas sobre o assunto não se preocupam em especificar a congruência ou incongruência entre os termos neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo, o que leva a entender que estão sendo tratadas em como sinônimos em sua maioria. No entanto, o neoconstitucionalismo é expressão que pode apresentar obscuridade ao deixar sombras de sentido, o qual apresenta problemática em sua concepção, que na prática jurídica brasileira, acabam por enfraquecer os preceitos constitucionais já estabelecidos no ordenamento jurídico interno.

Realmente o movimento de mutação constitucional é evolutivamente contínuo, disso adquire sucedâneos ao fenômeno do constitucionalismo e assim decorre a busca em se desenvolver e transcender. Entretanto, nem sempre as ditas mutações na órbita jurídica alcançam

[64] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 37.

[65] ATIENZA, Manuel. **NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO**: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA. p. 1-26. In: Blog La Mirada de Peitho. Publicado em 10 de novembro de 2014. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br>. Acesso em agosto de 2015.

o avanço benéfico, o “novo” pode vir com obscuridades ao desencorajar o movimento jurídico na tentativa de avanço, e estar camuflado de regressão e desvalorização dos preceitos constitucionais.

Desta forma, a busca pela transposição de paradigmas do constitucionalismo, do antigo ao moderno, do moderno ao pós-moderno, do novo ao *neo*, temerosamente precisa atentar ao uso das novas expressões, havendo sentido no uso do instituto como um processo de complementaridade, sem cair na falácia de ideal com roupagem de dimensão nova, mas incrustado no antiquado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil. 2007.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes,1998.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **NI POSITIVISMO JURÍDICO NI NEOCONSTITUCIONALISMO: UNA DEFENSA DEL CONSTITUCIONALISMO POSTPOSITIVISTA**. p. 1-26. In: Blog La Mirada de Peitho. Publicado em 10 de novembro de 2014. Disponível em: <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.br>. Acesso em agosto de 2015.

ÀVILA, Humberto. “**NEOCONSTITUCIONALISMO”**: ENTRE A “CIENCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. In: **Revista** Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em julho 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Um debate para o neoconstitucionalismo. papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação.** Disponível em < http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf >. Acesso em julho de 2015.

BARCELLOS, Ana Paulo de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. p. 30. In: **Revista Diálogo Jurídico**. N. 15 – janeiro/fevereiro/março 2007. Salvador Bahia. Disponível em <

http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em julho de 2015.

BARROSO. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf >. Acesso em julho de 2015.

BOBBIO, Noberto. Società (verbete) *Dizionariodi filosofiaapud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa.** In: Congreso Internacional de Derecho Constitucional. VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Ponencia presentada em el Instituto de InvestigacionesJuridicas de la UNAM. Disponível em < http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf >. Acesso em julho de 2015.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. Constituição e Fraternidade. O valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajai: UNIVALI. 2012. Disponível em: <httpp://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em 2015.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De laantiguedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martinez Nieira.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 588- 612.Título original: Wahrheitund Methode.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. In F. Mantilla Espinosa (ed.), **Controversias constitucionales**,Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Disponível em www.videa.edu.co/portal. Acesso em agosto de 2015.

GREY, Thomas C. Constitucionalism: an analytic framework. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalism**, Nomos XX. Nem York: New York University Press. 1979.

HENKIN, Louis. A new birthofconstitucionalism: geneticinfluences and geneticdefects. In: ROSENFELD, Michael (org.). **Constitucionalism**, **Identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives.**Durham: Duke University Press. 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25. Título Original Die normativekraft der verfassung.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Título original: The structureofscientificrevolutions.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de laconstitución.** Tradução de Alfredo GallegoAnabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986. Título original: Verfassungslehre.

MAGALHAES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2003. V. 2.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2002.

OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesiarabi**. Le constituzionidelMaghrebtraduzione dei testi vigente, prefazionedi Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

PLATÃO, **O político**. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008. Tradução de Carmen Isabel Leal Soares.

POZZOLO, Susanna e DUARTE, Écio Oto R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Antonio Cattoni de (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey; IHJ, 2009.

SCHOCHET, Gordon J. **Introduction**: constitucionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalism**, Nomos XX. Nem York: New York University Press. 1979.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 42. Tradução de Maria Helena Diniz.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. In: Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 13, p. 210 - 231, jan/jun 2013. Disponível em <file:///D:/Downloads/90-333-1-PB.pdf>. Acesso em janeiro de 2016.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 35-36.

STRECK, Lenio Luiz. Contra Neoconstitucionalismo. p. 10. In: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun.

STRECK, Lenio Luiz. Observatório Constitucional: porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. In: **Revista Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2014, 8h01. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em julho 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva,2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995.

APONTAMENTOS PRELIMINARES SOBRE O USO PREDATÓRIO DA JURISDIÇÃO

Maximiliano Losso Bunn[1]

Orlando Luiz Zanon Junior[2]

INTRODUÇÃO

O objetivo (ou referente) do presente texto consiste em desenvolver uma proposta de conceito operacional para a categoria Uso Predatório de Jurisdição e, também, apresentar algumas discussões preliminares sobre tal fenômeno, considerando a crescente litigiosidade proporcionada por grandes corporações dos setores público e privado, no cenário brasileiro.

A motivação para tratar deste assunto decorre da recente constatação, mediante estudos técnicos, de que parcela considerável da vasta quantidade de demandas em tramitação no sistema judicial brasileiro pode ser atribuída a um pequeno número de grandes litigantes, dos setores público e privado, que consomem considerável percentual dos recursos disponíveis para investimento na administração da justiça. Esta situação reclama um diagnóstico, para se apurar as razões pelas quais a estatística aponta este cenário, de modo a se viabilizar a posterior proposição de soluções para redução do acúmulo de processos aguardando solução, que implica gradativo desgaste do sistema.

Sem embargo, até a recente consolidação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão centralizador de soluções administrativas para o sistema judicial, não havia uma medição institucional do quantitativo de demandas no cenário brasileiro. E, evidentemente, tal ausência de aferições estatísticas dificultava o diagnóstico da real situação do sistema judicial e impedia a consequente adoção de medidas gerenciais informadas. Justamente para permitir uma visualização numérica do contexto judiciário, o referido órgão implementou o programa contínuo Justiça em Números, o qual resulta em um relatório estatístico anual sobre diversas variáveis do

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito pela UNIVALI. Pós-graduado pela UFSC. Juiz de Direito.

[2] Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito Pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), da Acadêmia Judicial (AJ) e do Programa de Pós-graduação da UNIVALI. Juiz de Direito.

sistema judicial[3]. E, a partir da inauguração de tal controle, restou possível a leitura de diversas situações[4].

Uma destas leituras diz respeito ao objeto do presente artigo, referente ao consumo de parcela considerável da força produtiva empregada na jurisdição para resolver os conflitos em que está envolvido o restrito conjunto dos grandes litigantes. Sem embargo, uma pesquisa derivada do Justiça em Números, voltada à campanha Não Deixe o Judiciário Parar, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), apontou que aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos mais de 100 (cem) milhões processos em tramitação (estimativa livre na data deste artigo) envolvem, em um dos polos processuais, um dos 100 (vinte) grandes litigantes, sendo que este grupo é protagonizado por entes estatais, instituições financeiras e concessionárias de serviços públicos, dentre outras corporações atuantes no contexto brasileiro[5].

A partir de tal leitura numérica, é possível cogitar que a descoberta das razões por detrás desta litigiosidade excessiva certamente pode auxiliar na tomada de providências para otimizar o funcionamento do sistema jurisdicional. De início, importa salientar que não se trata de vilanizar os grandes litigantes, mas sim de descobrir as efetivas raízes de tal situação. Ora, o quadro fático poderia decorrer das ações de massa, propostas com o objetivo de se aproveitar de uma eventual falha involuntária para constituir um nicho de mercado advocatício de ações reparatórias. Ou, então, pode-se cogitar de uma efetiva falha no sistema de atendimento das corporações, que enseja a necessidade do acesso à jurisdição para resolução de um grande número de problemas que, a rigor, seriam passíveis de soluções administrativas. Ou ainda, talvez não haja aderência a uma postura conciliatória pelos envolvidos. Seja qual for a resposta para estas questões e muitas outras, não se pode olvidar de investigar o motivo pelo qual ingressa na justiça, aproximadamente, um processo a cada 5 (cinco) segundos, dos quais cerca da metade envolvem estes cem litigantes[6].

---

[3] CNJ. **Justiça em Números 2015**. Disponível: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Acesso em: 18.09.2015.

[4] Acerca do Justiça em Número, veja-se o seguinte vídeo: CNJ. **Justiça em números**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Acesso em 18.09.2015.

[5] O quantitativo de processos é uma aproximação livre para setembro de 2015, considerando que, segundo o relatório Justiça em Números para 2015, o ano de 2014 iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos e, até o seu final, foram ajuizadas mais 28,9 milhões, sendo que o ingresso de novas demandas é historicamente superior ao quantitativo de julgamentos proferidos. No mesmo sentido, quanto ao estoque referido e também sobre o percentual de participação dos grandes litigantes, recomenda-se a visualização do seguinte vídeo: AMB. **Não Deixe a justiça parar**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg. Acesso em 18.09.2015.

[6] Considerando que um ano possui tem em média 31.556.926 segundos e que, segundo o relatório Justiça em Números para 2015, ingressaram quase 28,9 milhões de processos no sistema judicial.

Aqui, a hipótese a ser discutida é a de um problema específico inserido em tal contexto, que vem se convencionando chamar de Uso Predatório da Jurisdição (ou da Justiça)[7]. Porém, as discussões são embrionárias, cabendo aqui traçar alguns apontamentos preliminares. Daí que, com o objetivo de contribuir para esse debate, o presente artigo está estruturado em dois subitens, iniciando pela apresentação de uma proposta de conceito operacional e, depois, seguindo pela discussão de apontamentos preliminares sobre tal fenômeno.

Iniciando o tratamento teórico em prol de tal desiderato, o primeiro item de texto apresentará o conceito operacional de Uso Predatório da Jurisdição e suas peculiaridades. No ponto, será discutida a hipótese referente à caracterização de tal fenômeno no cenário brasileiro, considerando os mecanismos processuais referentes à repressão da litigância de má-fé e à promoção da conciliação.

A segunda parte, por sua vez, tratará de noções preliminares sobre tal fenômeno, considerando os recentes estudos estatísticos sobre o funcionamento da jurisdição. As hipóteses a serem tratadas dizem respeito aos efeitos deletérios especificamente decorrentes de tal fenômeno na atividade jurisdicional, mormente no tocante à celeridade processual.

Não é ocioso assinalar que a base doutrinária empregada diz respeito, principalmente, aos estudos técnicos que só recentemente diagnosticaram o referido fenômeno, de modo que este esboço é um dos poucos ensaios preliminares sobre a temática em voga.

Fixado o referente e estabelecidas as hipóteses a serem discutidas, cabe fazer alguns registros quanto à metodologia empregada, no sentido de que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica[8].

1. CONCEITO DE USO PREDATÓRIO DA JURISDIÇÃO

Este primeiro item do texto é voltado à construção de uma proposta de conceito operacional de Uso Predatório da Jurisdição, considerando suas principais peculiaridades, de

[7] COSTA, João Ricardo dos Santos. **Uso predatório da justiça**. Disponível em: http://amma.com.br/noticias~1,4429,,,em-artigo-presidente-da-amb-faz-criticas-ao-uso-predatorio-da-justica. Acesso em 18.09.2015.

[8] PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

acordo com o cenário de excessiva litigiosidade por um grupo de grandes corporações públicas e privadas, exposto na introdução prévia.

Inaugurando a discussão, cabe mencionar os comentários do Dr. Sérgio Luiz Junkes, um dos primeiros magistrados a tratar especificamente de tal assunto. Em entrevista ao programa Brasil Justiça, ele referiu que o fenômeno é caracterizado pelo uso excessivo e indevido do sistema judicial por parte das grandes corporações. Sua fala enfocou o desrespeito proposital a legislação consumerista, que resultaria no grande quantitativo de acessos à jurisdição para reparação das respectivas lesões, de modo a obstruir a jurisdição, causando o acúmulo de processos e a consequente perda de celeridade, que acabam por prejudicar o tratamento dos temais assuntos, inclusive das ações sobre direitos fundamentais, em prejuízo da cidadania[9].

De outro lado, o Dr. João Ricardo dos Santos Costa, na qualidade de presidente da AMB, ampliou a abrangência da prática deletéria em análise, referindo que não versa apenas sobre ofensas aos direitos dos consumidores, mas também envolve a atuação estatal de empregar excessivamente a máquina judiciária em benefício próprio, não só para cobrar as dívidas pela via processual (através das execuções fiscais), mas mediante a interposição excessiva de recursos, com a finalidade de justamente atrasar o desfecho de determinados feitos, o quê tem efeitos negativos reflexivos nos demais casos judicializados[10].

Partindo destas manifestações, é possível efetuar uma distinção inicial entre, de um lado, o **Excesso de Litigiosidade**, que consubstancia categoria referente a uma anormalidade precipuamente quantitativa, porquanto refere um exagerado acionamento das vias jurisdicionais, e, de outro, o Uso Predatório da Jurisdição, o qual diz respeito a um abuso no direito de acesso ao sistema judicial, em razão de determinadas peculiaridades específicas (a serem justamente investigadas). Importa, então, discorrer sobre quais seriam os elementos que permitem qualificar tal vício no compartilhamento dos recursos disponíveis.

Dito isto, relembrando o conteúdo das falas dos magistrados antes mencionados, é possível conceber que o Uso Predatório da Jurisdição está relacionado, em alguma medida, com a litigância de má-fé. Muito embora permaneça mascarado pelo exercício do direito individual do acesso à jurisdição (visão microscópica), revela-se fortemente negativo em uma apreciação coletiva do

[9] A referida entrevista está disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qyWjfuPiMwk. Publicada em: 08.12.2014. Acesso: 18.09.2015.

[10] COSTA, João Ricardo dos Santos. **Uso predatório da justiça**. Disponível em: http://amma.com.br/noticias~1,4429,,,em-artigo-presidente-da-amb-faz-criticas-ao-uso-predatorio-da-justica. Acesso em 18.09.2015.

funcionamento jurisdicional, em razão dos seus nocivos efeitos sistêmicos (no âmbito macroscópico). Tanto que a situação permanecia apenas no campo especulativo, somente vindo à tona nos relatórios das pesquisas estatísticas promovidas pelo CNJ e AMB, consoante antes exposto. Notadamente, o problema não é passível de percepção mediante uma anacrônica visão de cunho patrimonialista individual. Somente através de uma análise amplificada é possível perceber a existência de tal prática virulenta, a qual contribui determinantemente para a sobrecarga do sistema e, gradualmente, arremessa-o para a sua falência.

O mencionado fenômeno é evidenciado pela estatística que, como já se disse, demonstra que cerca de 40% dos processos aguardando definição tem, em um de seus polos, ao menos um dos 100 (cem) grandes litigantes, de modo a indicar que pequena parcela das corporações exige quase metade dos recursos empregados na jurisdição. Ora, tal litigância excessiva, por parte de um conjunto pequeno de pessoas jurídicas de grande projeção, acarreta uma sobrecarga do sistema, justamente por ultrapassar a sua capacidade de absorção, de sorte a formar um gargalo de fluxos processuais que, consequentemente, emperra o desenvolvimento de todos os processos. Daí decorre um efeito facilmente perceptível, consistente na perda de agilidade para resolução das demandas (a tão conhecida morosidade processual), não só com relação ao referido percentual de processos, mas também quanto a todos aqueles submetidos ao sistema. Outra decorrência que pode ser atribuída a tal vício é a perda de qualidade nas decisões jurisdicionais, haja vista que o órgão decisor terá menor tempo para se aprofundar em determinadas questões mais complexas, justamente porque sua força de trabalho precisa também ser direcionada para o acúmulo incessante de novas ações, consoante inclusive demonstram as chamadas taxas estatísticas de congestionamento. E, por fim, não é ocioso lembrar que os próprios grandes litigantes se beneficiam dos efeitos nocivos que criam, haja vista que a demora na resolução judicial das lesões, que eles mesmo causam, permite-lhes uma folga temporal confortável.

Todavia, a dificuldade maior não reside em apontar algumas das principais consequências do Uso Predatório da Jurisdição, tanto que acima restou possível apresentar algumas com um breve esforço argumentativo, porquanto sensíveis na prática forense cotidiana. O problema maior é aferir as peculiaridades que permitem diferenciar o Excesso de Litigiosidade do indesejado Uso Predatório da Jurisdição, ou seja, apontar quais as características que permitem apontar quando se está efetivamente diante de um abuso no direito de acesso à jurisdição.

Isto porque, para tanto, exige-se uma interpretação dos dados estatísticos de acordo com a

experiência cotidiana na prática forense, mormente no tocante à lida diária com tais demandas específicas, ou seja, envolve um exercício de abstração. Sem embargo, os números, por si só, não esclarecem a completa dimensão do fenômeno, que depende de aprofundamento. E o objetivo deste texto é justamente traçar algumas contribuições propedêuticas para compreensão do fenômeno, de modo a viabilizar a proposição de um delineamento conceitual inicial sobre o assunto, a ser gradativamente aperfeiçoado.

Nesse desiderato, cabe inicialmente explicitar a tese de que o Uso Predatório da Jurisdição consiste em um abuso no direito de acesso à jurisdição, o qual, como toda a prerrogativa fundamental, depende de um uso responsável e, também, implica uma contrapartida sob a forma de dever fundamental. Com efeito, a administração da jurisdição é um empreendimento coletivo, assim como as demais facetas da política em sentido amplo (*latu sensu*). E, justamente por isto, depende da contribuição de todos, de modo que, acaso se excedam nas exigências individuais, podem gerar efeitos nocivos para a coletividade. Em outros termos, as linhas anteriores deste parágrafo significam que, acaso cada uma pessoa exorbite no exercício do direito de consumir um serviço coletivo colocado ao seu dispor (a exemplo do acesso à jurisdição), dificilmente vai haver recursos suficientes para sustentar o sistema para todos. Exemplificando, embora cada cidadão tenha o direito fundamental à prestação de serviços públicos essenciais, como o fornecimento de água e de energia elétrica, é inegável que o consumo exagerado de tais bens gera a sobrecarga do sistema e, consequentemente, podem implicar a inexistência de quantidade suficiente para distribuir a todos, podendo, inclusive, acarretar a gradual falência dos respectivos meios de distribuição. Daí as campanhas para o uso consciente de tais recursos de interesse coletivo. Da mesma forma ocorre com a jurisdição, no sentido de que se trata de um recurso caro e esgotável, que, se for consumido de forma desmedida, certamente não será suficiente para ser distribuída a todos. Daí decorre a primeira característica do fenômeno em tela, justamente o abuso no exercício do direito fundamental de acesso à jurisdição.

Fixada esta premissa inicial, é possível propor uma segunda característica, referente ao fato de que o Uso Predatório não é um fenômeno microscópico, ou seja, verificável isoladamente em um processo judicial determinado, mas sim mediante o cotejo da situação individual com um contexto macroscópico. Notadamente, na análise focada em uma ação determinada, é possível até que haja o abuso do direito de acesso à jurisdição, porém, acaso efetivamente diagnosticada, implicará a chamada Litigância de Má-fé, nos termos da doutrina específica. De outro lado, o Uso

Predatório da Jurisdição é uma modalidade de vício processual que implica um excesso de acessos injustificados à jurisdição e, portanto, depende de um argumento estatístico adicional à má-fé processual. Logo, uma segunda peculiaridade desta anomalia judiciária consiste em seu âmbito amplificado de abrangência, ultrapassando um caso isolado, de modo a refletir um excesso injustificado no acionamento das vias judiciais.

E, desde já, cabe assinalar também uma terceira qualidade distintiva do defeito processual em tela, consistente na insistência em desrespeitar prerrogativa jurídica já reconhecida ao litigante adverso ou, alternativamente, na reiteração nos mesmos argumentos já repelidos pela jurisdição com fins protelatórios. Notadamente, não basta apenas a somatória das duas características antes expostas (abuso de direito em grande quantidade de processos), sendo imprescindível também que, alternativamente, estejam demonstradas algumas das duas situações indicadas, consoante os delineamentos abaixo.

A uma, é inegável que o visível interesse em simplesmente negar um direito evidente, com isto gerando grande quantitativo de acessos à jurisdição, revela uma prática desarrazoada e injustificável num cenário democrático, em que a legislação é produzida para ser respeitada. Por exemplo, não se justifica que uma concessionária de serviço público reconheça a cobrança indevida perante o consumidor já na esfera administrativa e, simplesmente, negue-se a devolver o dinheiro, forçando o acionamento da jurisdição e, quando citada, ainda apresente uma resposta sob a forma de contestação genérica e se furte a uma postura conciliatória, aguardando uma condenação em primeiro grau para recorrer e, só ao final de longos anos, cumprir com sua obrigação, a qual já era evidente desde o primeiro momento – isto é um caso comum que demonstra a depredação do sistema judiciário. Trata-se da estratégia de negar o direito dos consumidores apostando, estrategicamente, na estatística de que apenas alguns deles vão ingressar em juízo e, quando o fizerem, ainda assim haverá um tempo confortável para adimplemento. Certamente que isto é um abuso do direito de defesa, passível de ser classificado como Uso Predatório da Jurisdição.

A dois, é visível o fenômeno deletério em análise quando o grande litigante insiste em utilizar argumentos reiteradamente já repelidos pela jurisdição, mormente quando já afastados por uniformização de entendimentos na terceira instância recursal, apenas com a finalidade de ganhar tempo útil mediante aproveitamento em seu favor da sobrecarga que causa no sistema judiciário. Ora, isto é flagrantemente inaceitável e, aliás, é a conduta mais amplamente criticada

pelos agentes atuantes no cenário forense. Aqui, contudo, é preciso ressalvar ser admissível reprisar teses num esforço para modificar o entendimento dos tribunais, porquanto o direito não é um material fossilizável. Porém, é preciso respeitar o mínimo de estabilidade e coerência no sistema judiciário, somente reprisando teses já amplamente rejeitadas quando, por alguma razão plausível e justificável, houver algum indicativo favorável no cenário que permita a modificação do entendimento jurisprudencial consolidado, pois somente aí o esforço repetitivo se revela honesto (*fair play*).

Por fim, uma quarta característica consiste na presença de um grande litigante como praticante do vício em tela, embora também pessoas físicas possam ser os autores de tal estratagema processual nociva ao sistema. Com efeito, a presença, em um dos polos do processo, de uma das corporações públicas ou privadas que integram o seleto grupo dos grandes litigantes é um indicativo inicial que recomenda a investigação quanto à ocorrência do problema em análise. Porém, trata-se apenas de uma peculiaridade comum, porquanto qualquer um pode incorrer no vício em tela, inclusive havendo notícia de pessoas físicas que, em tese, fazem mal uso da jurisdição ingressando com grande quantidade de ações. Mesmo assim, a presença de uma grande organização como praticante do vício é típica à situação, mormente porque a ramificação de seus tentáculos no mercado denota uma ampliação dos efeitos deletérios que pode causar.

Portanto, neste artigo preliminar, cabe apresentar as quatro características acima como típicas do **Uso Predatório da Jurisdição**, de modo a conceituá-lo, nestes apontamentos iniciais, sujeitos a posterior aperfeiçoamento, como o abuso do direito de acesso à juridição ou de defesa, mediante excesso de acionamentos da jurisdição, diretamente ou impostos à parte adversa, qualificado pela insistência em desrespeitar administrativamente prerrogativas jurídicas já reconhecidas ou, alternativamente, pela reiteração de argumentos já repelidos pela jurisprudência predominante, geralmente praticado por grande corporação.

2. DISCUSSÕES PRELIMINARES SOBRE O FENÔMENO

Apresentados o conceito e as características do **Uso Predatório da Jurisdição**, categoria aqui enfocada, oportuna se faz, a partir de agora, a discussão quanto à sua ocorrência no sistema jurídico brasileiro e, bem assim, a apresentação, ainda que breve, das suas causas, dos efeitos negativos que advêm desse fenômeno e de algumas medidas poderiam ser tomadas para

combatê-lo.

Relativamente ao Uso Predatório da Jurisdição, na órbita da problemática aqui tratada, recente estudo da AMB[11] dá conta de que um pequeno e determinável grupo de atores (instituições do poder público, instituições financeiras e empresas de telecomunicações) é o grande responsável por grande parte dos 100 milhões[12] de processos que tramitam no país[13].

Em razão da importância do estudo realizado, vale trazer a síntese do que foi objeto de análise, *in verbis*:

> Com o objetivo de proporcionar um retrato mais apurado do extraordinário volume de processos protocolados diariamente no Poder Judiciário, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) realizou, sob a coordenação da professora Maria Tereza Sadek, e o auxílio do estatístico Fernão Dias de Lima, uma pesquisa em 11 Unidades da Federação com o objetivo de verificar quais são os principais demandantes e demandados, no Primeiro Grau, no Segundo Grau e nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais. O período de análise compreende os anos de 2010, 2011, 2012 e 2013.
>
> A partir dos dados coletados, foram extraídos os 100 maiores litigantes no polo ativo (aquele que toma a iniciativa do processo no Primeiro Grau) e passivo (aquele que é processado no Primeiro Grau), bem como os litigantes nos polo ativo e passivo no Segundo Grau e Turmas Recursais.
>
> O estudo mostra que em oito das 11 Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo, no grupo dos 100 maiores litigantes. E no polo passivo, o setor econômico representado por bancos, empresas de crédito, de financiamento e investimentos é o principal demandado em sete estados e no Distrito Federal.
>
> **O exame dos 100 maiores litigantes nas 11 unidades pesquisadas apurou que um número extremamente reduzidos de atores é responsável por pelo menos a metade destes processos** (destaque do original)[14].

Para ilustrar de maneira ainda mais palpável o quadro que se enfrenta atualmente, fazendo-o de forma particular notadamente no âmbito de atuação profissional dos autores do presente estudo, toma-se por exemplo o Estado de Santa Catarina, no qual "os 100 maiores demandantes foram responsáveis por 56% dos processos ajuizados no Primeiro Grau e 53% no polo passivo"[15]. E mais: neste cenário específico, apenas 13 litigantes são responsáveis por mais de

---

[11] AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015.

[12] Vide nota de rodapé número 5.

[13] Nada obstante a conclusão alcançada já seja assustadora, o próprio estudo ainda indica que a situação pode ser pior, à medida que o resultado obtido o foi com base nos dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça dos Estados avaliados. Todavia, a falta de padronização dos sistemas de registros de dados dos Tribunais de Justiça, com a recorrente ocorrência de grafias distintas e/ou dados de identificação diversos para um mesmo ator pode ter ocasionado um desvio a menor no número de demandas vinculadas aos maiores litigantes.

[14] AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015, p. 12.

[15] AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015, p. 13.

metade dos processos deflagrados e apenas 7 deles são os demandados em mais de 50% das novas lides[16].

Ainda no Estado de Santa Catarina, o quadro não só se repete no Segundo Grau de Jurisdição e nas Turmas Recursais, mas verdadeiramente se agrava, já que, perante o órgão recursal, no âmbito da justiça comum, 5 são os maiores litigantes e outros 5 são os maiores recorridos, ao passo que na Turmas Recursais os maiores ligantes no polo ativo são apenas 6 e no polo passivo outros 7[17].

Em resumo, o estudo citado demonstra que, especificamente no caso catarinense, de forma similar ao que ocorre nas demais unidades da federação analisadas, poucos são os litigantes que respondem por mais da metade dos processos e das novas lides judiciais em trâmite. Este é o maior indicativo de que a jurisdição está sendo utilizada excessivamente.

A situação e a problemática exposta revelam, então, como já é possível perceber prematuramente e a par dos números apresentados, a ocorrência do Uso Predatório da Jurisdição, já que pequena parcela de atores sociais invoca e ocupa tão importante função estatal, de forma absolutamente desproporcional ao restante dos jurisdicionados, visando unicamente a gerência de seus interesses.

Anote-se que essa grave distorção no conceito de acesso à justiça por parte desse grupo de maiores litigantes é causada, ao que é possível perceber em análise perfunctória, não só pela legislação em vigor no País, no que toca sobretudo ao Poder Público, mas também pelo aparente interesse em não resolver os casos administrativamente, delegando a resolução de grande contingente de assuntos para um sistema jurisdicional sobrecarregado e, portanto, moroso.

De todo modo, a problemática que constitui o Uso Predatório da Jurisdição merece analisada, pois, como destaca Maria Tereza Sadek, o certo é que "a elevada concentração de processos nas mãos de poucos litigantes resulta em prejuízos ao acesso à Justiça e na qualidade dos serviços judiciários prestados à sociedade em geral"[18].

Avançando, portanto, à análise das causas que de antemão nos parecem motivar o Uso Predatório da Jurisdição, tem-se a legislação brasileira.

---

[16] AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015, p. 71.

[17] AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015, p. 71.

[18] AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015, p. 12.

Por exemplo, é impensável a manutenção da atual sistemática para a cobrança forçada dos tributos sempre e desde o início pela via jurisdicional. De igual forma, também não se encontra justificativa plausível para que, diante da atual estrutura da advocacia pública *lato sensu*, ainda se mantenha a previsão da remessa necessária ao segundo grau de jurisdição, mantida no novo estatuto processual, ao menos no tocante à União e aos Estados.

Nesses pontos, portanto, já se vê ser urgente a necessidade de mudança dos diplomas legislativos respectivos para permitir que o Estado possa, com efetividade, cobrar os tributos que são devidos e, outrossim, defender seus interesses de forma razoável dentro da dialética processual que, aliada à estrutura da advocacia pública, é mais do que suficiente para garantir a não ocorrência de prejuízos desmotivados ao erário e à coletividade.

De igual forma, mas sob outro ângulo, percebe-se que, dentre os maiores litigantes, estão também as instituições financeiras e as operadoras de telefonia, as quais evidentemente tem interesses lucrativos.

E, mediante uma análise pragmática do seu proceder, verifica que empregam as ferramentas processuais com o objetivo específico de alcançar seus objetivos empresariais, inclusive mediante o alongamento das lides por meios técnicos, visando postergar suas obrigações contratuais ou mesmo atenuar os valores devidos em eventual transação realizada com o interessado. Tal postura é fiel à lógica do mercado em um cenário capitalista, porém, não se pode olvidar que, segundo o estudo realizado pela AMB, estas poucas corporações são responsáveis por mais da metade dos processos deflagrados contra as empresas em geral[19].

Logo, nesse particular, não basta a legislação restringir o uso abusivo das ferramentas processuais pelos grandes litigantes, sendo necessário também uma compreensão diversa dos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, a fim de racionalizar a atividade judicial.

Desenvolvendo, portanto, a temática que ora se propõe, e já caminhando para as medidas que poderiam ser adotadas para combater o uso indevido da Jurisdição, parece ser inafastável que, no âmbito do Direito Privado, haja a transferência não só dos custos sociais e econômicos do litígio para as corporações que lucram no mercado negocial que atuam, evitando com isso o litigar vantajoso, mas também a imposição, por exemplo, de cláusulas compromissórias obrigatórias nos

[19] Tomando novamente por base o estudo realizado pela AMB e o Estado de Santa Catarina como campo da amostragem, tem-se que, no ano de 2013, apenas as empresas dos setores financeiro e de serviços de telefonia e comunicações foram responsáveis por 64,2% das 382.227 ações deflagradas contra as respectivas sociedades empresariais. *In*: AMB. **O uso da Justiça e o Litígio no Brasil**. Brasília, 2015, p. 73.

negócios jurídicos privados para uma tentativa de resolução extrajudicial e pré-processual do litígio, como requisito para acesso ao Estado-Juiz.

A seu turno, ao lado dessas medidas para racionalização do acesso à Justiça é necessária, também, a criação de mecanismo de controle e atuação coercitiva no campo dos interesses coletivos por parte das agências reguladoras e do Ministério Público, proporcionando, com isso, que a correção da má conduta negocial no mercado de consumo, por exemplo, se dê do aspecto geral para o individual, e não o contrário, como hoje acontece[20] (por óbvia incapacidade de absorção e resolução efetiva de um excesso escorchante de lides individuais por parte do Estado-Juiz).

Anote-se que, embora à primeira vista, estas medidas não se prestem para construir uma solução imediata para a problemática dos grandes litigantes, como agora se propõe, elas na verdade constituem as pilastras de uma necessária e vasta reformulação do próprio atuar jurisdicional, conquanto esgotado o modelo clássico do Estado de Direito contemporâneo - cuja discussão não será aqui aprofundada por não constituir o objeto do presente estudo.

Aliás, a transferência dos custos sociais e econômicos dos litígios para as corporações que dele se valem seria medida de justiça, não só por impor responsabilidade negocial e ética aos respectivos atores, mas também porque o agigantamento do aparato estatal já não parece ser a melhor solução para o problema da ineficiência do modelo de jurisdição, vez que a capacidade de investimento do Estado se encontra no limite[21] e porque o simples aumento da capacidade julgadora traz consigo fatores como a retroalimentação da demanda e a consequente progressão geométrica do número de conflitos sociais[22].

Sobre o tema, a propósito, discorre Mancuso[23]:

---

[20] POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XXXVII: "Não há quase nada que indique que as pessoas se orientem moral ou ideologicamente pelas decisões do judiciário".

[21] Relativamente ao PIB, e dentre todos os países analisados, entre os latino-americanos o Brasil é o segundo a destinar a maior fatia à função jurisdicional, importando o orçamento do Poder Judiciário em 1,46%; o primeiro é a Costa Rica, com 5,48%, mas relativamente aos países do restante do mundo é mais do que o dobro do segundo estado, San Marino, com 0,65%. Conforme informações de: CNJ. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília. nov. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso: em 11 out. 2015.

[22] O método tradicional de solução de conflitos, submete-los através de uma ação ao Judiciário, mostra-se insuficiente para atender à demanda social por justiça. A tentativa de equilíbrio entre a demanda por justiça e a sua oferta via maior e melhor judiciário, frustra-se a medida que não suprime a natureza belicosa do sistema, por isso, acaba impondo ao cidadão a cultura da guerra, e mais e mais processos são distribuídos. Conforme CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2008.

[23] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, ano 98, vol. 888, out - 2009, p. 9-36.

> Na verdade, é inútil inflar a estrutura judiciária, na tentativa de acompanhar o crescimento geométrico da demanda por justiça, na medida em que essa estratégia leva, ao fim e ao cabo, a oferecer mais do mesmo (mais processos - mais crescimento físico da máquina judiciária), pondo em risco o equilíbrio com os demais Poderes e minando a desejável convivência harmoniosa entre eles: com o Executivo, assoberbado com as incessantes requisições de verbas orçamentárias para o crescente custeio da justiça estatal; com o Legislativo, acuado ante a diminuição de seu espaço institucional, por conta dos avanços do ativismo judiciário em áreas tradicionalmente reservadas à chamada reserva legal.

Indispensável, assim, ao que é possível colher dos elementos agora analisados e que indicam o Uso Predatório da Jurisdição, haver uma mudança da sistemática de tratamento de parte das lides pelo Estado-Juiz. Ao menos no que toca às demandas apontadas neste estudo e que constituem grande parte do consumo da capacidade da atividade jurisdicional atual, há necessidade de racionalizar o funcionamento do agir do Estado, sob pena de a função estatal em si restar seriamente prejudicada (sobretudo a efetividade que decorre, diretamente, do atuar em tempo útil para as partes).

A racionalização da atividade jurisdicional para fazer frente ao Uso Predatório da Jurisdição, portanto, seja pela correção do ordenamento jurídico positivado, ou então pela criação de mecanismos de transferência de responsabilidades processuais e sociais aos atores envolvidos, é medida que vem ao encontro da realidade contemporânea, bastante diversa, aliás, daquela para o qual o modelo de jurisdição foi concebido[24].

Não é nova, de todo modo, a necessidade de mudança do atuar jurisdicional a bem da própria função estatal. A solução agora defendida relativamente à problemática do Uso Predatório da Jurisdição, embora inserida no contexto particular aqui delimitado, já foi objeto de análise de outros estudos. Nesse ponto, oportuno o destaque da conclusão obtida por Mancuso ao analisar a questão do esgotamento do atual modelo de resolução dos litígios, *in verbis*:

> Naturalmente, a gradual implementação de um novo standard de resolução de conflitos entre nós, como proposto no trabalho ora introduzido, implica quebra de paradigmas, alguns até dogmatizados à força de serem repercutidos sem a devida atualização e contextualização, o que os fez perder aderência à realidade brasileira contemporânea. permitimo-nos almejar que a tese desenvolvida ao longo do trabalho ora introduzido possa contribuir em algum modo para uma redefinição ou uma correção aos rumos nos conceitos de jurisdição e de acesso à Justiça entre nós, decotando-os dos

[24] RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34: "É necessário romper tradições, mitos e mentalidades conservadoras. o âmbito institucional jurídico não é lugar para dogmas, uma vez que haveria inevitável contradição com a mutabilidade da cultura e da sociedade. As normas - materiais e processuais - devem ser direcionadas para uma realidade social concreta, em um momento histórico determinado, de forma a atender às necessidades específicas daqueles que estão sob o seu comando. Caso haja alteração das necessidades deve existir espaço e condição para inserções harmônicas e alterações compatíveis da norma para com a nova realidade social".

> excessos interpretativos que ao longo do tempo levaram a colar a resolução dos conflitos ano aparato judiciário estatal, em modo monopolístico. Sob o ideário de uma sociedade pluralista, instalada numa democracia participativa, cabe hoje consentir e incentivar o concurso de outros meios, agentes, órgãos e instâncias capazes de recepcionar e resolver larga parcela de controvérsias e de ocorrências, dando-lhes solução tecnicamente consistente, a baixo custo e em tempo reduzido, com o que só terá a ganhar a função judicial do Estado[25].

Bem por isso, acrescente-se, descabidas as vozes que se opõem à racionalização da atividade jurisdicional sob o argumento de maltrato ao princípio do acesso à ordem jurídica, porque a atividade estatal que visa regular seu atuar não passa de desdobramento do seu próprio existir. O Direito, como um todo, deve servir à Sociedade. E não o contrário, sobretudo quando o Uso Predatório da Jurisdição, como visto no presente estudo, é fenômeno presente e que coloca em risco a essencial função estatal de dizer o Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muitos anos, a atividade jurisdicional foi verdadeiramente complacente com as práticas predatórias do correto funcionamento da jurisdição, gerando um estado atual de excesso de ações e de apresentação de defesas e de recursos protelatórios ou abusivos, os quais contribuem determinantemente para a morosidade jurisdicional, em flagrante ofensa ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Tal cultura forense precisa efetivamente ser desconstituída, mediante intenso empenho da jurisdição em repelir e punir tais práticas (*contempt of court*) e, assim, estimular um novo parâmetro de moralidade institucional (ética) para reger a processualística.

E o momento não poderia ser mais adequado para tal mudança, em razão da crise gerada pelo acúmulo de processos e de recursos em todas as instâncias, em razão da cultura de contestar com quaisquer argumentos (ainda que sabidamente inverídicos), de embargar sempre (mesmo apenas com a finalidade de retardar a satisfação de direito líquido e certo) e de recorrer exaustivamente, bem como, também, pela inércia jurisdicional (acomodamento) em nada fazer para repelir tal situação.

Um dos exemplos mais nefastos disto é o chamado Uso Predatório da Jurisdição (ou da justiça), caracterizado pela postura das grandes corporações públicas e privadas em rejeitar a

[25] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, ano 98, vol. 888, out - 2009, p. 9-36.

possibilidade de rápida resolução administrativa dos conflitos e em refutar a cultura da composição, de modo a sobrecarregar a jurisdição e, assim, colher o benefício da demora que elas mesmos geram. Mais precisamente, o presente texto conceituou o Uso Predatório da Jurisdição como o abuso do direito de acesso à juridição ou de defesa, mediante excesso de acionamentos da jurisdição, diretamente ou impostos à parte adversa, qualificado pela insistência em desrespeitar administrativamente prerrogativas jurídicas já reconhecidas ou, alternativamente, pela reiteração de argumentos já repelidos pela jurisprudência predominante, geralmente praticado por grande corporação.

Daí que, no atual cenário de morosidade e de incertezas, pelo qual todas as funções essenciais à Justiça têm parcela de responsabilidade (em uma generalização, é lógico), recomenda-se uma tomada de consciência pela mudança de postura. Logo, com o devir de novas legislações processuais (novos códigos de processo civil e criminal, emendas constitucionais visando reduzir os recursos ou conjuminar seus julgamentos etc), justifica-se uma nova e moralizante postura da jurisdição, com o escopo de incentivar a participação pública (e da advocacia) no sentido de somente movimentar o aparato jurisdicional com efetiva fundamentação e sob os auspícios da moralidade intersubjetivamente compartilhada. Para tanto, a observância dos preceitos éticos constantes da legislação processual, mormente a coerção contra o Uso Predatório da Jurisdição, tem importância fundamental.

Certo é que as partes, naturalmente, buscarão sempre extrair o resultado mais vantajoso economicamente da lide instaurada, como resultado natural do processo de acumulação de capital que norteia o agir humano. Mas isso há de ser feito segundo preceitos éticos e de boa-fé processual mínimos, como resultado de uma sociedade contemporânea que não mais pode ser balizada por interesses egoísticos e meramente individuais.

Ao lado, portanto, das medidas que devem ser adotadas pelo Estado a bem do efetivo exercício da jurisdição, como as mencionadas no corpo do presente estudo, e que mais do que nunca devem agora ser aplicadas de modo enérgico e concreto para reverter o quadro presente do Uso Predatório da Jurisdição, deve haver por parte da comunidade jurídica em geral, e mesmo de toda a Sociedade, uma mudança de mentalidade e de agir que proporcione o desenvolvimento de valores éticos sadios à coletividade e à democracia.

Em síntese, é necessária sensibilidade para franquear o lídimo exercício do direito de ação como expressão da consolidade da democracia e do Estado de Direito e, simultaneamente, regular

o agir jurisdicional a bem dos mesmos objetivos e punir as condutas ilegais e imorais no acesso à jurisdição, de modo a firmar o Poder Judiciário como efetiva e eficiente arena constitucional para o debate democrático sobre o Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMB. **Não deixe a justiça parar**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=B1fMnw0wxOg. Acesso em 18.09.2015.

_____. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Brasília, 2015.

CNJ. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília. nov. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso: em 11 out. 2015.

_____. **Justiça em números 2015**. Disponível: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros. Acesso em: 18.09.2015.

COSTA, João Ricardo dos Santos. **Uso predatório da justiça**. Disponível em: http://amma.com.br/noticias~1,4429,,,em-artigo-presidente-da-amb-faz-criticas-ao-uso-predatorio-da-justica. Acesso em 18.09.2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, ano 98, vol. 888, out - 2009, p. 9-36.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO FUNDAMENTO PARA A CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DO ATO DE APOSENTADORIA

Adriana Regina Dias Cardoso[1]

Rosana Aparecida Bellan[2]

INTRODUÇÃO

O ato de aposentadoria dos servidores públicos vinculados ao regime próprio é concedido pela Entidade ou Órgão que mantém vínculo jurídico profissional com o servidor.

Uma vez concedido, o ato deve ser remetido ao Tribunal de Contas para exame da legalidade e respectivo registro, nos termos do art. 71, inciso III da Constituição Federal.

Em razão da exigência desta especial tramitação, muito se discute a respeito da natureza da concessão do ato de aposentadoria – se simples, composto ou complexo. A importância desta classificação está interligada aos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da legalidade.

A discussão ganhou mais força com a edição da Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e estabelece, em seu art. 54, prazo quinquenal para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

O início da contagem do quinquênio decadencial para que a Administração Pública possa alterar os atos de aposentadoria será definido a partir da classificação dos mesmos, mormente se compostos ou complexos.

[1] Auditora Fiscal de Controle Externo junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Administração e Auditoria Aplicada ao Controle Externo pelo Centro de Ciências da Administração – ESAG, da Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. *E-mail*: adrianardcardoso@gmail.com. Currículo em plataforma *lattes*: < http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8189187P3>

[2]Auditora Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Amazonas – UNAMA. Advogada inscrita na OAB/SC sob o n. 29.208. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. *E-mail*: rosanabll@yahoo.com.br.

Os argumentos jurídicos utilizados para a caracterização do ato como simples, composto ou complexo têm importância crucial para o entendimento das questões envolvidas e atendimento da segurança jurídica e legalidade das decisões proferidas administrativamente ou mesmo para a possível revisão levada a efeito pelo Judiciário.

No artigo em exame, procuraremos trazer os fundamentos trazidos pela doutrina, pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina, dando ênfase para a importância destes argumentos.

A doutrina brasileira majoritária entende que a concessão do ato de aposentadoria é ato composto, pois independe da manifestação do Órgão de Controle para produção de efeitos. São raros os doutrinadores que definem os atos de aposentadoria como complexos e mais difícil ainda encontrar quem os defina como simples.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, na contramão da doutrina, define-os como complexos e, por consequência, dá o comando de que a contagem para aplicação da decadência somente se inicia após o registro no Tribunal de Contas.

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento não é uniforme, o mesmo ocorrendo no Judiciário Catarinense.

O Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas de Santa Catarina acompanham o entendimento da Corte Constitucional. Mas, pelo menos no Órgão de Controle Catarinense nem sempre prevaleceu esse entendimento.

Além dos argumentos jurídicos para a caracterização do ato, este artigo abordará que independentemente da posição adotada, é preciso ficar atento ao fato de que qualquer decisão jurídica, seja judicial ou administrativa, deve possuir argumentos que justifiquem sua conclusão, possibilitando assim, maior segurança, controle e confiança por parte da sociedade.

1. A ARGUMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

Nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição da República, a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Estes princípios estão intimamente ligados ao devido processo legal, pois não há que se falar em processo legal sem que seja garantida uma defesa plena, com todos os meios a ela inerentes, seja nos processos judiciais ou administrativos.

Ampla defesa consiste no direito de o indivíduo trazer ao processo todos os meios e elementos de prova licitamente admitidos, além de poder calar-se ou omitir-se.

O contraditório, por seu turno, é o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado ao processo.

Além de assegurar a todos a efetiva participação no processo, os princípios do contraditório e da ampla defesa trazem em si o direito de as partes terem seus argumentos analisados e considerados, obrigando o prolator da decisão apresentar a motivação e os argumentos que o levaram a decidir de uma ou outra maneira.

Para se ter garantido o respeito ao contraditório, ampla defesa e as demais garantias do devido processo legal como instrumento de segurança contra a arbitrariedade e o abuso no exercício do poder do Estado, é fundamental que as decisões sejam fundamentadas.

Neste sentido, colhe-se do Supremo Tribunal Federal:

> No caso, tenho por desatendido o dever jurisdicional de fundamentação real das decisões. É que a ordem constritiva está assentada, tão somente, na reprodução de algumas das expressões do art. 312 do CPP. Pelo que não se enxerga no decreto de prisão o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junge o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.[3] (g.n.)

Na esfera judicial, o dever de fundamentar as decisões está novamente positivado no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, nos termos seguintes:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (g.n.)

[3] **HC 98.006**. Relator: Ministro Ayres Britto. Primeira Turma. Julgamento: 24/11/2009. DJe de 05/02/2010.

Conforme se percebe, a norma constitucional impõe de forma clara ao magistrado o dever de apresentar os motivos que o levaram a adotar determinada decisão, impondo-se a nulidade daquela que violar a regra.

Não há que se falar em efetividade e justiça processual sem a demonstração das razões de fato e de direito em que se apoia uma decisão.

Na lição do Supremo Tribunal Federal:

> O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou ao quantum aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.[4]
>
> É nulo o acórdão que determina trancamento de ação penal sem a necessária fundamentação.[5]
>
> Funcionário público. [...] Denúncia. Recebimento. Decisão não motivada. [...] Oferecida defesa preliminar, é nula a decisão que, ao receber a denúncia, desconsidera as alegações apresentadas.[6]

Feitas as breves considerações sobre o princípio da motivação na esfera judicial, convém verificar sua obrigatoriedade no âmbito administrativo. Ainda que o art. 5º da Constituição já seja suficiente para determinar a obrigação de fundamentação, a garantia também se encontra positivada no art. 50 da Lei n. 9.784/1999, o qual lista uma série de situações em que a motivação é obrigatória, *in verbis*:

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
>
> I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
>
> II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
>
> III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
>
> IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
>
> V – decidam recursos administrativos;
>
> VI – decorram de reexame de ofício;
>
> VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
>
> VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Como ensina Maria Sylvia Di Pietro[7],

[4] **HC 102.580**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgamento: 22/06/2010. DJe de 20/08/2010.

[5] **RE 603.929**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Segunda Turma. Julgamento: 09/03/2010. DJe de 16/04/2010.

[6] **HC 84.919**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Segunda Turma. Julgamento: 02/02/2010. DJe de 26/03/2010.

> O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Pela análise da Lei e das considerações trazidas pela professora Maria Sylvia, todas as decisões administrativas devem ser motivadas. O argumento de que somente os atos administrativos discricionários deveriam ser motivados encontra-se superado.

De fato, os incisos do art. 50 não diferenciam atos vinculados de discricionários, de modo que todos os que se encontrarem nas situações elencadas devem obrigatoriamente trazer os argumentos que levaram a uma ou outra decisão.

Outra questão importante a ser considerada é de que praticamente todo ato administrativo está abrangido pelo dispositivo. Analisando-se somente o inciso I chega-se à conclusão de que a maioria absoluta dos atos já está aí abrangida, pois qual ato administrativo não nega, limita ou afeta algum direito ou interesse?

Conforme se percebe, a fundamentação da tomada de decisões por parte do Estado é uma exigência ínsita ao estado democrático de Direito, devendo ser observada tanto pelas autoridades administrativas quanto judiciais.

Nisso, reside a preocupação de bem fundamentar as decisões administrativas que determinam ou denegam o registro da concessão inicial dos atos de aposentadoria pelos Tribunais de Contas.

2. ASPECTOS RELEVANTES DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA VISÃO DE ALEXY E PERELMAN

Partindo das exposições acima, nota-se que a necessidade de apresentar os motivos da aplicação de determinada posição jurídica, quando houver a possibilidade de mais de um entendimento revela o porquê da argumentação jurídica.

Segundo Robert Alexy[8] existem várias formas de discussão jurídica, mas apesar de possuírem diferenças e semelhanças, o seu ponto mais relevante é a existência de argumentos

[7]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

[8] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**; tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

jurídicos.

Alexy preconiza que "o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral"[9]. Esta posição decorre de três constatações feitas pelo autor, quais sejam: "(1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É de caso especial porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito."[10].

Pela primeira constatação as discussões jurídicas se dedicam a resolver questões práticas.

De fato, como na situação objeto do presente artigo, a discussão sobre a classificação dos atos de aposentadoria tem reflexos práticos diretos na vida do beneficiário do ato. Como será abordado mais adiante, ao considerar o ato simples, composto ou complexo define-se o momento em que começa a produzir efeitos e o prazo para possível revisão ou anulação.

Ao se considerar o ato como complexo, por exemplo, ele só se tornará perfeito após o registro do Tribunal de Contas, momento em que inicia o prazo decadencial de cinco anos para a revisão, situação que pode trazer diversas consequências práticas para o beneficiário, seja após sete, dez ou quinze anos da concessão inicial.

Tendo em vista os reflexos na vida do cidadão, não há como desconsiderar que o discurso jurídico se dedica a solucionar questões práticas.

No que toca à segunda constatação, tem-se que distintos argumentos jurídicos são úteis para correção das possíveis falhas um do outro. Realmente, argumentos diversos acabam por se corrigir reciprocamente, de modo a surgir possíveis novas teorias a partir das combinações de argumentos até mesmo opostos.

Nas palavras de Alexy,

> Toda uma série de argumentos bem distintos pode ser aduzida à "tese da exigência de correção". Primeiro devemos observar que os argumentos justificativos são apresentados em todas as formas de discurso jurídico. Qualquer pessoa que justifique algo, está implicitamente exigindo que essa justificação seja correta, e portanto, que seja correta a afirmação. [...]
>
> Portanto, é verdade que as afirmações jurídicas, tal como as afirmações normativas gerais, fazem a exigência da correção, uma exigência a ser mantida de modos bastante diferentes, naturalmente[11].

[9] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. P. 211.

[10] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** P. 212.

[11] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. P. 213.

Sob o terceiro aspecto considerado pelo autor, o discurso jurídico é tido como um caso especial dentro de um discurso prático geral, pois deve ficar restrito aos limites do caso especial em discussão.

Na sequência da obra o próprio Alexy pondera que a "tese do caso especial está aberta a ataques em todos os três pontos"[12].

Não obstante, no que toca à exigência de correção, mesmo se inexistente esta correção explícita quando da decisão, isso não tira dela seu caráter como decisão válida, ainda que seja sempre defeituosa em mais do que um sentido moral importante.

Nesse ponto, o filósofo Manuel Atienza critica e questiona se diante da aplicação de uma normal irracional ou injusta, a argumentação jurídica continua sendo um exemplo de racionalidade discursiva. Para Atienza[13],

> [...] afirmar que a argumentação jurídica é uma hipótese de argumentação prática racional e sustentar que a racionalidade discursiva oferece um modelo, a partir do qual se pode valorar o Direito – ou a argumentação jurídica – são duas coisas diferentes. Se a tese de Alexy se reduz ao segundo sentido, seu conteúdo seria antes trivial. E se a interpretamos no primeiro sentido (como, em geral, Alexy parece fazer), então seria preciso dizer que, pelo menos nessa hipótese, ela é falsa.No mesmo exemplo da sentença citada anteriormente, se pode dizer que ocorre o primeiro aspecto da pretensão de correção, mas não o segundo. E se, em sua decisão, o juiz quisesse evitar essa "falha" e justificasse a sentença, por exemplo, no seguinte sentido: "Dado que a lei aplicável ao caso é injusta, não se condena o senhor N à pena que ela estabelece", então ele satisfaria o segundo aspecto da pretensão de correção, mas não o primeiro; sua decisão seria então falha, por não ter sido tomada dentro da moldura do ordenamento jurídico válido [...] Resumindo, a tese do caso especial só vale se se pressupõe a justiça do Direito positivo.

Mas para Alexy[14] em se tratando de

> [...] afirmações e decisões jurídicas não se exige que sejam corretas, mas que apenas sejam corretas no que se refere às pressuposições da ordem jurídica vigente, o que é o caso quando podem ser justificadas racionalmente observando-se a lei, os precedentes e a dogmática.

Neste aspecto, as três possíveis classificações atribuídas aos atos de aposentadoria podem ser consideradas válidas e corretas, pois justificadas de acordo com a ordem jurídica vigente, com a jurisprudência e com as posições doutrinárias.

Mas independentemente da posição argumentativa adotada, não se tem dúvidas sobre a importância de trazer a clara explicação dos motivos das decisões. Na percepção de Perelman:

---

[12] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. P. 213.

[13] ATIENZA, Manoel. **As razões do direito.** Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000, p. 293.

[14] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. P. 321.

> Este longo desvio pela história das ideologias jurídicas posteriores ao Código de Napoleão nos conduz a uma conclusão, que hoje parece comumente aceita, mas que se perdeu de vista na concepção formalista e legalista do direito: o juiz não pode considerar-se satisfeito se pôde motivar sua decisão de modo aceitável; deve também apreciar o valor desta decisão, e julgar se lhe parece justa ou, ao menos, sensata. [15]

É no ponto levantado por Perelman que se extrai importante justificativa para a continuidade da discussão acerca da classificação dos atos de aposentadoria. Não basta que apenas que os fundamentos tenham respaldo legal, é necessário que se apresentem de forma justa e sensata sob o ponto de vista dos destinatários, afinal, a decisão jurídica tem como pano de fundo a solução de uma questão prática, da forma como pensou Alexy.

Definida a importância da argumentação como instrumento para a validade da fundamentação jurídica das decisões, passa-se à demonstração dos argumentos que levam à caracterização dos atos de aposentadoria como simples, compostos ou complexos.

3. O TRIBUNAL DE CONTAS E A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA REGISTRO DOS ATOS DE APOSENTADORIA

Preliminarmente à classificação dos atos de aposentadoria como simples, compostos ou complexos, que consiste no cerne deste trabalho, imperioso trazer à lume a competência constitucional do Tribunal de Contas para registro destes atos administrativos.

Por força do inciso III do art. 71 da Constituição da República - CRFB/88[16] – o Tribunal de Contas da União tem competência para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal[17], concessões de aposentadorias, reformas e pensões da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público.

Por simetria as Constituições Estaduais, repisaram a Carta Federal. Na Constituição do Estado de Santa Catarina, por exemplo, a competência está prevista no art. 59, inciso III[18].

---

[15] PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. Tradução: Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 96.

[16] Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

[17] Excetuadas as nomeações para cargos em comissão.

[18] Art. 59 — O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: [...] III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para

Como esclarecido no artigo intitulado Segurança Jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, são submetidos à apreciação do Tribunal de Contas somente as aposentadorias concedidas pelos Regimes Próprios de Previdência Social:

> Vale lembrar que os atos submetidos ao registro do Tribunal de Contas, são aqueles do Regime Próprio de Previdência, abrangidos pelos artigos 39 a 41 da CRFB/88. Os militares, apesar de possuírem regime diferenciado, consoante art. 42 da CRFB/88, também têm seus atos de transferência para a reserva[19], de reforma e de pensão submetidos ao controle externo do Tribunal de Contas.[20]

Após a publicação, a Administração tem a obrigação de submeter o ato, acompanhado da documentação pertinente, à apreciação do órgão de Controle. Para os jurisdicionados da Corte de Contas Catarinense, esse prazo é de noventa dias[21].

No exame da legalidade do ato que conduziu o servidor à inatividade, o Órgão de Controle Externo verifica os requisitos constitucionais e infraconstitucionais que regem as aposentadorias. O Tribunal de Contas pode se manifestar pelo registro ou pela denegação deste. Nesta última hipótese, por óbvio, após a oportunização de saneamento das restrições por parte do jurisdicionado.

O registro do ato, bom que se esclareça, não significa invariavelmente a aquiescência do Tribunal de Contas à aposentadoria exatamente da forma como foi concedida pela Administração. Na verificação da legalidade pode o Órgão de Controle constatar restrições, as quais são informadas ao Órgão Concessor que as regulariza, tornando o ato em condições de registro. Esse saneamento da restrição apontada pelo Tribunal de Contas pode resultar em alteração da aposentadoria que signifique prejuízo sob o ponto de vista do interessado. O ato de aposentadoria é registrado, mas pode haver alegação de que foram violados princípios como o da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé, fazendo coro às mesmas alegações quando da negativa do registro por parte do Tribunal de Contas.

---

cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; [...]

[19] A Constituição Federal não nomina as transferências para a reserva, estando as mesmas inseridas no contexto de aposentadoria.

[20] CARDOSO, Adriana Regina Dias; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Segurança Jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015, p. 1069-1102. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7490 > Acesso em: 25 out. 2015.

[21] SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Instrução Normativa TC-11/2011 que manteve o prazo que já havia sido determinado pela Instrução Normativa TC-007/2008, mas determinando, porém, que a remessa seja por meio eletrônico para dar mais celeridade ao processo.

Daí a importância em estabelecer a existência ou não de limite temporal para a atuação do Controle Externo que interfere diretamente na fixação do início da contagem do prazo da decadência do direito de a Administração rever seus próprios atos.

A existência ou não de prazo para o exame da legalidade dos atos de aposentadoria perpassa necessariamente pela classificação do ato de aposentadoria, pois pode aperfeiçoar-se sem o registro pelo Tribunal de Contas, o que ocorreria se esses atos fossem compostos ou simples, fluindo o prazo decadencial desde o momento em que o ato ganhou publicidade. Contudo, a depender do registro para se perfectibilizar, o que ocorre na classificação como ato complexo, o quinquênio decadencial será contado a partir da manifestação do Controle Externo.

Essa delimitação do prazo decadencial, diante da classificação do ato de inativação, é o que se buscará atingir adiante.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS DE APOSENTADORIA

Ainda de início, vale lembrar a definição de aposentadoria, utilizando-se, para tanto, do magistério de Di Pietro[22]:

> Aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária.

Na tentativa de classificar o ato de aposentadoria como simples, composto ou complexo, recorre-se novamente ao ensinamento da doutrinadora que, ao tratar dos atos administrativos em geral, divide-os quanto à formação da vontade da seguinte maneira:

> Atos simples são os que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado. [...]
>
> Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdos e de fins. [...]
>
> Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 702.

> as vontades para praticar um só ato, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele.[23]

Como dito alhures, a doutrina brasileira é majoritária em definir os atos de aposentadoria como compostos. Tímida é a ala que os defende como complexos e escassa a que os classifica como simples.

Segundo a corrente dominante, a aposentadoria produz efeitos imediatos e não depende da manifestação do Tribunal de Contas para se aperfeiçoar. É de se admitir que tão logo publicado o ato, o servidor já passa à condição de inativo, isso significa encerramento das funções laborais, afastamento do cargo e sua consequente vacância, recebimento de proventos em vez de vencimentos, novo cálculo para a contribuição previdenciária, enfim, o *status* de aposentado independe da chancela do Tribunal de Contas.

André Gonzalez Cruz[24] é um dos defensores da classificação do ato de aposentadoria como composto:

> Se dos atos concessivos de aposentadoria, de reforma e de pensão já se produzem todos os efeitos que lhes são pertinentes, independentemente do registro pelo Tribunal de Contas, não haverá razão para considerá-los daqueles que a doutrina classifica como complexos, cuja produção de efeitos somente acontecerá depois de aperfeiçoados.
>
> [...] É inconteste que, na aposentadoria, a manifestação de vontade do órgão administrativo terá *finalidade distinta* da manifestação de vontade do Tribunal de Contas; este último praticará o controle externo, cuja finalidade será somente examinar a legalidade do ato de concessão; aquele praticará uma ação administrativa constitutiva desse ato, cuja finalidade será a inatividade do servidor, isto é, *não há unidade de finalidade nas duas vontades*.
>
> Demais disso, as vontades não se revestem do mesmo conteúdo, o qual na Administração é o *ato de inatividade* (aqui a vontade tem autonomia ou conteúdo próprio), e no órgão de controle apenas a *ratificação* do referido ato (esta não tem autonomia, por ser meramente instrumental). Portanto, não haverá uniformidade de vontades para formação de um ato único (condição *sine qua non para que o ato de aposentadoria seja complexo*), porque essas vontades não se convergem, por possuírem conteúdo e fins distintos.

Na mesma senda manifesta-se Rafael Da Cás Maffini[25]:

> Ao contrário do que entende o STF, nos atos administrativos sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas, a mecânica existente não consiste em uma manifestação de vontade sujeita a uma condição

[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. P. 268.

[24] CRUZ, André Gonzalez. A natureza jurídica dos atos concessivos de aposentadoria, reforma e pensão. ***Revista Brasileira de Direito Público – RBDP***, *Belo Horizonte*, ano 11, n. 43 out./dez. 2013 Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98868 > Acesso em: 26 out. 2015.

[25] MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005. Disponível em: http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31117 Acesso em: 26 out. 2015.

> resolutiva, mas de duas manifestações de vontade — uma principal (o ato sujeito a registro) e uma acessória e complementar (a decisão de registro de tal ato) —, ou seja, de dois atos administrativos, autônomos, seja quanto à formação, seja quanto aos efeitos, seja, por fim, quanto aos princípios que orientam suas respectivas perfectibilizações. Trata-se, pois, de ato composto e não de ato complexo.

Assim como os dois autores citados acima, vários são os administrativistas que defendem a dissociação da manifestação da Administração e a do Tribunal de Contas, classificando o ato de aposentadoria como composto[26].

No próprio TCE/SC, apesar de não ser aplicada atualmente a tese da decadência do direito da Administração em rever seus atos a contar de sua publicação, respeitando o entendimento do STF, há divergência quanto à classificação do ato de aposentadoria como complexo. Nesse pensar, cita-se excerto de parecer elaborado pela Auditora Fiscal de Controle Externo Rosana Aparecida Bellan:

> Apesar das reiteradas manifestações do STF e mesmo do STJ no sentido de ser o ato de aposentadoria um ato complexo, ouso divergir. Entendo que o ato de aposentadoria, após ser concedido e publicado pela entidade de previdência ou órgão de origem do servidor, começa a produzir efeitos desde logo. Uma vez publicado, passa a produzir todos os efeitos que lhe são próprios, é dizer, o servidor encerra seu vínculo jurídico com a entidade administrativa, o cargo ocupado torna-se vago e ele passa a receber proventos de inatividade e não mais remuneração decorrente da atividade. Como afirmar que somente se aperfeiçoa com o registro pelo Tribunal de Contas? Diz-se que o ato é perfeito quando completou seu ciclo de formação. É válido quando estiver conforme a ordem jurídica vigente e eficaz quando apto a produzir os efeitos que lhe são típicos, não dependendo de qualquer evento futuro.[27]

Se o ato independe do registro pelo Controle Externo para surtir todos os efeitos, o prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei n. 9.784/1999[28] começaria a contar da data da publicação, como assentado por Adriana Dias Cardoso e Luiz Eduardo Dias Cardoso[29]:

> Nesse norte, a Administração estaria impedida de alterar ou anular ato de inativação ou de pensão, ainda que a alteração se referisse tão somente aos proventos e houvesse constatação de

[26] Pode-se citar: José dos Santos Carvalho Filho, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Caio Tácito, Almiro do Couto e Silva, Fabrício Motta e Luísa Pinto e Netto.

[27] SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Processo: REC-13/00401424. Parecer: COG-033/2014. Decisão singular: 1.539, de 28/08/2015. Disponível em: < http://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/RelatorioTecnico/4003931.pdf> Acesso em: 26 out. 2015.

[28] BRASIL. Lei n. 9.784/1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm> Acesso em: 26 out. 2015. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

[29] CARDOSO, Adriana Regina Dias; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Segurança Jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão**.

> irregularidade por parte do Tribunal de Contas, se transcorridos cinco anos da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Por outro lado, embora minoritária a corrente da doutrina que trata o ato de aposentação como ato administrativo complexo, ela vem ao encontro do entendimento firmado no STF.

Neste sentido importa colacionar a lição de Seabra Fagundes[30] que já era defendida na ordem constitucional anterior:

> Apreciando ato concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão, o que faz a Corte de Contas é cooperar na ultimação dele. O seu pronunciamento tem o caráter de manifestação de vontade por parte da Administração, indispensável à integração do ato. Se favorável, este se tem como perfeito; se contrário, o ato se considera nenhum, porque, tendo por si a manifestação da vontade do agente criador, ter-lhe-á faltado, no entanto, a do órgão de controle, indispensável para o seu aperfeiçoamento como ato complexo.

Ubiratan Diniz de Aguiar, Márcio André Santos de Albuquerque e Paulo Henrique Ramos Medeiros[31] aduzem que "O registro é, em suma, o último estágio para o aperfeiçoamento dos atos complexos, que produzem efeitos e são eficazes desde sua emissão".

Inácio Magalhães Filho[32] pondera no sentido de que os atos de aposentadoria têm nuances tanto de ato complexo, como de ato de controle:

> Na verdade, embora se reconheça que o ato oriundo das Cortes de Contas possui viés também de ato de controle, entendem os adeptos dessa segunda corrente que tal característica não subtrai a essência do ato complexo, eis que doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de atos administrativos cujas vontades são oriundas de valores jurídicos diversos. [...]
>
> Examine-se a hipótese de que a aposentadoria é ato de controle. Nesse caso, deve-se sopesar que o Tribunal, quando nega validade a um ato de aposentadoria, impede que ele produza efeitos no mundo jurídico. Ora, se há uma barreira a que o ato original da Administração continue a operar, então, é de se convir que a ação das Cortes de Contas não é propícia apenas a dar executoriedade definitiva, mas sim necessária para dar eficácia plena a um ato até então de eficácia apenas relativa.

Nesse diapasão, o autor atribui conotação diversa aos atos de aposentadoria, denominando-os de híbridos:

> Não que se queira criar mais uma corrente interpretativa. Trata-se de esforço de conceituação, sem amarras doutrinárias. Neste contexto, tem-se a impressão de que a aposentadoria é um ato administrativo híbrido, com *nuances* de ato complexo, mas também com aspectos de ato de

[30] SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 8 ed., 2010, p. 171-172.

[31] AGUIAR, Ubiratan Diniz de, ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de, MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos**. A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 220.

[32] MAGALHÃES FILHO, Inácio. **Lições de Direito Previdenciário e Administrativo no Serviço Público**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 105-106.

> controle. Complexo, porque carece de duas vontades distintas e de órgãos diversos, sem as quais não tem o condão de definitividade. Entrementes, também é ato de controle do Tribunal, porquanto, desde a primeira manifestação do órgão de origem, a concessão de aposentadoria já ganha contornos de eficácia, com resultados concretos no mundo jurídico. Com essas ponderações, tem-se, portanto, que a aposentadoria é um ato administrativo vinculado, de natureza híbrida, destinado a garantir ao servidor público inatividade permanente remunerada, que necessita, para sua formalização definitiva, de atos emanados do órgão responsável da Administração Pública e do Tribunal de Contas, mas cujos efeitos no mundo jurídico ocorrem a partir da publicação em veículo de informação oficial.[33]

Na mesma linha de raciocínio, Carlos Henrique Vieira Barbosa[34] também denomina os atos de aposentadoria de híbridos:

> Como já salientado alhures, a concessão de aposentadoria do servidor público, em função de sua natureza híbrida, depende da atuação do Tribunal de Contas, para seu aperfeiçoamento. Dessa forma, estando a Corte a analisar a legalidade da concessão inicial da aposentadoria, ou seja, aquela ainda desprovida de registro definitivo, torna-se desarrazoada a aplicação da decadência.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, parece ter pacificado o entendimento de que o ato de aposentadoria constitui ato administrativo complexo, que só se aperfeiçoa com o devido registro no Tribunal de Contas após a apreciação da legalidade[35].

Nessa intelecção, a fluência do prazo decadencial de 5 anos prevista na Lei n. 9.784/1999 só se inicia após o exame da Corte de Contes. A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. CONTROLE EXTERNO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. INAPLICABILIDADE DA DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.[36]
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO. NÃO-PREENCHIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DA VANTAGEM PREVISTA NO ART. 184, INC. II, DA LEI N. 1.711/1952. INAPLICABILIDADE DO ART. 250 DA LEI N. 8.112/1990. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE SALÁRIOS NÃO CONFIGURADAS. [...] 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que, sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação. Aposentadoria do Impetrante não registrada: inocorrência da decadência administrativa. 4. A redução de proventos

[33] MAGALHÃES FILHO, Inácio. **Lições de Direito Previdenciário e Administrativo no Serviço Público**. P. 109.

[34] BARBOSA, Carlos Henrique Vieira. Os tribunais de contas e a aplicação da decadência nas concessões de aposentadoria. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3872, 6 fev. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26650>. Acesso em: 27 out. 2015.

[35] Nesse sentido: **MS 28.576/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgamento: 27/05/2014. DJe: 11/06/2014.

[36] **AgR no RE 847.584/MG**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Segunda Turma. Julgamento: 09/12/2014. DJe:18/12/2014.

> de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. 5. Segurança denegada.[37]
>
> A decadência prevista no art. 54 da Lei n. 9.784/99 não se consuma no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (CRFB/88, art. 71, III) -, porquanto o respectivo ato de aposentação é juridicamente complexo, que se aperfeiçoa com o registro na Corte de Contas. [...] O Supremo Tribunal Federal decidiu que não se aplica o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 aos processos em que o Tribunal de Contas da União exerce sua competência constitucional de controle externo, pois a concessão da aposentadoria é ato jurídico complexo que se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas[38].

A conjugação da vontade de dois órgãos – Administração e Tribunal de Contas – une-se para formar um único ato. Nesse contexto, o ato de aposentadoria, de natureza complexa, estaria apto a surtir efeitos tão somente após a homologação da Corte de Contas, significando condição resolutiva para se aperfeiçoar juridicamente. Antes disso, a aposentadoria é provisória.

No Superior Tribunal de Justiça já houve manifestação nos dois sentidos, ora admitindo o ato de aposentadoria como composto, ora como complexo, tendo prevalecido a última corrente em função da jurisprudência do Pretório Excelso. Vale citar:

> 1. **A aposentadoria de servidor público não é ato complexo**, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade.
>
> 2. O art. 54 da Lei n. 9.784/99 vem a consolidar o princípio da segurança jurídica dentro do processo administrativo, tendo por recípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade e previsibilidade dos atos.
>
> 3. Não é viável a afirmativa de que o termo inicial para a incidência do art. 54 da Lei n. 9.784/99 é a conclusão do ato de aposentadoria, após a manifestação do Tribunal de Contas, pois o período que permeia a primeira concessão pela Administração e a conclusão do controle de legalidade deve observar os princípios constitucionais da Eficiência e da Proteção da Confiança Legítima, bem como a garantia de duração razoável do processo.
>
> 4. Recurso especial improvido.[39] (g.n.)

No entanto, analisando embargos de divergência da decisão acima proferida, assentou-se a seguinte decisão:

---

[37] **MS 25.552/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento: 07/04/2008. DJe: 30/05/2008.

[38] **MS 31.642/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento: 02/09/2014. DJe: 23/09/2014.

[39] **RESP 1.047.524/SC (2008/0078202-4).** Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgamento: 16/06/2009. DJe: 03/08/2009.

> [...] 2. **O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que o ato de aposentadoria é complexo**, somente se aperfeiçoando após a análise do Tribunal de Contas, quando então se inicia o prazo decadencial para a Administração Pública rever seu ato.
>
> 3. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial.[40] (g.n.)

Na continuidade da matéria, o STJ julgou o Agravo aos Embargos de Divergência, cuja decisão foi acima transcrita. Por essa ocasião, o STJ mudou novamente a posição:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. ANULAÇÃO. **ATO COMPOSTO, E NÃO COMPLEXO.** EXAME DA LEGALIDADE. SUJEIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO EM LEI.
>
> 1.Conquanto venha sendo repetida como verdadeiro dogma a premissa adotada em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o ato de aposentadoria de servidor público estaria inserido na categoria dos atos administrativos complexos e dependeria, para se aperfeiçoar, da manifestação favorável do Tribunal de Contas, não encontra respaldo na teoria administrativista mais atual. Conforme bem salientado no acórdão objeto dos embargos de divergência, "a aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade".
>
> 2. Por vício de legalidade, à administração é dado anular aposentadoria de servidor público, devendo tal prerrogativa ser exercida no prazo decadencial previsto em lei, salvo quando comprovada má-fé, iniciando-se a contagem com a publicação do ato, e não somente após o julgamento pelo Tribunal de Contas. Em outras palavras: ressalvada a hipótese de má-fé do beneficiário, em que a anulação tem lugar a qualquer tempo, o exame de legalidade do ato de aposentadoria deve ser realizado pela Corte de Contas em até 5 (cinco) anos da publicação, sob pena de ficar inviabilizado o desfazimento, ainda quando caracterizada alguma ilegalidade, por consumada a decadência do direito à anulação.
>
> [...]
>
> 4. Agravo regimental provido para se negar provimento aos embargos de divergência. (g.n.)[41]

A discussão dentro de STJ bem denota a divergência quanto à natureza dos atos de aposentadoria. No mesmo processo o ato foi tido ora como composto, ora como complexo. O entrave se dá em função dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, acrescentando-se a eles os princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé. Diz-se isso porque admitindo-se o ato de aposentadoria como complexo, estes princípios estariam ameaçados, já que no transcurso de vários anos, somando-se neste período a demora da Administração em enviar o ato para o Controle Externo e o período em este último necessitaria

[40] **Embargos de Divergência em RESP 1.047.524/SC (2009/0243307-0).** Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Decisão monocrática. Data da decisão: 12/11/2013. DJe: 18/11/2013.

[41] **AgRg nos Embargos de Divergência em Resp Nº 1.047.524/SC.** Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Relator para voto: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Primeira Seção. Julgamento: 14/05/2014. DJe: 06/11/2014.

para homologar tal ato administrativo, o servidor poderia ser surpreendido com a anulação ou alteração da aposentadoria.

O Tribunal de Justiça Catarinense, inicialmente era consentâneo no sentido de que o prazo fixado no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 era contado desde a concessão da aposentadoria. Porém, o STJ, na apreciação de Recursos Especiais provenientes de Santa Catarina, além de modificar a decisão que havia concedido a ordem com base no princípio da segurança jurídica, passou a devolver os Mandados de Segurança ao Judiciário Catarinense, determinando que fosse examinado o mérito[42]. Por corolário, o TJSC aderiu ao entendimento do STF e do STJ, como se vê no seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO. ANULAÇÃO DO ATO REALIZADA APÓS O TRANSCURSO DE MAIS DE 9 (NOVE) ANOS DA APOSENTAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE.ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO QUE EXIGE MANIFESTAÇÕES DE VONTADE DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL DISPOSTO NO ART. 54 DA LEI N. 9.784/99 QUE SOMENTE SE INICIA APÓS MANIFESTAÇÃO DA CORTE DE CONTAS PARA FINS DE REGISTRO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO STF E STJ. **DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA**. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.[43] (g.n.)

Ainda assim, o TJSC tem anulado decisões do TCE/SC, mas, por outro fundamento, qual seja, pela inobservância do contraditório e da ampla defesa[44]. Mister consignar que o STF pacificou entendimento de que deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa ao servidor, cujo ato de aposentadoria tenha ingressado no Tribunal de Contas há mais de cinco anos sem lograr manifestação. Note-se que o transcurso de cinco anos é contado do ingresso do ato no órgão de Controle e não da data do ato, como quer o TJSC. Nesse sentido:

---

[42] **Recurso Especial nº 1.287.409-SC** (contra acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2010.074253-2). Data da decisão: 08/02/2012.

Recurso Especial nº 1.268.663-SC (contra acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2008.049890-0). Data da decisão: 14/05/2012.

Recurso Especial nº 1.284.482-SC (contra acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2007.026299-3). Data da decisão: 19/03/2012.

Recurso Especial nº 1.328.863-SC (contra acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2008.070420-5). Data da decisão: 27/06/2012.

Recurso Especial nº 1.248.939-SC (contra acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 2007.023785-9). Data do julgamento do MS: 13/03/2013.

[43] **Apelação Cível nº 2010.043331-0**, de São Bento do Sul. Relator: Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi. Data da publicação: 25/08/2015.

[44] **Apelação Cível 2014.023654-3**, de Blumenau. Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Data da publicação: 20/01/2015. Apelação Cível 2014.025518-9, de Gaspar. Relator: Desembargador Júlio César Knoll. Data da publicação: 02/12/2014.

> Segundo jurisprudência recente do STF, a participação do administrado não é imprescindível quando o julgamento ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciada a contagem a partir da data de entrada do processo de registro da aposentadoria no TCU. No presente caso, o processo de concessão da aposentadoria deu entrada no TCU em 15/1/2004, tendo essa sido julgada ilegal em 4/12/2007, antes de decorrido o prazo de cinco anos.[45]

Não se pode finalizar este item sem relevar a possibilidade de o ato de aposentadoria constituir ato simples, hipótese em que dependeria da declaração da vontade unicamente da Administração.

Nessa toada, encontra-se o entendimento de Flávio Germano de Sena Teixeira[46]:

> O ato de aposentadoria não precisa do registro da Corte de Contas nem para se perfazer nem para obter eficácia, mas para tornar-se definitivo, estabilizado [...] Concluímos, pelo expendido, que o ato de aposentadoria é ato vinculado e simples, resultando perfeito, completo, com a só manifestação de vontade do órgão administrativo eminente.

Da mesma forma, Juliana Fagundes Mafra[47] diz que o ato de aposentadoria consiste em ato administrativo simples:

> Contrariamente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, sustentamos que o ato de aposentadoria é ato simples, pois está perfeito com a publicidade, o que significa que, antes do registro, ele já entrou no mundo jurídico. Já tem existência jurídica. Portanto, já corre o prazo decadencial.

Convém asseverar que na prática jurisprudencial a discussão gira em torno de ato composto e ato complexo, havendo decisões e argumentos em ambos os sentidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com este trabalho destacar os fundamentos jurídicos utilizados pela doutrina e jurisprudência para classificar a concessão do ato de aposentadoria em complexo, composto ou simples.

Verificou-se que a apresentação dos argumentos jurídicos utilizados para fundamentar uma decisão constitui desdobramento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla

[45] **MS 28711 AgR /DF .AG.REG. em Mandado de Segurança. Relator: Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Julgamento: 28/08/2012. DJe: 21/09/2012.**

[46] TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 199-200.

[47] MAFRA, Juliana Fagundes. A aposentadoria dos servidores públicos e a decadência. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Edição 2008. Disponível em < http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=2> Acesso em: 28/10/2015.

defesa, preconizados no art. 5º, inciso LV, da Constituição, como direitos fundamentais do cidadão.

Tais princípios refletem-se no dever do Estado de fundamentar suas decisões administrativas ou judiciais. Na esfera administrativa, foco no estudo em tela, entende-se que todos os atos administrativos devem ser motivados. E lição de Alexy, no sentido de que as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, vai ao encontro da importância em se apresentar os argumentos viáveis para a caracterização dos atos administrativos, em especial o de aposentadoria, cerne de discussão do presente trabalho.

Conforme preconizado, a existência ou não de prazo para o exame da legalidade e consequente revisão dos atos de aposentadoria perpassa necessariamente pela sua classificação. Esta classificação traz reflexos práticos ao Poder Público e aos beneficiários.

Sendo classificado como simples ou composto, o ato aperfeiçoa-se independentemente do registro pelo Tribunal de Contas, fluindo o prazo decadencial para revisão desde o momento em que ganhou publicidade. Contudo, ao ser classificado como complexo o ato só se torna perfeito e acabado com o registro do Tribunal de Contas. Nesta situação, o quinquênio decadencial será contado a partir da manifestação do Órgão de Controle Externo, o que pode levar muitos anos.

Verificou-se ao final, que doutrina majoritária entende que a aposentadoria se reveste da natureza de ato composto, perfectibilizando-se independentemente do registro do Tribunal de Contas. Neste caso, o ato concessivo inicial constitui a relação jurídica e coloca o servidor em situação de inatividade, restando ao Tribunal de Contas apenas o exame da legalidade e respectivo registro, quando verificada sua regularidade.

Parte minoritária da doutrina, por outro lado, classifica o ato como simples, de modo que passaria a produzir todos os efeitos pela simples emissão do órgão concessor.

Contudo, o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, seguido pelos Tribunais de Contas da União e Tribunal de Contas de Santa Catarina há alguns anos é no sentido de ser o ato de aposentadoria é um ato complexo. O Superior Tribunal de Justiça e o Judiciário Catarinense posicionam-se nos dois sentidos, sendo que as últimas decisões têm abraçado a tese do ato complexo.

Embora seja salutar, esta indeterminação acerca da classificação do ato acaba comprometendo os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança.

De qualquer modo, é fundamental que as decisões perpetradas administrativa ou judicialmente sejam dotadas de consistentes argumentos jurídicos, respeitando assim, os princípios da boa-fé, da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz de, ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de, MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**; tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ATIENZA, Manoel. **As razões do direito**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2000.

BARBOSA, Carlos Henrique Vieira. Os tribunais de contas e a aplicação da decadência nas concessões de aposentadoria. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3872, 6 fev. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26650>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

____. **Lei n. 9.784/1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>.

CARDOSO, Adriana Regina Dias; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Segurança Jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015, p. 1069-1102. Disponível em:<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7490>.

CRUZ, André Gonzalez. A natureza jurídica dos atos concessivos de aposentadoria, reforma e pensão. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP***, Belo Horizonte*, ano 11, n. 43 out./dez. 2013. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98868 >.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____ Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público - *RBDP***, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005. Disponível em: http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31117.

MAFRA, Juliana Fagundes. A aposentadoria dos servidores públicos e a decadência. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** Edição 2008. Disponível em < http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2008/01/-sumario?next=2>.

MAGALHÃES FILHO, Inácio. **Lições de Direito Previdenciário e Administrativo no Serviço Público**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica.** Tradução: Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de 1989**. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC_2013_67_e_68_emds.pdf.

____. Tribunal de Contas do Estado. **Instrução Normativa TC-11/2011.** Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/leis_normas/instrucao_normativa_n_11-2011_consolidada.pdf.

____. Tribunal de Contas do Estado. **Processo: REC-13/00401424**. Parecer: COG-033/2014. Decisão singular: 1.539, de 28/08/2015. Disponível em: < http://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/RelatorioTecnico/4003931.pdf>.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 2010.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO (NO JUIZ DA CAUSA OU NO JUIZ PRÓXIMO DOS FATOS): ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA

Douglas Roberto Martins[1]

INTRODUÇÃO

É inegável a importância da argumentação[2] na prática jurídica, ainda que seja, em tempos de crise do Direito e das teorias pós-positivistas, para justificar qual paradigma da ciência jurídica é adotado pelo argumentante.

A Teoria da Argumentação Jurídica não apenas confere à tarefa argumentativa importância como a coloca no centro da Teoria do Direito, tendo como um de seus principais expoentes Manuel Atienza.

A partir da perspectiva da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza é possível avaliar um argumento, valendo-se de critérios objetivamente estabelecidos, para qualificá-lo como bom ou mau, como forte ou fraco a justificar a tomada de uma decisão jurídica.

O que se pretende com o presente trabalho é, a partir dos critérios de avaliação de argumentos estabelecidos por Atienza, em sua Teoria da Argumentação Jurídica, e das definições de Princípio cunhadas por autores pós-positivistas, demonstrar que o Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no juiz próximo dos fatos), que vem sendo largamente utilizado na prática dos Tribunais brasileiros, não é um bom argumento e nem sequer pode ser considerado um Princípio do sistema jurídico brasileiro, tratando-se de uma falácia.

A pesquisa foi desenvolvida com a utilização do Método Indutivo tanto na Fase de Investigação quanto no relato de seus resultados. Utilizou-se das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica em conjunto com a Técnica do

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Estricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, na linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: drmartins1985@gmail.com.

[2] Na definição de Manuel Atienza, uma argumentação é "el conjunto de pasos, acto de lenguaje y enunciado que median entre el planteamiento de una pregunta inicial – el problema que da lugar a la argumentación –y la respuesta a la misma – la solución" (p. 425).

Fichamento[3].

1. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA E OS CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS

O paradigma teórico do positivismo jurídico está em evidente questionamento. Construído com o objetivo de superar o modelo jusnaturalista, conferindo maior certeza e segurança jurídica ao direito, o Juspositivismo vem sendo alvo de consistentes críticas que põem em questionamento seus postulados básicos, com o objetivo de superação desse modelo paradigmático da ciência do direito.[4]

No Brasil, um dos principais críticos da dogmática jurídica positivista é Lênio Streck, que vem, de forma eloquente, chamando a atenção para a crise do Direito. Segundo Streck, "o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza), preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, não conseguiam atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/modo de produção do Direito) liberal-individualista-normativista estava *esgotado*"[5].

Dentre as propostas de superação do positivismo jurídico e criação de um novo paradigma para a Ciência Jurídica está a Teoria da Argumentação, que tem no professor Manuel Atienza um de seus principais expoentes.

Sobre as Teorias da Argumentação Jurídica, que se situam no contexto da justificação dos argumentos, com pretensão tanto descritiva quanto prescritiva, leciona Atienza:

> Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade) (cf. Neumann, 1986, p. 2 e 3).[6]

As Teorias da Argumentação Jurídica surgem nos anos 1950 a partir da percepção de que a

---

[3] O presente trabalho toma como base os conceitos e recomendações extraídos da obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2015. 232p.

[4] ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 89.

[5] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 17.

[6] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 8.

lógica formal dedutiva é insuficiente para descrever e prescrever os aspectos da argumentação. Vários são os autores que contribuíram para a construção do que se conhece por Teoria da Argumentação Jurídica, contudo, para os limites do presente trabalho acadêmico, a análise ficará restrita à proposta teórica de Manuel Atienza.

Ao propor as bases do que acredita ser uma teoria plenamente desenvolvida da argumentação jurídica, Atienza procede à avaliação a partir de três perspectivas diferentes, considerando: o seu objeto, o seu método e a sua função.[7]

Na dimensão do objeto, Atienza avalia que a Teoria da Argumentação Jurídica não pode, em primeiro lugar, esquecer de que trata, em grande parte, de argumentação sobre fatos, o que a leva a uma aproximação das teorias da argumentação desenvolvidas em outros âmbitos, da teoria moral e da sociologia do direito. Em segundo lugar, a proposta teórica não pode negligenciar a argumentação que ocorre no âmbito da produção do direito, cometendo o equívoco de ater-se apenas à argumentação restrita à interpretação e à aplicação. Em terceiro lugar, deve levar em consideração as demais formas de resolução de conflitos jurídicos, como a negociação e a mediação. Por fim, em quarto lugar, a Teoria da Argumentação Jurídica não pode ser apenas prescritiva, há de ser também descritiva da realidade jurídica.[8]

Na perspectiva do método, uma teoria da argumentação jurídica deve dispor de um método que permita tanto representar o processo de argumentação quanto apresentar critérios para julgar a correção dessas argumentações e de seus resultados. Nesse aspecto, Atienza entende que recorrer à lógica formal dedutiva não é um meio adequado de representar a forma como os juristas fundamentam, eis que, nos processos de argumentação jurídica, as relações de "ser um argumento a favor" e "ser um argumento contra" têm papel fundamental, assemelhando-se o processo se argumentação muito mais à trama de um tecido do que uma cadeia linear.[9]

Sobre as funções da Teoria da Argumentação Jurídica, Atienza as observa sob três aspectos. O primeiro a partir da contribuição para compreensão mais profunda da prática de argumentar, apontando, com Alexy, a necessidade de se perceber o Direito não apenas do ponto de vista estrutural (como um sistema de normas), mas também procedimental. O segundo aspecto, do

[7] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 254.

[8] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 254-258.

[9] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 258-269.

ponto de vista prático ou técnico, a Teoria deve ser capaz de oferecer uma orientação útil à prática de produzir, interpretar e aplicar o direito. Por fim, de um terceiro ponto de vista, atender a uma função política ou moral, relacionada com o tipo de ideologia que está na base da teoria. Para o autor, essa ideologia deve adotar uma perspectiva mais realista e crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos.[10]

A partir dessas bases fundamentais, Atienza edifica sua análise sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, considerando que a complexidade das relações sociais e as mudanças em curso nos sistemas jurídicos contemporâneos têm exigido que as decisões produzidas pelos órgãos públicos evoluam qualitativa e quantitativamente na fundamentação e na argumentação jurídicas. A proposta de Teoria da Argumentação do autor em estudo considera os componentes formais, materiais e pragmáticos da argumentação para propor respostas para os três grandes questionamentos que a abordagem procedimentalista do direito suscita: Como analisar uma argumentação jurídica, como avaliá-la e como argumentar.[11]

Da Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Manuel Atienza, o presente trabalho limitar-se-á à análise dos critérios definidos pelo autor para a avaliação da argumentação de uma decisão judicial.

O dever de fundamentar as decisões é característico do Estado de Direito. Está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil[12], em seu artigo 93, inciso IX, e ganha especial regulamentação com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015[13]), que entrará em vigor em março de 2016 e, em seu artigo 489, § 1º, estabelece requisitos mínimos à fundamentação das decisões judicias. A despeito das críticas que possam ser direcionadas a esse detalhamento e suas especificidades, o que foge ao objetivo do presente trabalho, é inegável a importância que é dada ao dever de fundamentação da prestação jurisdicional, como forma de transparência e controle democrático desse poder-dever do Estado.

Nesse contexto, boas decisões são aquelas que, segundo critérios formais e substantivos, estejam bem fundamentadas. O juiz que fundamenta suas decisões, do ponto de vista do Direito,

[10] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 269-272.

[11] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 423.

[12] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24.11.2015.

[13] BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24.11.2015.

decide bem, ainda que de outros, como o moral, por exemplo, a decisão possa ser criticável.

Nas palavras de Atienza[14]:

> […] la obligación de los jueces de motivar sus decisiones significa que deben ofrecer buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión. Un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido – deductivo o no –; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad. […].

E, no intuito de objetivar essa tarefa de avaliação dos argumentos, a fim de definir se uma decisão judicial está bem ou mal fundamentada, Atienza propõe alguns critérios aos quais devem ser submetidos os argumentos jurídicos, são eles: de universalidade, de coerência, de aceitabilidade das consequências, de moral social e de moral justificada.

O primeiro critério, que faz referência à universalidade do argumento, aplica-se tanto aos problemas normativos quanto aos fáticos. Está ligado à regra formal de justiça, ou seja, tratar igualmente os indivíduos e objetos pertencentes à determinada categoria. Seu uso pressupõe a aceitação de que o argumento seja aplicado a qualquer situação que seja idêntica em seus aspectos relevantes. O critério argumentativo utilizado para construir a premissa normativa não pode ser *ad hoc*, deve ser universal. Sustenta a ideia dos precedentes.[15]

O critério da coerência está ligado à ideia de consistência lógica, porém com ela não se confunde. Ao passo que a consistência lógica é puramente formal, a coerência é uma questão de grua e de compatibilidade com os valores, Princípios e teorias. O critério da coerência aplica-se em duas dimensões: na dimensão dos fatos, chama-se coerência narrativa, exige que os argumentos sejam coerentes com os fatos conhecidos, permitindo que determinado fato seja considerado provado por ser o que melhor se encaixa em uma série de fatos conhecidos, conforme regras de experiência; na dimensão normativa, exige que o argumento esteja em harmonia com os Princípios e valores do ordenamento.[16]

O critério da consequência determina que, ao optar entre uma ou outra decisão, devo analisar e sopesar as consequências práticas, individuais, sociais, etc. Não está tão presente na decisão judicial, funciona mais como um limite de racionalidade, mais comum nas decisões dos

[14] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 549.

[15] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 554-555.

[16] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 555-557.

legisladores.[17]

O critério da moral social está ligado à opinião pública e a valores compartilhados intersubjetivamente, implícitos nas normas jurídicas. Desempenha um papel relevante, mas não determinante, pois: 1) por vezes é difícil identificar qual a opinião majoritária; 2) a opinião pública pode estar fundada em um preconceito que vai contra os valores do ordenamento; 3) o apelo à opinião majoritária não parece estar bem justificado, uma vez que não há critérios objetivos de moralidade; 4) as constituições contemporâneas incorporam um código moral que não necessariamente reflete a moral social.[18]

Por fim, a moral justificada, que suplanta a moral social em determinados casos, nos quais, a partir das objeções enumeradas no parágrafo anterior, é preciso recorrer a uma teoria moral em razão da insuficiência ou incoerência da moral social.[19]

Para além dos critérios especificados, Atienza também indica, como um importante elemento para avaliação da argumentação judicial, a razoabilidade. Este elemento é invocado para resolver um problema de insuficiência dos critérios anteriormente enumerados ou apenas para analisá-los conjuntamente. A respeito, escreve o autor:

> En todo caso, la insuficiencia de los anteriores criterios para resolver todos los problemas de evaluación puede entenderse como una llamada a la idea de razonabilidad. Ahora bien, de «razonabilidad» puede hablarse en varios sentidos. En su acepción probablemente más general, se aplica a cualquier decisión judicial (jurídica), pues la razonabilidad marca, simplemente, el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable; incluso la decisión más simple, más incuestionable, tiene que ser razonable: la razonabilidad – digamos – es algo más que la racionalidad en el sentido estricto, aunque en ocasiones actuar – decidir – de manera razonable signifique hacerlo en forma estrictamente racional. Pero, en un sentido más específico, la razonabilidad entra en juego únicamente a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones. O se, la necesidad de ser razonable (a veces es requerida explícitamente por el propio Derecho) se plantea cuando, en relación con un cuestión, parece existir, en principio, un cierto margen para decidir de una manera o de otra.[20]

Os critérios identificados por Atienza permitem a avaliação de um argumento, sua força e pertinência em um processo de justificação. É possível aplicá-los na avaliação de uma argumentação ou de um argumento isolado, bem como aplicá-los avaliando a pertinência argumentativa com determinado sistema normativo, o que se procederá em seguida. Antes,

[17] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 557-559.

[18] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 559-560.

[19] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 560-562.

[20] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 563.

porém, é necessário, brevemente, analisar o que são os Princípios e seu papel na Teoria da Argumentação Jurídica.

2. BREVE NOÇÃO DE PRINCÍPIOS

A partir dos questionamentos ao paradigma científico do positivismo jurídico, em especial com as críticas dirigidas por Ronald Dworkin a H. L. A. Hart, os Princípios ganharam importância fundamental na teoria do direito, pautando as propostas cunhadas de pós-positivistas.

Dworkin define Princípios distinguindo-os das regras. Afirma que "as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada", ou seja, dados os fatos aos quais se refere, ou ela é válida e soluciona o problema, ou não é válida e não serve para nada, a passo que os Princípios "mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas."[21]. O Princípio apenas fornece uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, porém não condiciona a decisão.

Essa primeira distinção entre regras e Princípios induz a uma outra: a de que os Princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm."Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida"[22].

Os Princípios são, portanto, "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[23].

Robert Alexy define os Princípios como mandamentos de otimização:

> […] são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.[24]

Os Princípios, para Alexy, estabelecem uma vinculação necessária entre o direito e a moral.

Eros Grau observa que os Princípios não são externos ao ordenamento jurídico, mas

[21] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

[22] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43.

[23] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

[24] ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

descobertos no seu interior, extraídos dele, por isso nega a existência de Princípios gerais do direito, reconhecendo apenas Princípios gerais de direito.[25]

Lênio Streck[26] se ocupa em estabelecer a vinculação dos Princípios não com valores, mas com o mundo real, o mundo prático:

> […] *é equívoco pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores*. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro* […].(em itálico no original)

Os Princípios jurídicos não são mandados de justificação da discricionariedade, para serem criados e invocados em qualquer situação e para justificar qualquer decisão. Diversamente, são extraídos das regras e coexistindo com elas, servem justamente para limitar a discricionariedade do intérprete, unindo os textos jurídicos aos fatos.

Streck[27], demonstrando preocupação com essa concepção equivocada dos Princípios jurídicos, leciona:

> Um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a "positivação dos valores". Esse "anúncio" facilita a "criação" (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de "princípio" (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a "pedra filosofal da legitimidade principiológica", *da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou "corrigir"* (*sic*) *as incertezas da linguagem*. (em itálico no original).

Essa profusão de Princípios subverte o seu conceito. Deixam de ser extraídos do ordenamento jurídico como limites à atuação do juiz, ligando o texto legal aos fatos, para se tornarem salvo-condutos à discricionariedade judicial. A respeito, Streck observa que "na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização"[28].

Para a Teoria da Argumentação Jurídica, os Princípios são argumentos, independentemente

[25] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 71.

[26] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 145.

[27] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 147.

[28] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 149.

das nuances de sua conceituação. Como tais, são utilizados no processo de justificação de determinada decisão, em geral dos chamados casos difíceis, e podem/devem ser avaliados como qualquer outra espécie de argumento.

Os Princípios, assim como as regras, são classificados por Atienza como "normas reguladoras", que funcionam na argumentação como razões operativas. A distinção entre regras e Princípios é assim explicada pelo autor:

> […]. Las normas regulativas tienen la forma: «si se dan las condiciones de aplicación *X*, entonces *Z* debe (puede, tiene, prohibido) realizar la acción *Y* (o alcanzar el estado de cosas *E*)». A su vez, pueden subdistinguirse en reglas y principios, y unas y otros pueden ser de acción o de fin. Todas las normas regulativas funcionan en la argumentación como razones operativas, pero con distinta fuerza: las reglas son razones perentorias (aunque en algún caso, como se verá, pueden ser derrotadas); y los principios, razones no perentorias; además, las reglas son, básicamente, razones formales o autoritativas; mientras que los principios son, esencialmente, razones dependientes del contenido, razones sustantivas que, a su vez, pueden ser e corrección (los principios en sentido estricto) o de fin (las directrices).[29]

As razões operativas são as motivadoras da ação, têm uma direção de ajuste do-mundo-à-linguagem.[30]

Assim, é possível afirmar que, para a Teoria da Argumentação Jurídica, os Princípios são razões de justificação das decisões, argumentos que podem ser utilizados para resgatar o mundo prático nos textos legais. Como tais, podem ser avaliados a partir dos critérios observados na primeira parte deste estudo, qualificando-se-os como bons ou maus argumentos.

Nesse contexto é que se apreciará o chamado "Princípio da confiança no juiz do processo" (juiz da causa ou juiz próximo dos fatos), sobre o qual se passa a discorrer.

3. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO, NO JUIZ DA CAUSA OU NO JUIZ PRÓXIMO DOS FATOS

A prática dos Tribunais consolidou, sem eco na doutrina, a existência do chamado Princípio da confiança no juiz da causa (no juiz do processo ou no juiz próximo dos fatos), que tem se revelado como subterfúgio argumentativo na análise de recursos e remédios constitucionais, em especial o Habeas Corpus. Embora tenha sua maior ressonância entre julgados criminais, o

[29] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 281.

[30] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. E**dição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 279.

Princípio tem sido reconhecido também na prática do direito processual civil.

Apesar de sua aplicação pelos Tribunais, o Princípio em estudo não é claramente conceituado, não encontra amparo em literatura especializada e somente pode ser compreendido a partir de sua aplicação em alguns casos concretos, como aqui exposto exemplificativamente com base em julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça.

Destaca-se entre os julgados, o mais antigo e o mais recente encontrados nas bases de dados virtuais de cada uma das Cortes pesquisadas, com o intuito de compreender a origem e os objetivos argumentativos do Princípio, bem como sua consolidação na jurisprudência.

Um dos julgados mais antigos extraídos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina está assim ementado:

> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO DO DECRETO DE CUSTÓDIA CAUTELAR, PARA QUE O RÉU RESPONDA SOLTO AO PROCESSO-CRIME. ALEGADA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS VÁLIDOS À DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. PACIENTE QUE APRESENTA PÉSSIMOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO. INSTRUÇÃO CONCLUSA. EXEGESE DA SÚMULA 52 DO STF. WRIT INDEFERIDO.[31]

Do corpo do acórdão, especificamente sobre o Princípio da confiança no juiz do processo, extrai-se:

> Ademais, perfeitamente aplicável ao caso sub judice o princípio da Confiança no Juiz do Processo, pois, como vem entendendo o Excelso Pretório, "não se deve perder de vista que o Juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas nele envolvidas, dispõe, normalmente, de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão preventiva. Outrossim, no curso do processo, a pedido, ou de ofício, poderá o Juiz revogar a custódia preventiva" (RTJ 91/104).[32]

Observa-se da fundamentação do julgado, em especial a citação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a aplicação do Princípio parte da premissa implícita de que o Juiz que determinou a segregação cautelar conhece a comunidade na qual ocorreu a prática criminosa, as partes envolvidas no delito e os fatos para além do que documentado nos autos.

Em razão da peculiaridade, que revela o verdadeiro sentido e objetivo de utilização do Princípio em estudo, destaca-se ainda entre os julgados mais antigos consultados, o seguinte:

---

[31] BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Habeas Corpus n. 1988.080746-1**, de Imbituba. Relator Desembargador Jorge Mussi, Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal, julgado em 17.3.1995. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em 24.11.2015.

[32] BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus n. 1988.080746-**1, de Imbituba. Relator Desembargador Jorge Mussi, Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal, julgado em 17.3.1995. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em: 24.11.2015.

> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. UM DOS RÉUS REINCIDENTE E OUTRO DESOCUPADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO. DECRETAÇÃO ACERTADA. ORDEM DENEGADA.[33]

Da fundamentação colhe-se:

> De fato, o Magistrado *a quo* andou bem ao decretar a prisão preventiva dos ora pacientes, um comprovadamente reincidente e outro desocupado, havendo de modo irrefutável os requisitos do art. 312 do CPP.
>
> Ademais, é o princípio da confiança no Juiz do processo que norteia casos como o presente.
>
> Tal princípio só é suplantado ante ilegalidade manifesta, seja no não preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP, ou afronta ao princípio da presunção de inocência.
>
> No presente, além da acertada decisão do MM. Juiz, convém salientar que a instrução está bastante célere, o que não acarretará nenhum prejuízo aos ora pacientes.
>
> Por tais razões, denega-se a ordem.[34]

A fundamentação foi transcrita na íntegra. Ou seja, o suporte da decisão foi, essencialmente, o Princípio da confiança no juiz do processo, não como um argumento de reforço, mas como razão principal de decidir. Sobre o caso concreto, limitou-se a decisão a valorar subjetivamente os sujeitos envolvidos, um "desocupado" e o outro "reincidente". Em resumo, as etiquetas sob as quais foram designados os impetrantes justificaram a utilização do Princípio da confiança no juiz da causa.

Para demonstrar que a aplicação do Princípio da confiança no juiz do processo não está restrita ao processo penal, em especial relacionada às prisões cautelares, optou-se, dentro os julgados mais recentes consultados, por destacar acórdão proferido em julgamento de recurso de apelação cível:

> APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS. ESTUDO SOCIAL ATUALIZADO. DESNECESSIDADE. PROVA JÁ REALIZADA. DEPOIMENTO DA ADOLESCENTE MANIFESTANDO O DESEJO DE RESIDIR COM A MÃE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE REVELA QUE O GENITOR OFERECE AMBIENTE DESFAVORÁVEL AO SAUDÁVEL DESENVOLVIMENTO DA MENOR. GENITORA QUE, POR OUTRO LADO, POSSUI PLENAS CONDIÇÕES DE RECEBER A FILHA E PROVER-LHE O SUSTENTO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR E DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> "Determinados casos exigem a aplicabilidade do princípio da confiança no juiz da causa que, na qualidade de responsável direto pela condução do processo e por estar próximo aos fatos e às

[33] BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus n. 1988.079634-5**, de Itajaí. Relator Desembargador Ernani Ribeiro, Órgão Julgador: Câmara de Férias, julgado em 12.1.1995. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em: 24.11.2015.

[34] BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Habeas Corpus n. 1988.079634-5**, de Itajaí. Relator Desembargador Ernani Ribeiro, Órgão Julgador: Câmara de Férias, julgado em 12.1.1995. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em: 24.11.2015.

> pessoas envolvidas, possui melhores condições de avaliar a produção da prova no decorrer da instrução processual" (AC n. 2008.031232-5, Des. Jaime Luiz Vicari).[35]

Percebe-se que, nesse caso, as explicações para aplicação do referido Princípio são sensivelmente distintas. Enquanto nos julgados relacionados à prisão cautelar, a explicação refere-se à proximidade do Juiz com o fato criminoso e a comunidade em que ele ocorreu, nas questões cíveis, justifica-se sua aplicação na condução, pelo magistrado, na colheita da prova. Aqui, a premissa implícita é a de que, ao presidir a instrução do feito, o magistrado *a quo* tornou-se mais próximo das partes e dos fatos.

A breve pesquisa realizada revela que o Princípio em estudo vem sendo largamente utilizado como argumento genérico, principal ou de reforço, em grande parte das decisões que julgam improcedente recursos ou remédios constitucionais, em especial Habeas Corpus. A consulta ao sítio virtual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina pela expressão "Princípio da confiança no juiz" retornou 2.937 resultados[36].

A aplicação do Princípio da confiança no juiz da causa encontra ressonância, também, no Superior Tribunal de Justiça, datando de 1993 o julgado mais antigo disponível na base de dados virtual do Tribunal[37]:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA PRISÃO. A QUEM CABE AFERI-LA. PRINCIPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO. MEDIDA CAUTELAR CONSTRITIVA DE LIBERDADE AFIRMADA DESNECESSARIA ANTE A PRESUNÇÃO DA INOCENCIA E POR SE TRATAR DE PACIENTE PRIMARIO, RADICADO NO DISTRITO DA CULPA E COM PROFISSÃO DEFINIDA. PRISÃO ESPECIAL. EXEGESE DO ART. 295, X, DO CPP. ORDEM DENEGADA.
>
> I - O FUNDAMENTO ÉTICO DA PRISÃO PREVENTIVA É A NECESSIDADE, QUE DEVE SER AFERIDA PELO JUIZ DO PROCESSO E MANIFESTADA, DESDE QUE RECONHECIDA, EM DECISÃO FUNDAMENTADA.
>
> II - DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR CONSTRITIVA DA LIBERDADE HUMANA, CONCRETIZADA EM DECISÃO, AINDA QUE SUCINTA, ONDE CONSIGNADAS AS RAZÕES PELAS QUAIS ENTENDEU-SE-A NECESSIDADE, DESCABE PRETENDER DESCONSTITUI-LA COM A INVOCAÇÃO DO PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCENCIA OU PELA CIRCUNSTANCIA DE SER O PACIENTE PRIMARIO, RADICADO NO DISTRITO DA CULPA E COM PROFISSÃO DEFINIDA.

[35] BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2015.023527-6**, de Ituporanga. Relator Desembargador Domingos Paludo, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, julgado em 5.11.2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em: 24.11.2015.

[36] Consulta realizada pelo site http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acessado em 24.11.2015.

[37] Consulta realizada pelo site http://www.stj.jus.br/SCON/, acessado em 24.11.2015.

> III - FRENTE AOS TERMOS DO INCISO X, DO ART. 295, DO CPP, SOMENTE O EXERCICIO DA FUNÇÃO, E NÃO A SO INCLUSÃO NA LISTA, ASSEGURA A PRISÃO PROVISORIA EM ESTABELECIMENTO OFICIAL DE PRISÃO ESPECIAL.[38]

Do voto do relator colhe-se apenas a transcrição da decisão de primeiro grau e do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com referências à gravidade do fato, sua repercussão social na cidade de Itajaí e a percepção do Juiz Monocrático de que, solto, o réu viria a intimidar testemunhas.

O julgado mais moderno apresentado no sistema de pesquisas do Superior Tribunal de Justiça traz a seguinte ementa:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS JUSTIFICADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA VISANDO A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. POLICIAL MILITAR. FUNDADO TEMOR DAS TESTEMUNHAS. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO IMPEDEM A PRISÃO ANTECIPADA. WRIT NÃO CONHECIDO.
>
> - O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.
>
> - A custódia cautelar está devidamente fundamentada para garantia da ordem pública, como forma de acautelamento do meio social, em razão das circunstâncias do caso concreto que retratam a periculosidade social do paciente, considerando, sobretudo, o fato de ser policial militar e já ter ameaçado a testemunha que, dois meses após prestar depoimento em juízo, foi encontrada morta, com suspeitas de que seja ele o responsável pelo novo homicídio, o que causa real temor às testemunhas que se recusam a depor em sua presença. Dessa forma, mostra-se justificada a custódia antecipada por conveniência da instrução criminal e para garantia da ordem pública, notadamente em julgamento perante o Tribunal do Júri, no qual será necessária a renovação da prova oral.
>
> - **Em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar**.
>
> - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que as condições pessoais favoráveis do paciente, como primariedade e emprego lícito, não garantem, por si só, a

[38] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 1993/0014718-8**, de Santa Catarina. Relator Ministro Pedro Acioli, Órgão Julgador: Sexta Turma, julgado em 30.6.1993, publicado em DJ 27.9.1993 p. 19833, RSTJ vol. 58 p. 118. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/, acesso em: 24.11.2015.

> revogação de sua prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para garantir a segregação preventiva. Habeas corpus não conhecido.[39] (negrito que não está no original)

Do voto, no tocante ao Princípio da confiança no juiz do processo, nada colhe-se além da frase consignada na ementa.

Dos julgados colacionados é possível inferir que as premissas implícitas que sustentam a utilização do Princípio da confiança no juiz do processo, como argumento principal ou para reforçar argumentos de manutenção das decisões impugnadas, são: a) o magistrado *a quo* conhece a comunidade no seio da qual ocorreram os fatos e para a qual se destina a prestação jurisdicional; b) o juiz que proferiu a decisão recorrida conhece melhor os fatos; c) o juiz que presidiu a instrução, por ter estabelecido um vínculo subjetivo com as partes e as provas produzidas, tem melhores condições de avaliá-las.

É possível agora, diante da caracterização do Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no juiz próximo dos fatos) e da identificação de suas premissas, avaliá-lo enquanto argumento de decisões judiciais a partir dos critérios fornecidos pela Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.

4. AVALIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO A PARTIR DOS CRITÉRIOS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA

Argumentar é justificar, é elencar razões que, conjugadas, justificam a resolução de um determinado problema. A argumentação ocorre no contexto da resolução de um problema e está intimamente ligada a uma decisão. Na perspectiva do presente trabalho, uma decisão judicial.

Argumentar é uma atividade racional, no duplo sentido de que é uma atividade orientada para um fim e de que é possível estabelecer critérios para avaliar uma argumentação. Sempre é possível questionar se uma determinada argumentação ou um determinado argumento é bom ou ruim, melhor ou pior do que outro.[40]

O Princípio da confiança no juiz do processo é utilizado nos julgados citados no capítulo anterior como argumento, principal ou de reforço, para a tomada de decisões em conflitos

[39] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 289373**, de Minas Gerais. Relatora Ministra Marilza Maynard, Órgão Julgador: Sexta Turma, julgado em 22.5.2014, publicado em DJe 5.6.2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/, acesso em: 24.11.2015.

[40] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** Edição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 109-110.

judiciais, que são levados ao conhecimento dos Tribunais em razão de inconformismo com a decisão proferida na instância precedente. Na condição de argumento sustentado em um processo racional de resolução de um problema, para tomada de uma decisão, pode ser avaliado a partir dos critérios estabelecidos pela Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza.

O primeiro critério enumerado por Atienza é o da universalidade. É preciso avaliar se ao aplicar o Princípio da confiança no juiz do processo nos casos exemplificativamente citados, os Tribunais estão dispostos a aplicá-lo a todos os casos semelhantes. A adoção do Princípio como premissa de julgamento exige que seja aplicado a todos os casos semelhantes, ou seja, "si, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N' es porque esa misma fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguira haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C"[41].

Ocorre que, a partir das premissas mencionadas anteriormente, de que o magistrado *a quo* possui maior contato com a prova e conhecimento da realidade da comunidade onde ocorreram os fatos, a aplicação do Princípio não só é universal, como deve ser universalizada à generalidade dos problemas jurídicos. Isso porque a proximidade do magistrado de primeiro grau com a produção da prova e a residência na Comarca (imposição constitucional, conforme artigo 93, inc. VII, da Constituição da República Federativa do Brasil[42]) é consequência necessária da forma de organização do Poder Judiciária e alcança todos os casos.

Essa verificação revela a tautologia do Princípio da confiança no juiz do processo e deixa claro que não resiste ao critério da universalidade.

Poder-se-ia objetar que a aplicação do Princípio em estudo ocorre em casos específicos, segundo determinadas características. Porém, os exemplos citados no tópico anterior deixam claro que não é assim que operam os julgados. A aplicação ocorre nas mais diversificadas situações e sem qualquer análise mais detalhada das premissas fáticas, por vezes, sem recorrer a outros argumentos, sustentando-se a decisão exclusivamente no Princípio da confiança no juiz da causa.

O segundo critério, mais problemático para o argumento em estudo, é o da coerência em suas duas dimensões.

---

[41] ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** Edição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 555.

[42] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24.11.2015.

Primeiro, na dimensão dos fatos, exige-se que o argumento seja coerente com os fatos conhecidos. Que os fatos inferidos sejam decorrência necessária dos fatos conhecidos, segundo as leis científicas, relações de causalidade, máximas de experiência, etc.

Nessa dimensão do critério da coerência é preciso analisar os fatos pressupostos pelo Princípio da confiança no juiz do processo, quais sejam, de que tem maior conhecimento sobre as partes, os fatos e suas circunstâncias e, por consequência, melhores condições de analisar qual a decisão mais justa para o problema.

Inicialmente, parte de um pressuposto que nem sempre é verdadeiro. Aliás, na maioria dos casos não o é. Isso porque não é possível afirmar que, por residir na Comarca (sem esquecer que são muitos os casos nos quais, principalmente em comarcas com sede em cidade pequena, juízes são autorizados a residir fora da comarca), o magistrado de primeiro grau tenha maior conhecimento sobre os fatos ou as partes (pressupondo-se que tal conhecimento seja extra-autos, pois do contrário as informações seriam facilmente reproduzidas nas instâncias recursais).

Além disso, em cidades de maior porte, a maioria dos fatos sociais sequer chega ao conhecimento da generalidade dos cidadãos.

Com relação aos julgados consultados na base de dados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, chama a atenção o fato de que o Princípio é aplicado inclusive na manutenção de decisões de segregação cautelar proferidas em processos oriundos da Comarca da Capital, justamente sede do próprio Tribunal de Justiça, o que, considerando que a aplicação do princípio justifica-se na maior proximidade do juiz *a quo* com a comunidade na qual ocorreu o fato típico penal, é evidentemente contraditório.

De outra feita, a garantia de imparcialidade do julgador, pressuposto do exercício da jurisdição, exige julgamento a partir dos fatos provados nos autos, sem que se recorra a notícias, boatos ou achismos que circulam em meios de comunicação ou entre os membros de determinada comunidade. O clamor social ou a opinião pública não devem ser fatores determinantes na tomada de decisão, sob pena de grave e injustificada violação de direitos fundamentais.

Em verdade, o Princípio invoca um subjetivismo que está enraizado nas práticas jurídicas. A confiança nas impressões pessoais, nos pré-conceitos do magistrado que realizou a colheita da prova, que “olhou no olho” da parte, e “sentiu” qual a melhor decisão para a comunidade, ainda

que em sacrifício à liberdade de alguém.

Já do ponto de vista da coerência normativa, exige-se que o argumento se coadune com os Princípios e valores do ordenamento, e é aqui que o Princípio da confiança no juiz do processo revela sua gritante fragilidade.

A invocação do Princípio em estudo como argumento viola Princípios constitucionais explícitos e garantias fundamentais do cidadão, em colisão deontológica com o ordenamento jurídico.

Os recursos e os remédios constitucionais quando levados à apreciação de um tribunal trazem, justamente, um inconformismo com a decisão singular, seja por discordar da apreciação dos fatos, seja por entender equivocada a solução jurídica dada ao problema e sua fundamentação.

Ao afirmar que o réu deve ser mantido preso ou que a decisão combatida deve ser mantida em razão do Princípio da confiança no juiz do processo, o tribunal está contrariando os Princípios constitucionais explícitos do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e, consequentemente, do acesso à justiça.

A respeito, em trabalho conjunto com Paulo de Tarso Brandão[43], já se afirmou:

> […] a observância ao princípio maior do acesso à justiça abrange os demais princípios constitucionais informadores do processo civil, que dele decorrem, como garantia de uma efetiva solução do litígio, dentre os quais se enquadram os princípios da inafastabilidade do poder judiciário e o princípio do contraditório e da ampla defesa […].

Aos Princípios enumerados no trecho citado são acrescidos os Princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

A garantia do acesso à justiça, corolário da vedação da autotutela e do monopólio da jurisdição pelo Estado, não se satisfaz com o mero acesso de demanda ao primeiro grau de jurisdição. Apenas é concretizada com a observância dos Princípios e garantias constitucionais correlatos, culminando com uma prestação jurisdicional efetiva e justa, após garantidos às partes o contraditório e o devido processo legal.

A invocação do Princípio da confiança no juiz do processo é justamente uma negativa de

[43] BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. **Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça**. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 17.

reexame da matéria submetida a julgamento. Limita a discussão judicial ao primeiro grau de jurisdição e, portanto, viola os Princípios constitucionais do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça, negando, consequentemente, a jurisdição.

Esse conflito do Princípio da confiança no juiz do processo - que não está explícito em texto normativo algum - com os Princípios constitucionais mencionados, conduz à conclusão de que não detém coerência normativa, é incompatível com os Princípios e os valores do sistema jurídico brasileiro.

O critério da adequação das consequências determina que o argumento seja avaliado com base nas suas consequências práticas, sociais, individuais, etc. Como observado por Atienza, não deve servir de razão determinante a decisões judiciais, por comportar uma análise política, encontra maior relevância nos argumentos dos legisladores na produção do direito.

Ainda assim, é possível apontar, como consequência da adoção do Princípio da confiança no juiz do processo como argumento, a manutenção de decisões iníquas, injustas, negando-lhes a reapreciação pelos tribunais.

O critério da moral social está ligado aos valores característicos da moral compartilhada intersubjetivamente. Normalmente tais valores já estão incorporados às normas jurídicas, explícita ou implicitamente, ganhando relevância a discussão apenas em casos difíceis, nos quais é preciso questionar se o critério da moral social pode ser usado quando norma alguma o tenha previsto.

No caso em estudo, os critérios morais para avaliação do Princípio da confiança no juiz do processo já estão incorporados ao sistema normativo, expressos nos Princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e do acesso à justiça.

Pode ser mencionado ainda, o valor da liberdade, violado quando o tribunal argumenta o Princípio da confiança no juiz do processo para eximir-se de reavaliar uma decisão que determinou uma segregação cautelar, situação esta, concretizada na maioria dos casos nos quais o Princípio é adotado.

Por fim tem-se a moral justificada, que deve ser invocada quando da inconsistência ou insuficiência da moral social, não merecendo destaque no presente caso.

Analisados os critérios, é possível afirmar que não é razoável a utilização do Princípio da confiança no juiz do processo como argumento de uma decisão judicial, no sentido de não ser justificável ou juridicamente aceitável.

Mais do que um mau argumento, pode-se afirmar que o Princípio da confiança no juiz do processo é um não argumento, um subterfúgio para não argumentar, não decidir, não analisar o problema concreto submetido à apreciação do tribunal.

O Princípio é repetido como um *standard*, uma resposta pronta que ecoa do senso comum teórico dos juristas e é erigido à condição de Princípio. O senso comum teórico, como leciona Lênio Streck, "é construído a partir de um discurso que é vivido pelos usuários como um discurso universal, natural, óbvio, cuja tipicidade não é percebida e com relação ao qual todo o 'exterior' é relegado à categoria de margem ou desvio: discurso-lei que não é percebido como lei"[44]. E é assim que o Princípio da confiança no juiz do processo sobrevive, sendo reproduzido irrefletidamente pelos juristas.

Sua nomeação como Princípio não decorre de sua natureza. Como visto, não guarda coerência com o sistema jurídico brasileiro, em especial com os Princípios constitucionais explícitos. Não pode ser extraído do direito pressuposto[45], não pode ser tido como um mandado de otimização[46], não é uma exigência de justiça ou equidade[47], tampouco resgata o mundo prático nos textos normativos[48].

Não passa de um reflexo do "panpricipiologismo" de que trata Lênio Streck, de um *standard* originário de construção pragmatista e posteriormente universalizado como argumento de racionalização da decisão. É reflexo do "crescimento 'criativo' de um conjunto de álibis teóricos que vêm recebendo 'convenientemente' o nome de 'Princípios'"[49].

Pode ser classificado como uma falácia de razões irrelevantes. Uma falácia, em síntese, é um argumento que tem a aparência de ser bom mas na verdade não é. Na definição de Atienza, analisando a teoria da argumentação jurídica de Toulmin, as falácias devidas a razões irrelevantes "ocorrem quando a prova que se apresenta a favor da pretensão não é diretamente relevante para ela; assim sucede, por exemplo, quando se comete a falácia que consiste em fugir do

[44] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 95.

[45] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 71.

[46] ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 85.

[47] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

[48] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 147.

[49] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 150.

problema, apelar para a autoridade [...]"[50].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza fornece importantes ferramentas para análise crítica dos procedimentos decisórios, em especial a decisão judicial. Com a compreensão de que o Direito não traz respostas prontas, de que não existem respostas antes das perguntas e de que a aplicação do Direito não decorre de um simples silogismo, a argumentação adquire grande importância na entrega da prestação jurisdicional.

Sob essa perspectiva, para decidir bem é preciso argumentar bem. A decisão judicial deve estar sustentada em bons argumentos, capazes de convencer o espectador.

A análise procedida no presente trabalho demonstrou que o Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no juiz próximo dos fatos), largamente utilizado pelos Tribunais, submetido aos critérios definidos por Atienza para avaliação dos argumentos, não é um bom argumento e, portanto, não pode sustentar uma boa decisão judicial.

Partindo das definições de princípio de Dworkin, Alexy, Eros Grau e Atienza, também foi possível afirmar que sequer pode ser considerado um princípio do ordenamento jurídico brasileiro. Nada mais é do que um álibi teórico construído e sustentado pelo senso comum teórico dos juristas para fugir à análise de recursos e remédios constitucionais, violando direitos e garantias fundamentais do cidadão ao devido processo legal, ao duplo grau de jurisdição e, por consequência, o princípio constitucional do acesso à justiça.

A decisão judicial não pode visar à comodidade, à praticidade, violando princípios e garantias fundamentais. Deve resgatar o mundo prático nos textos jurídicos, dar respostas concretas aos problemas submetidos à apreciação, e não valer-se de respostas prontas, iníquas, que, como visto, é o que ocorre quando um Tribunal se vale do Princípio da confiança no juiz do processo.

[50] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 117.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Edição digital. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 423.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). **Para um direito democrático**: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24.11.2015.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24.11.2015.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Habeas Corpus n. 1988.080746-1, de Imbituba. Relator Desembargador Jorge Mussi, Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal, julgado em 17.3.1995. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em 24.11.2015.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Habeas Corpus n. 1988.079634-5, de Itajaí. Relator Desembargador Ernani Ribeiro, Órgão Julgador: Câmara de Férias, julgado em 12.1.1995. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em: 24.11.2015.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2015.023527-6, de Ituporanga. Relator Desembargador Domingos Paludo, Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Civil, julgado em 5.11.2015. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia, acesso em: 24.11.2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 1993/0014718-8, de Santa Catarina. Relator Ministro Pedro Acioli, Órgão Julgador: Sexta Turma, julgado em 30.6.1993, publicado em DJ 27.9.1993 p. 19833, RSTJ vol. 58 p. 118. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/, acesso em: 24.11.2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 289373, de Minas Gerais. Relatora Ministra

Marilza Maynard, Órgão Julgador: Sexta Turma, julgado em 22.5.2014, publicado em DJe 5.6.2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/, acesso em: 24.11.2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2015. 232p.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SEU REFLEXO PARA A SOLUÇÃO JUSTA DE CASOS

Hilariane Teixeira Ghilardi[1]

Yury Augusto Dos Santos Queiroz[2]

INTRODUÇÃO

A Ciência Jurídica impõe aos seus operadores o "dever" de argumentar, mas não só na ciência jurídica, em diversas profissões e situações da vida, argumentar é necessário. Pessoas que saibam fazer o bom uso das palavras e do efeito persuasivo na colocação de suas ideias acabam sempre saindo na frente.

No mundo jurídico, especialmente, o uso do argumento certo, no momento certo e do jeito certo é decisivo. Dessa forma, a linguagem torna-se objeto e ferramenta de trabalho para o profissional do direito, que em diversas áreas de atuação, coloca em uso o recurso da língua e do discurso.

A presente pesquisa, portanto, objetiva exatamente o destaque dessa importância de maneira que se possa fazer a análise da teoria da argumentação e seu reflexo para a solução justa de casos[3], visando compreender essa importante ferramenta, para tanto o objetivo deste artigo é estudar a relevância do assunto presente na vida dos juristas.

Tendo em vista a visão de Aristóteles, de que a argumentação é "a arte de procurar, em

[1] Mestranda em Ciência Jurídica pelo PPCJ - UNIVALI. Pós-Graduanda em Direito Aplicado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada

[2] Mestrando do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Pós-graduando em Direito Empresarial e dos Negócios pela UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Direito do Previdenciário e Direito Ambiental

[3] A solução justa para fins deste trabalho serão assim consideradas quando capazes de produzir um resultado dotado de racionalidade e controlabilidade. É também a decisão que utilizando a Teoria da Argumentação Jurídica procura a justeza dos enunciados normativo no discurso jurídico, em face do Estado Democrático de Direito, na superação dos mecanismos tradicionais da hermenêutica jurídica, em busca dos ideais máximos de Justiça. DORICO, Eliane Aparecida. A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos. Conteúdo Jurídico, Brasilia-DF: 29 ago. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44965&seo=1>. Acesso em: 20 Março 2016.

qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis" [4], pode-se considerar, como o autor, que os argumentos são essenciais para o convencimento tornando-se substancial para o raciocínio jurídico, uma vez que a pratica do Direito consiste fundamentalmente na argumentação. Assim sendo o presente estudo oferece recursos para entender essa ligação da necessidade de persuadir com o Direito.

A reflexão que se espera da presente pesquisa, é a evidencia do discurso jurídico, particularmente no que se refere à argumentação, uma vez que o profissional jurídico leva o Direito a ganhar força na atuação sobre os conflitos sociais, quando se posiciona de maneira coerente com o discurso.

Não há dúvida que a presente pesquisa não conseguirá exaurir o assunto, visto que o tema exige um estudo aprofundado em muitos aspectos, porém a proposta da pesquisa é expor a eficácia da boa argumentação, uma vez que, é de extrema importância a lógica aplicada em busca da justiça ideal para a prática e aplicação das normas presentes no ordenamento.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente[5], da categoria[6], dos conceitos operacionais[7], da pesquisa bibliográfica[8] e do fichamento[9].

1. DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Para entender a ligação do direito com a argumentação é necessário a compreensão da retórica, que iniciou-se na época clássica, na Grécia, por volta do ano IV a.C. Para que se

[4] ARISTÓTELES. **Retórica** I, 1355, b 30-31

[5] "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

[6] "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

[7] "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

[8] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

[9] "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

compreenda sua origem, destaca-se que quem utilizava desses meios, eram os sofistas[10].[11] Além disso, pode-se iniciar por Aristóteles, filósofo com uma grande visão da Retórica e fundamental para a sua implantação.

De acordo com Aristóteles, define-se como arte retórica "a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar persuasão[12]". Nesse sentido, pode-se afirmar que cada situação envolve um indivíduo que carrega consigo a intenção de convencimento, sendo necessário nesse caso o uso da argumentação[13].

Dessa forma a Retórica de Aristóteles apresenta uma simetria triádica em razão da apresentação do processo retórico da perspectiva de três segmentos interligados: o de quem fala, o que se fala e, finalmente, o para quem se fala[14]. Ou, segundo a classificação aristotélica, o *ethos, o logos* e o *pathos:* o orador, o discurso e o auditório; os quais, por sua vez, geram três tipos diferentes de discurso, o jurídico, o epidítico e o deliberativo[15]. Por ora, na presente pesquisa irá se fixar no discurso jurídico.

Já na Retórica de Roma, existente desde o século II A.C, destaca-se Cícero, pois afirma que as regras têm sua utilidade, porém restrita. Ainda, destaca a importância da cultura geral para o orador, é a reivindicação do homem honesto contra a especialização precoce nos estudos, como se fazia na época, quando a retórica era ensinada desde o berço. Esse filósofo valoriza a retórica, pois é muito mais do que a arte de falar; é a arte de pensar[16].

Adiante, na Idade Média os principais autores foram Donato e Prisciano, nessa época a retórica teve um papel fundamental, tendo em vista as invasões. Pode-se destacar ainda que "o pensador da Idade Média vai procurar descobrir a ordem escondida que preside a articulação

[10]Um dos primeiros grupos de pensadores na Grécia Antiga foi chamado de *sofistas*. Seus pensamentos eram diversificados, mas, essencialmente, convergiam para a superação da fundamentação mítica do universo e das sociedades humanas [...] os sofistas, entre outras coisas, ensinavam técnica para se fazerem discursos convincentes. FERREIRA, Adriano. **Sofistas**. Disponível em: <http://filosofiadodireito.info/fildireito/?p=62>. Acesso em: 20 Novembro 2015.

[11] PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**. São Paulo: LTr 2001, p. 39.

[12] *Persuadir* etimologicamente vem de *persuadere, per* + *suadere.* O prefixo*per*significa de modo completo, *suadere é* aconselhar (não impor). As palavras da mesma família esclarecem o valor da raiz: *swad- suavis,* suave; *savium,* beijo terno. Daí o sentido geral de *persuadere:* aconselhar, levar alguém a aceitar um ponto de vista de modo suave, habilidosamente. CORRÊA, Leda. **Direito e Argumentação**. In: Percursos Históricos da Retórica. São Paulo: Manoele, 2008.p. 11.

[13] Argumentação – Apresentação de ideias ou formulação de conceitos para defender um objetivo. GUIMARÃES, Deocleciana Torrieri**. Dicionário Jurídico**. Rideel, 1998. p. 48

[14]CORRÊA, **Leda. Direito e Argumentação**. In: Percursos Históricos da Retórica. São Paulo: Manoele, 2008. p. 27

[15]CORRÊA, Leda. **Direito e Argumentação**. In: Percursos Históricos da Retórica. São Paulo: Manoele, 2008. p. 27

[16] PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**. São Paulo: LTr 2001, p. 58.

conceitual de uma prática científica".[17]

Na nova Retórica que teve como percursor Chaim Perelman, também filósofo e ainda lógico, resgatou esse pensamento aristotélico com o intuito de inserir o raciocínio jurídico, evidenciando a argumentação:

> [...] Não é por acaso, portanto, que, Perelman, ao revitalizar a retórica aristotélica no século xx, procure apresentá-la como "a arte de bem falar, de mostrar eloquência diante de um público para o ganhar para a nossa causa". Trata-se de uma arte que, para persuadir, utiliza meios de ordem racional, mas também de ordem afetiva, como acentua Aristóteles, porque a formação de um juízo envolve não apenas a razão, mas também a alma e as paixões da alma.[18]

Nesse sentido "pode-se dizer, se a nova retórica busca atingir todo e qualquer auditório, é preciso pensar no tipo de linguagem a utilizar para esse feito"[19]. No esmo pensamento do autor entende-se que o domínio sobre o tema para o profissional jurídico é crucial, visto que a lógica aplicada nas várias formas de argumentar pode ser decisiva no convencimento. O exemplo da nova retórica apresentada por Perelman traz a argumentação como um instrumento para chegar a acordos.

Dessa forma, conforme as mudanças apresentadas pela sociedade, é necessário que haja também uma atuação significativa no ensino jurídico, tendo em vista a formação de um profissional instruído na área jurídica, principalmente no que diz respeito à argumentação, uma das principais ferramentas utilizada por juristas.

> [...] Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir que a qualidade que melhor define o que se entende por um "bom jurista" talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com facilidade.[20]

Em linhas gerais, a exposição histórica acima apresentada torna-se importante, pois, a argumentação possui um papel fundamental para a construção e desenvolvimento de uma sociedade capaz de argumentar e compreender as relações que esta inserida. Para tanto, passa-se a análise da argumentação jurídica especificamente.

---

[17] PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**. São Paulo: LTr 2001, p. 58.

[18] MEYER ,M. "As bases da retórica". In: *Retórica e comunicação.* Porto, Asa, 1994. p.31.

[19] CORRÊA, Leda. Direito e Argumentação. In: **A nova Retórica**: Um novo olhar sobre a retórica clássica por ChaimPerelman. São Paulo: Manoele, 2008. p. 56.

[20] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Diante do histórico apresentado pode ser verificado que o estudo da argumentação não é um estudo moderno, mas que na verdade ele vem sendo aperfeiçoado ao longo dos séculos de Aristóteles, um dos mais famosos fomentadores dessa ideia, aos profissionais do direito, nos dias atuais. Porém não só no direito, mas na vida prática, seja no fórum ou em uma compra e venda, a utilização da argumentação e da retórica é fundamental.

Todavia, o presente trabalho se limitará na abordagem, atentando-se apenas a argumentação no mundo jurídico, sendo assim, a pergunta sobre o que seja "argumentação jurídica" não é pronta e de fácil resposta, como adverte Manuel Atienza[21], que ensina:

> [...] A teoria da argumentação não pode admitir que toda prova seja reduzida à evidência, pois, caso se admita a teoria da argumentação como estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento, está-se a pressupor a adesão dos espíritos ser de intensidade variável. Não se debate ou discute sobre o evidente e sobre as questões em torno das quais impera consenso, compreensão comum ou unanimidade de juízos. A função da retórica reside na organização do discurso visando à deliberação e não se delibera sobre o que se tem certeza. A retórica é a arte de persuadir pelo discurso.

Conforme explica o autor, a argumentação é uma arte que consiste, dentro do Direito, em administrar informações, ou seja, analisar livremente e convencer o outro de determinada coisa no plano das ideias, é dar elementos, fatos, premissas de que aquela pessoa que está argumentando tem razão[22].

Dentro do campo da argumentação jurídica é importante que aquele que deseja persuadir possua uma boa retórica que segundo M. F. Carneiro, no mundo jurídico consiste em: "[...] sabedoria, virtude de saber sopesar os argumentos, confrontar opiniões e decidir com equilíbrio no espaço dos juízos de valor das operações lógicas, o que exige do aplicador do Direito o senso de oportunidade e de justiça, o apelo ao senso comum de, simplesmente, ao bom senso."[23]

Na retórica além de uma boa linguagem o interlocutor precisa também conhecer o seu público, seu ouvinte, pois cada grupo e cada ouvinte possui sua filosofia e característica, constatação evidente se por exemplo: um discurso político para um grupo de analfabetos não será

[21]CORRÊA, Leda. **Direito e Argumentação**. In: Percursos Históricos da Retórica. São Paulo: Manoele, 2008. P. 35-36.

[22] ALBUQUERQUE, Alex da Cruz. SILVA, Daniele Alves da.CAPUCI, Jussara Melo de Castro. TURRA, Cláudia de Campos Dias. **A teoria da argumentação jurídica como procedimento do desenvolvimento da prática do discurso.** Disponível em: <http://www.uniesp.edu.br/finan/pitagoras/downloads/numero3/a-teoria-da-argumentacao.pdf>. Acesso em: 27 Novembro 2015.

[23]CARNEIRO, M. F.; SEVERO, F. G.; ÉLE, K. **Teoria e prática da argumentação jurídica – lógica – retórica**. Curitiba: Juruá, 1999.p.104-105.

o mesmo discurso para um grupo de doutorandos. Logo, vencer a luta retórica, nada mais é do que obter resultados fundamentados na palavra.

É importante a identificação do destinatário, pois conforme afirma Niklas Luhmann[24]:

> [...] Desde una perspectiva abstracta, el derecho tiene que ver con los costos sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetual y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado en relación a sus expectativas.

Assim, a retórica, tal como propunha Aristóteles, consiste na "[...] arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceitas ou de, sobre qualquer problema proposto, argumentar a partir de premissas prováveis"[25], sem esquecer-se, por óbvio do sistema jurídico da localidade e dos costumes e tradições do lugar em que se profere o discurso.

Segundo Aristóteles a retórica poderia ser dividida em quatro partes: a invenção, a disposição, a elocução e a ação. A invenção consistia na busca empreendida pelo orador de todos os argumentos e outros meios de persuasão relativos ao tema do discurso. A disposição, por sua vez, consistia na elaboração de um plano discursivo. A elocução dizia respeito à redação escrita do discurso, e, por fim, a ação referia-se ao discurso em si.

Por outro lado, a Época Moderna resta marcada por um "eclipsamento" da retórica, principalmente pela presença do pensamento racionalista que passou a dominar o mundo jurídico, que não hesitou em mostrar seu desprezo pelo direito, por suas técnicas e por seus auxiliares.

Como exemplo, Descartes não acreditava ser a retórica passível de apreensão pelo estudo, com o que a jogou para o terreno do irracional, propondo aos filósofos o método geométrico como modelo de racionalidade. Outros pensadores, de tendência empirista, de Hume a Piaget, propunham aos filósofos seguirem os métodos das ciências experimentais[26].

---

[24]LUHMANN. Niklas. **El derecho de lasociedad** (tradução para o espanhol: Javier Torres Nafarrate). Versão eletrônica utilizada no ano de 2012 pela profa. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ, janeiro de 2003. Disponível em: <http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/el-derecho-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf.>Acesso em 27 Novembro 2015..

[25]ARISTÓTELES. Tópicos. Livro V. Apud. GRÁCIO, Rui Alexandre. **Racionalidade Argumentativa.** p. 70.

[26]PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**, p.372. Sobre o assunto, ver ainda REALE, Miguel. Filosofia do Direito. Nesta obra, Miguel Reale ressalta que Descartes e Bacon, com seu racionalismo e empirismo, representaram duas grandes caudais do pensamento

Assim é que Perelman[27] assinala:

> [...] A partir do fim do Renascimento e desde o advento do racionalismo no século XVII, assiste-se à procura de uma ordem natural ou racional que seria o método a seguir no desenvolvimento de toda a argumentação, independentemente das reações do auditório. É o objetivo de Descartes, no *Discours de laméthode*, pedindo que se proceda do simples para o complexo. É o fim da retórica, concebida como a arte de persuadir e convencer, porque, fazendo depender a ordem unicamente da matéria tratada, dissocia-se a forma do fundo do discurso e reduzem-se as técnicas de argumentação a simples processos de exposição, que dizem só respeito a questões de forma. A retórica, de técnica do discurso persuasivo, torna-se estudo de figuras de estilo, desligadas do seu contexto, e que se apresentam como flores mortas e secas de um ervanário.

Ocorre que com as mudanças ocorridas após a segunda guerra, e com a ascensão do direito constitucional para o centro do sistema jurídico, visando a garantia de um sistema jurídico justo, a Constituição passou a ser também o modo principal de interpretar todos os ramos do Direito.

Tal período é chamado de pós-positivista[28] e concede destaque a reaproximação entre o Direito e a Ética, na tentativa de resgatar os valores para o Direito e a superação da ideia da legalidade estrita e escrita como assinalou Perelman acima.

Essa nova idéia traz a normatização dos princípios e regras e o foco nos direitos

---

ocidental, um representando o espírito francês e o outro, o espírito inglês. Essas duas vertentes só vão se "juntar" com Kant, em que o problema do conhecimento assume outro aspecto: o sujeito cognoscente passa a determinar o seu objeto. Aprofundando sobre o assunto, Kant irá dizer que a intuição é de fato a origem do conhecimento, como pretendiam os empiristas, mas esta é condicionada por duas formas a priori de sensibilidade, o tempo e o espaço, que permitem a elaboração dos juízos sintéticos a priori, condição sinequa non para qualquer ciência. Com isso, superou o problema da origem do conhecimento tanto do racionalismo como do empirismo.

[27] PERELMAN, Chaïm. **"Argumentação**". In: Enciclopédia Einaudi, p. 264.

[28] Segundo Atieza sobre o pós-positivismo: Um fenômeno bastante curioso, quando alguém vê com uma perspectiva atual a contraposição clássica entre positivismo e jusnaturalismo, é a tendência a não se falar nem de positivismo nem de jusnaturalismo, ou seja, hoje ninguém é um positivista em sentindo estrito, ao estilo de Kelsen. Há uma necessidade de agregar qualitativos à expressão "positivismo". Temos, por isso, positivistas inclusivos e excludentes, positivistas axiológicos, positivistas críticos, neopositivistas ou pós-positivistas. E, do lado do direito natural, há uma certa tendência a evitar o nome, pois me parece que os autores que de alguma forma estão nesta tradição sendo conscientes dos inconvenientes que acarreta usar o termo "Direito Natural" procuram evitá-lo usando outros termos como o de "Hermenêutica jurídica". Creio que estas mudanças terminológicas são o sintoma de uma mudança verdadeiramente de fundo. Em minha opinião, assim como o tempo histórico do Direito Natural se concluiu há muito tempo com o fenômeno da positivação do Direito, o positivismo jurídico (mais recentemente) concluiu também o seu ciclo, com consequência das constitucionalização de nossos direitos. Nesse sentindo, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque surge a idéia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à da positivismo. Porém, de todas as formas, não me parece que seja de todo adequada para referir-se à concepção do Direito na qual se poderia situar autores Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo. Para referir-se a isto nos últimos tempos se está usando a expressão "constitucionalismo' ou "paradigma constitucionalista". Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende se sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis. Prefiro esta última expressão, não porque a de "positivismo jurídico" me pareça confusa (o é, mas se poderia procurar esclarecê-la), senão porque me parece que para ir mais além do positivismo jurídico se necessita tomar em consideração também outras tradições não-positivistas ou antipositivistas e isto não fica refletido com o rótulo de "pós-positivismo". CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane org. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manoel Atienza,** p.46-47.

fundamentais, fomentando um ordenamento jurídico que deve estar atento a realidade, para a sua plena efetividade.

Neste sentido doutrina Konrad Hesse[29], que a Constituição deve estar condicionada pela possibilidade de realização do seu conteúdo: "[...] Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador."

A realização da Constituição, no pós-positivismo, em busca do ideal de Justiça, ocorre a normatização de regras e princípios, e na solução de choque de princípios, da mesma hierarquia, temos um instrumental extremamente útil, que é Teoria da Argumentação Jurídica.[30]

Sobre a retórica e argumentação, Neil MacCormick[31] concebe o Direito como um campo inerentemente argumentativo:

> [...] Não menos antigo que o reconhecimento do Estado de Direito como ideal político é o reconhecimento do Direito como o campo da argumentação, um ambiente em que a retórica se desenvolve com toda a sua elegante e persuasiva, mas às vezes também dúbia, arte. A retórica, então, pode voltar-se contra si mesma. [...] O Direito é uma disciplina argumentativa. Qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada).

Nessa linha de resultado, Manuel Atienza[32] propõe o estudo da argumentação jurídica por entender que a prática do direito, em particular, pela ação dos juízes e dos advogados, tem relação direta com seus comportamentos, com sua maneira de pensar o direito, ainda que o produto de seu trabalho deixe transparecer a neutralidade necessária à credibilidade e aceitação pela sociedade.

Nessa seara, segundo Manuel Atienza[33], a argumentação jurídica pode ser dividida em três

---

[29]HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.48.

[30]DORICO, Eliane Aparecida. A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em:<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13666&revista_caderno=15>. Acesso em 27 novembro 2015.

[31]MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. (Tradução de Conrado H Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). 1ª ed. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008. p.19.

[32]ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p.51.

[33]ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de

campos de atuação: a produção de normas jurídicas, a aplicação das normas jurídicas e a dogmática jurídica, e no segundo campo apresentado que o tópico abaixo tratará, ou seja, como ocorre a utilização da argumentação jurídica na aplicação das normas.

3. APLICAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO NAS PRÁTICAS JURÍDICAS

É de conhecimento comum, que independente da função de jurista e da categoria que ele desempenha, todos devem saber se expressar e utilizar as palavras de maneira adequada, ou seja, devem utilizar-se da boa retórica conforme já discutido anteriormente.

Dessa forma a teoria da argumentação explicada até o presente, e principalmente a argumentação jurídica, é um instrumento preponderante para a solução equitativa dos casos, evidenciada pela busca nos termos da lei de uma aplicação justa da norma em face do cidadão tutelado pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, sua base teórica deveria ser trabalhada academicamente desde o início da graduação em direito nesse sentido, Manuel Atienza[34] conclui que o "objetivo central do processo de aprendizagem do Direito teria de ser o de aprender a pensar e a raciocinar "como um jurista", não se limitando a conhecer os conteúdos do Direito Positivo".

O ensino é necessário considerando que cada norma pode sofrer diferentes interpretações dependendo do intérprete e da argumentação apresentada por ele. No que tange essa interpretação da norma, o autor Robert Alexy desenvolve regras de argumentação, racional e pratica, dentro da Teoria da Argumentação Jurídica. E dentro dessas formas e discursos jurídicos, elenca regras e esquemas lógicos, tecendo esclarecimentos, em relação as regras de argumentação dogmática:

> [...] Todo enunciado dogmático, se é posto em duvida, deve ser fundamentado, mediante o emprego, pelo menos, de um argumento pratico do tipo geral; todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo, e se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados[35].

Janeiro. 2014. P.02-04.

[34]ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro. 2014. p.271.

[35]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva. Rio de Janeiro. Forense, 3ª edição, 2011, p.292.

Adiante, Alexy[36] conclui sua obra com as seguintes observações:

> [...] A explicação do conceito de argumentação jurídica racional nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas, que devem ser adotadas pela argumentação a fim de satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado "correto". As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso critério de correção para as decisões jurídicas.
>
> Finalmente, não se deve subestimar a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal. Como ideal vai além do âmbito da Ciência do Direito. Os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos, o pressupõe uma ordem social racional e justa".

Em essência, as decisões jurídicas partem de uma fundamentação ou justificação interna que diz respeito à construção do silogismo. Em geral, o silogismo não é o simples, tendo em vista a necessidade de articular diversas proposições, a título de premissas. Isto reconhece Alexy[37] sem maiores dificuldades quando assevera:

> [...] O esquema de fundamentação é insuficiente em casos complicados, que se apresentam, por exemplo: quando uma norma [...] contém diversas propriedades alternativas do fato hipotético, quando sua aplicação exige um complemento por meio de normas jurídicas explicativas, limitativas ou extensivas, quando são possíveis diversas consequências jurídicas, ou quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações.

Essa fundamentação é insuficiente, pois como explica Neil MacCormick[38], essa fundamentação da decisão deve também possuir um critério que determinaria a própria racionalidade do direito, tendo em vista que ele não ocorre a partir de nada, mas sim de outras decisões e estudos anteriores.

> [...] Em uma discussão jurídica, ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado.

Todavia, como pode ser observado por Alexy e por Mac Cormick, nem sempre apenas a fundamentação é suficiente a solução e prolação da decisão. Nessa análise para aplicação da norma ao caso, em especial aos de difícil solução, poderá ser utilizado a técnica da ponderação,

---

[36]ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** . 2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 284-286.

[37]ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. São Paulo: Forense, 2011. p.221.

[38]MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado H Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. 1ª ed. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008.p.31.

esse modo de julgar de acordo com ilustração de Luís Roberto Barroso[39]:

> [...] a subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

Segundo Eliane Dorico, a Teoria da Argumentação Jurídica, vai se utilizar desta técnica, para a solução dos casos difíceis, principalmente quanto houver choques de princípios fundamentais. Segundo a autora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos[40].

De maneira singela, é possível descrever a ponderação como um processo com três fases, adotando-se a lição de Luís Roberto Barroso[41], na primeira fase, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. No segundo momento, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

Por sua vez, a terceira fase que a ponderação irá singularizar-se na decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em, ressaltando que todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

A avaliação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito.

Embora os princípios e regras que são ponderados para decisão que estar por vir, tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido uma vez que torna real a ação que o legislador previu.

Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência na

---

[39] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358.

[40] DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos**. In: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13666&revista_ caderno=15>. Acesso em 28 novembro 2015.

[41] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358 – 359.

ordem pratica.

Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.

Por outro lado, explica Tárek Moysés Moussallem[42], que apesar do ordenamento jurídico permitir que as decisões fundamentadas "fujam" da norma escrita, não se pode admitir que tudo será aceito.

> [...] em todos os casos, a argumentação jurídica não pode seguir a regra do "tudo é permitido". Vale lembrar as sabias palavras de Fiodor Dostoievski em seu clássico "irmãos Karamazov": se Deus não existe tudo é permitido. Metaforicamente, traduzida para a ciência do Direito ter-se-ia: "Se a norma não existe, então tudo é permitido".

Desse ponto de vista tem-se que a teoria da argumentação não favorece o acobertamento da arbitrariedade judiciária, pelo contrário, a argumentação na definição e nos contextos apresentados por muitos teóricos ao longo do trabalho, demonstram que os argumentos são indispensáveis na identificação de atitudes que venham ferir a imparcialidade judiciária, que impede a manutenção da consistência do sistema jurídico linear.

Segundo Klaus Günther[43]., em sua obra Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, diz que:

> [...] a aplicação de normas deve ser institucionalizada em procedimentos que possibilitem a consideração de todos os sinais característicos de uma situação. Só assim será possível resolver os paradoxos aparentes do Direito Positivo e compatibilizar a sua potencial alteração aleatória com a exigência de reconhecimento geral de sua validade, além de conciliar a seletividade de normas (como regras) com a ideia da aplicação imparcial

No entendimento de DimitriDimoulis, os juízes não podem ser guiados por suas preferências, devendo com isso sempre apresentar a justificativa de suas decisões[44]. Em outras palavras, finaliza Manuel Atienza[45]:

---

[42] MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Congresso do IBET VI. São Paulo: Noeses, 2009, p.981.

[43] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Claudio Molz – São Paulo – SP. Ed. Landy Editora. 2004. p. 393.

[44] DIMITRI, Dimoulis. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito:** definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes; interpretação e reamos do direito; sujeito do direito e fatos jurídicos; relações entre direito; justiça moral e política; direito e linguagem. 2. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

[45] ATIENZA, Manuel. **As razoes do direito: teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maia Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006. p.23

> [...] é possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão as premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isto não anula a necessidade de justificar a decisão tampouco converte essa tarefa em algo impossível.

Portanto, é fundamental que o juiz despido de seus pré-conceitos, faça o estudo do caso, e fundamente a decisão argumentando de forma coesa e expondo sua interpretação jurídica, diga se ocorreu ou não infração da norma ou a quem melhor assiste o direito naquele momento.

Por outro lado, sobre a atividade de análise de casos pelo juiz, Klaus Günther[46], diz que caberia ao magistrado analisar, "em cada caso isolado, todas as normas aplicáveis e as variantes de significado em um contexto coerente de justificação". Esse contexto, porém, segundo o autor, "não conseguiria sustentar-se a si próprio, mas avançaria até aqueles princípios morais que legitimam a ordem jurídica e a comunidade política no seu todo".

Portanto cabe ao operador do direito a utilização da linguagem correta e a argumentação sistêmica com base na norma e nos princípios jurídicos, expor critérios e argumentos suficientes a produção do direito e sua aplicação, facilitando a tomada de decisão pelos órgãos aplicadores da norma ao caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A argumentação é muito utilizada no dia-a-dia independente de profissão ou ocupação, existem inúmeras ocasiões, em que os argumentos são decisivos para determinadas escolhas, fazendo com que seja necessário utilizar a persuasão.

De maneira cotidiana, as pessoas travam discussões argumentativas dos mais variados assuntos, de maneira que acabam desenvolvendo suas possibilidades de interações.

Tendo em vista que a argumentação jurídica é de suma importância e se faz presente no cotidiano de todas as sociedades, ao longo do trabalho buscou-se destacar a importância da argumentação jurídica para o bom desenvolvimento do direito e para sua aplicação.

Pois, quando se fala no poder da argumentação no meio jurídico, torna-se indispensável que o jurista possua argumentos lógicos e convincentes, capazes de fundamentar uma decisão ou posicionamento, sob pena de aplicar equivocadamente a norma.

[46] GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Claudio Molz – São Paulo – SP. Ed. Landy Editora. 2004. p. 404.

Portanto, segundo os ensinamentos de Manuel Atienza e dos demais doutrinadores apresentados durante o desenvolver do presente estudo, foi possível observar que a argumentação jurídica é, pois a criação, classificação e exposição da ideia do interlocutor ao seu ouvinte, levando em consideração todas as premissas necessárias ao convencimento.

No caso do da utilização da argumentação jurídica nas decisões do judiciário, é de suma importância não apenas a sua utilização para fundamentação da decisão, de forma simples, mas seu papel é fundamental como instrumento de prevenção da arbitrariedade judicial muitas vezes presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, falta ainda aos operadores do direito, começando na academia e terminando no fórum, a ideia de que a interpretação pura da norma não é mais suficiente a aplicação do direito na sociedade "mutante" que existe. E desta forma, cabe a cada uma utilizar-se na argumentação e da boa retórica, agregado ao conhecimento empírico "criar" novas interpretações para o caso em analise, em especial considerando que a criação de normas não acompanha o desenvolvimento da sociedade.

Logo, deve os operadores do direito compreender que a decisão "justa" do caso não é responsabilidade única do julgador, mas está intrinsecamente ligada aos casos e argumentos apresentados por cada parte, não pode ser o juiz responsabilizado pela decisão que não considerou todas as variantes aplicáveis, se o próprio postulador do direito não as apresenta,

Por fim, assevera-se que cabe aos operadores do direito argumentar melhor, apresentar todas as variáveis e somente então exigir que a atividade jurisdicional do Estado, através de seus juízes conceda a decisão "justa" dotada de racionabilidade e proporcionalidade devidamente fundamentadas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Alex da Cruz. SILVA, Daniele Alves da.CAPUCI, Jussara Melo de Castro. TURRA, Cláudia de Campos Dias. **A Teoria Da Argumentação Jurídica Como Procedimento Do Desenvolvimento Da Prática Do Discurso**. Disponível em: <http://www.uniesp.edu.br/finan/pitagoras/downloads/numero3/a-teoria-da-argumentacao.pdf>. Acesso em: 27 Nov. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva, Rio de

Janeiro. Forense, 3ª edição, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012.

ARISTÓTELES. Retórica I, 1355, b 30-31

_____. **Tópicos. Livro V**. Apud. GRÁCIO, Rui Alexandre. Racionalidade Argumentativa.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000

_____. **As razoes do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maia Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. **As Razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro. 2014.

_____. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª edição- São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, M. F.; SEVERO, F. G.; ÉLE, K. **Teoria e prática da argumentação jurídica – lógica – retórica.** Curitiba: Juruá, 1999.

CORRÊA, Leda. Direito e Argumentação. In: **A nova Retórica**: Um novo olhar sobre a retórica clássica por ChaimPerelman. São Paulo: Manoele, 2008.

_____. **Direito e Argumentação**. São Paulo: Manoele, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane org. **Direito e Argumentação no Pensamento de Manoel Atienza.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIMITRI, Dimoulis. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes; interpretação e ramos do direito; sujeito do direito e fatos jurídicos; relações entre direito; justiça moral e política; direito e linguagem. 2. Ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DORICO, Eliane Aparecida. A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13666&revista_caderno=15>. Acesso em 28 novembro 2015.

FERREIRA. Adriano. **Sofistas.** Disponível em: <http://filosofiadodireito.info/fildireito/?p=62> Acesso em 20 novembro 2015.

GUIMARÃES, DeoclecianaTorrieri. **Dicionário Jurídico**. Rideel, 1998.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução Claudio Molz – São Paulo – SP. Ed. Landy Editora. 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.48.

LUHMANN. Niklas. **El derecho de lasociedad (tradução para o espanhol: Javier Torres Nafarrate).** Versão eletrônica utilizada no ano de 2012 pela profa. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ, janeiro de 2003. Disponível em:<http://archivosociologico.files.wordpress.com/2010/07/el-derecho-de-la-sociedad-niklas-luhmann.pdf.> Acesso em 27 Novembro 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. (Tradução de Conrado H Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). 1ª ed. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008.

MEYER, M. As bases da retórica. In**: *Retórica e comunicação.*** Porto, Asa, 1994.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Congresso do IBET VI. São Paulo: Noeses, 2009.

PERELMAN, Chaïm. Argumentação. In: **Enciclopédia Einaudi**. vol. 11. Imprensa nacional – casa da moeda, Lisboa, 1987.

_____. **Ética e Direito**. tradução Maria Ermantina. Galvão G. Pereira. - São Paulo : Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0521-8.

PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação jurídica**. São Paulo: LTr 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Adriano Gonçalves Aguirre[1]

Sabrina da Silva[2]

INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa é o estudo da Argumentação Jurídica, consoante a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, a qual se refere ao Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor a partir de março de 2016. Nessa perspectiva, será abordada, a teoria da Argumentação Jurídica com base na doutrina de Manuel Atienza. Após, serão analisadas questões basilares do Estado Democrático de Direito que circundam o dever de motivação das decisões judiciais. Superadas essas premissas, a pesquisa dedicar-se-á a examinar as evoluções trazidas pelo artigo 489 do vindouro diploma processual civil concernentes aos aspectos argumentativos dos pronunciamentos judiciais.

A importância do tema Argumentação Jurídica, conforme o Novo Código de Processo Civil reside em examinar as principais questões que circundam o pronunciamento judicial de natureza decisória, enaltecendo a intensificação do exercício argumentativo no cenário do Poder Judiciário, diante das diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Oportuno destacar que o problema da investigação será: O Novo Código de Processo Civil representa a intensificação da Argumentação Jurídica no âmbito das decisões judiciais?

Desta forma, a hipótese a ser examinada será: A Argumentação Jurídica desempenhará papel central no Novo Código de Processo Civil, porquanto são elencadas as premissas essenciais na elaboração da decisão judicial a fim de torná-la substancialmente fundamentada.

O artigo foi divido em três partes: a primeira denominada “Argumentação jurídica”, na qual se trabalhou o conceito de argumentação, bem como houve a análise da teoria da argumentação

[1] Oficial de Justiça e Avaliador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. É aluno do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Endereço Eletrônico: drian32@hotmail.com.

[2] Técnica Judiciária Auxiliar do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Atualmente exerce a função de Assessora de Gabinete na Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Itajaí-SC. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Vale do Itajaí (2015). É aluna do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Endereço Eletrônico: silvasabrina.direito@gmail.com.

jurídica de Manuel Atienza; a segunda, denominada de "Estado Democrático de Direito" em que se examinaram o princípio do acesso à justiça e, ainda, o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais, com fito de evidenciar as premissas constitucionais do desenvolvimento argumentativo; por fim, a última parte, denominada "Fundamentação sob a ótica do novo código de processo civil" dedicou-se a estudar objeto principal do presente artigo científico, realçando as proposições insculpidas no artigo 489 do Novo CPC, o qual retrata o dever da fundamentação argumentativa, nessa atmosfera, abordou-se acerca da nulidade das decisões genéricas.

O objetivo desta produção científica é compreender os aspectos evolutivos do Novo Código de Processo Civil, quanto à fundamentação das decisões, nesse sentido serão observados progressos relevantes, os quais se coadunam com o artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No tocante à metodologia[3] (método + técnicas), consigna-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo e no relato de resultados é empregada a base indutiva, enquanto que no tratamento dos dados foi operado o método cartesiano, ressaltando que a técnica de pesquisa bibliográfica forneceu o suporte para investigação.

1. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A Argumentação Jurídica é instrumento indispensável para o desenvolvimento do discurso decisório, porquanto retrata os aspectos fáticos e jurídicos da tutela jurisdicional. O presente tópico analisará as principais premissas doutrinárias pertinentes à argumentação, a qual será observada essencialmente no cenário do pronunciamento judicial de natureza decisória.

1.1. Conceito de Argumentação

Na acepção geral tem-se a ideia de argumentação - seja sob o aspecto social, político ou profissional - quando partimos em compreender uma execução de fato pela apresentação de suas razões, bem assim as suas confrontações, alcançadas pelo raciocínio lógico conduzindo a uma conclusão.

[3] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.p. 85-111.

Permite-se assim dizer do exposto supra, concomitantemente, com a vasta amplitude do direito, a imprescindibilidade da argumentação, também, como seu fio condutor para a sua prática.

ATIENZA[4] parte da premissa que a argumentação consiste na prática do direito, nessa perspectiva, expõe a necessidade do bom jurista em possuir a capacidade de construção argumentativa.

Precisamente, serão verificados as normas e os fatos, a saber, a conveniência em acatar os princípios fáticos vinculados a aplicação de acertadas normas, que na lógica inferi a indispensabilidade do raciocínio adequado para bem argumentar uma decisão no caso concreto.

Bem aduzem BARROSO e BARCELLOS[5] no tocante ao papel protagonista da interpretação constitucional no âmbito decisório, ante o acentuado grau de subjetividade proporcionado pelos princípios e conceitos indeterminados.

Cabe enfatizar, primeiramente, na questão de concretizar um direito prescrito em uma norma, antes de tudo, compreendê-lo para tornar fácil a interpretação do mesmo. Nesse ínterim, a técnica da argumentação em consolidar a compreensão e proporcionar a interpretação se faz vertente.

CAMARGO[6] aborda, sucintamente, sobre os vocábulos - compreender e interpretação - ladeadores da argumentação: “Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Buscar os valores subjacentes à lei, cuja aplicação foge da mera relação causa-efeito.” Completa: “Podemos definir interpretação como a ação mediadora que procura compreender aquilo que foi dito ou escrito por outrem. Como ação responsável e não aleatória [...].”[7]

Dentro desse enfoque o método da argumentação intenta analisar com minúcia o sentido atribuído pelo texto (da lei) a cada situação, resultando no consenso adequado. Com essa técnica da argumentação há subsídio a concepção da compreensão e desde que a mesma esteja apoiada a

[4] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Título original: Las razones del derecho: teorias de la argumentación jurídica. p. 01.

[5] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *In* LEITE, George Salomão (organizador). **Dos princípios constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003. p. 126.

[6] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

[7] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. p.20.

concretude dos fatos e juízo condizente.

Desse modo, a compreensão é consolidada pela interpretação e a argumentação estabelecendo as bases prováveis do pensamento, no que tange a um juízo de valor.

Nesse sentido, afirma CAMARGO[8]: "Cabe a quem argumenta conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições e sua história, as doutrinas reconhecidas, bem como as conseqüências sociais e econômicas desta ou daquela posição."

Doravante dizer nesse contexto a criação do Direito pelo Juiz na interpretação das normas jurídicas dispondo os seus significados de modo argumentativo, até então, quando adotados sob os aspectos valorativos, sejam político e/ou moral, desconhecidos pelo positivismo e consignado, sucintamente, por BARROSO[9]: "Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da Argumentação Jurídica".

A seguir, então, será explanada acerca de uma teoria do Direito cujo destaque é uma Argumentação Jurídica ampla e eficaz de Manuel Atienza, como base de interesse imprescindível e ressaltada, por CRUZ e ROESLER[10]:

> Ela postula, em oposição ao positivismo, a possibilidade de se realizar em análise racional da atividade valorativa humana, resgatando a herança aristotélica e combinando-a com novos elementos extraídos da lingüística, da filosofia da linguagem, da lógica, da ética e de outros campos de conhecimento.

As premissas gerais estudadas em relação à argumentação servirão de base para examinar a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Atienza.

1.2. Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza

O filósofo ATIENZA tem na Argumentação Jurídica (ou teoria da Argumentação Jurídica) a sua esfera de ação dominante apontando, criticamente, as diversas teorias contemporâneas e perfaz uma construção teórica a respeito daquela. Orienta-se consoante as concepções dos autores VIEHWEG, PERELMAN, TOULMIN, MACCORMICK e ALEXY para desenvolver a sua teoria da Argumentação Jurídica.

---

[8] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. p. 13.

[9] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363.

[10] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (organizadores). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p.15.

Em princípio ele indica como o estopim da origem da sua teoria da Argumentação Jurídica a ineficácia da lógica formal dedutiva que no seu ponto de vista não supri todos os seus aspectos, o que, inclusive ALEXY[11] declina a respeito:

> No campo da teoria da argumentação jurídica, existe hoje um consenso amplo sobre isto, que modelos simples são insuficientes. Eles podem aclarar aspectos, como teoria da argumentação jurídica eles não bastam. Essa tem a ver com um objeto muito complexo. A ele, ela somente pode satisfazer quando ela compreende a multiplicidade de seus aspectos.

Antes, porém, compete depreender da lógica formal dedutiva, não raro se argumenta em contextos jurídicos, a saber, noutras searas de especificidades múltiplas, bem como no dia a dia do ser humano.

A análise visionária pelo autor da teoria sob a ótica do objeto, método e função em contraponto com os demais autores referidos foram constatadas pelo mesmo como defectíveis e ineficazes.

Não existe introspecção precisa do raciocínio jurídico, ou se há é manejada equivocadamente. A sugestão alternativa em extrair o direito do obsoleto, restrito e inócuo torna o liame necessário e medida cabível de Manuel Atienza.

Antes, vale destacar que a teoria da Argumentação Jurídica está concatenada a análise em contextos jurídicos distintos, com fundamento em lei(s), sustentando seu caráter jurídico não só argumentação lógica ou moral, seguindo nessa ordem: a) produção ou estabelecimento de normas jurídicas: realizadas nas fases pré-legislativas e legislativas, mais de cunho político e moral do que jurídico em relação à primeira e, após a fase propriamente dita, invertem-se aqueles elementos; b) aplicação de normas jurídicas: exercida pelos juízes, órgãos administrativos ou particulares, na resolução de ocorrências; e, por fim c) dogmática jurídica: abarca vários aspectos diversos, mais precisamente em dar suporte à aplicação do Direito.[12]

Importante ponderação de ATIENZA[13] na diferenciação que discorre entre os personagens da alínea b e c:

> A diferença que, não obstante, existe entre os dois processos de argumentação poderia ser assim sintetizada: enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver os casos concretos (p.ex., se se deve ou não alimentar à força os presos que estão em greve de fome para obter determinadas mudanças em

[11] ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: Estudos para a filosofia do direito. Tradução e Revisão de Luís Afonso Heck. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (sem título original no exemplar utilizado). p. 77.

[12] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 2-3.

[13] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 3-4.

> sua situação carcerária), o dogmático do Direito se ocupa de casos abstratos (p.ex., determinar quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual dos dois deve prevalecer quando há conflito entre eles). Contudo, parece claro que a distinção não pode sempre (ou talvez quase nunca) ser feita de forma muito taxativa.

Como é corrente, cumpre resguardar os argumentos jurídicos no tocante à aplicação de normas jurídicas estritamente por atividade exercida pelos juízes, pertinentes aos fatos ou ao Direito.

A questão problemática da Argumentação Jurídica, em pauta, se refere à interpretação do Direito, mais relacionada aos fatos e dispersa do âmbito das teorias usuais da Argumentação Jurídica.

O considerar a ineficácia da lógica dedutiva em argumentar causando insatisfação explicita por parte de ATIENZA[14] já que aquela não absorve critérios de correção material ou de conteúdo, apenas formal, prestante é o seu parecer:

> Em alguns casos a lógica aparece como um instrumento necessário, mas insuficiente, para o controle dos argumentos (um bom argumento deve sê-lo tanto do ponto de vista forma quanto do material). Em outros casos é possível que a lógica (lógica dedutiva) não permita nem sequer estabelecer requisitos necessários com relação ao que deve ser um bom argumento; como veremos, um argumento não lógico – no sentido de não dedutivo – pode ser, contudo, um bom argumento.

Outra premissa vinculante da Argumentação Jurídica (ou da teoria da Argumentação Jurídica) é a lógica jurídica:

> Por um lado, se pode dizer que a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica porque, como vimos anteriormente os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não e a da lógica: por exemplo, da perspectiva psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal, às vezes chamada de "lógica material" ou "lógica informal", e outras vezes de "tópica", "retórica", "dialética" etc.[15]

Ademais, cumpre esclarecer que a lógica jurídica é a lógica do Direito, abrangendo as normas e o ordenamento jurídico sob o prisma analítico de que foram consolidados e pela lógica dos juristas, juristas teóricos ou práticos envolvidos em compreender e tecer raciocínios e argumentações.

Visto isso, em contrapartida se evidencia: "Por outro lado, a lógica jurídica vai além da Argumentação Jurídica no sentido de que tem um objeto de estudo mais amplo."[16]

---

[14] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 17.

[15] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** Teoria da argumentação jurídica. p. 33.

[16] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** Teoria da argumentação jurídica. p. 34.

Contundente, desde o início em esclarecer o seu propósito, propagar o vão da teoria padrão da Argumentação Jurídica e faz menção, primeiramente, ao objeto.

Ao objeto abrange a diversidade de contextos da vida jurídica associada à argumentação sobre fatos que na teoria padrão desempenha seu argumento em questões do tipo normativo desconsiderando aqueles que podem ser cruciais numa decisão. Vale lembrar que o argumento do juiz no momento de aplicar o Direito depende da racionalidade da legislação (produção de normas jurídicas).

Ainda, a incidência do Direito não compete somente em aplicar normas jurídicas, sem desconsiderar sua relevância, mas considerar outro requisito para construir a teoria da Argumentação Jurídica o efeito dos procedimentos – jurídicos – de resolução dos conflitos, por mediação ou negociação.

Considerável sentido em destacar a teoria da Argumentação Jurídica não somente sob o aspecto prescritivo, mas descritivo, ou seja, justificar de forma fundamentada o fato em si para a tomada de decisão.

O procedimento que os juristas fundamentam, de fato, as decisões, vale-se pela lógica formal dedutiva, método usual pela teoria padrão da Argumentação Jurídica. No entendimento de Atienza é totalmente disperso por não ser um procedimento claro e direto, já que exige identificar o problema e solucioná-lo com pertinência, interpretação, averiguação de prova, qualificação dos conteúdos, com hipóteses consistentes e, por fim, justificando-as.Evoca que os argumentos são enunciados e os elementos analogia e redução ao absurdo são estratégias ou formas de argumentação úteis em maior ou menor grau.[17]

Mais concludente do que o método de representação dos argumentos é consolidar os critérios de correção nos processos de argumentação, concentrados pela racionalidade prática e insuficientes na concepção de Atienza. Os critérios usuais são os mínimos nas decisões ou formas de argumentação que desconsidera o irracional, absolutamente o óbvio. Expandir a racionalidade prática em se tratando de casos difíceis englobando as teorias da equidade, da discricionalidade ou da razoabilidade, além de absorver conteúdos de natureza política e moral é o indicado.[18]

Expor a finalidade de uma teoria da Argumentação Jurídica se destaca, primeiramente, o

[17] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** Teoria da argumentação jurídica. p. 359-266.

[18] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 268-269.

caráter teórico ou cognoscitivo: colaborar no crescimento interdisciplinar, inclusive fora do âmbito jurídico, em suma, alcançar o âmago desse fenômeno jurídico no exercício de argumentar:

> Está igualmente claro que uma teoria desenvolvida da argumentação jurídica não pode ser construída ignorando-se os estudos sobre a argumentação que se realizam em outros campos que não o Direito, como a lógica, a filosofia, a linguística, a psicologia coginitiva etc., mas, nesse caso, as relações não teriam de ser unidirecionais: os estudos hoje existentes sobre a argumentação jurídica mereceriam ser mais conhecidos do que o são fora da cultura jurídica.[19]

Em seguida, com rigor, a prática ou técnica da Argumentação Jurídica tem como escopo conveniente na produção, interpretação e aplicação do Direito por intermédio dos métodos e critérios de correção supramencionados, sem olvidar da praticidade funcional que deve ser os sistemas jurídicos.

Bem frisado a função política e moral da Argumentação Jurídica, em virtude ao tipo de ideologia jurídica sempre inserida na argumentação de cada caso, divergindo do que MACCORMICK e ALEXY asseveram que, apenas, o que está positivado deve ser interpretado e aplicado:

> Embora ambos difiram de Dworkin – o afastamento, de qualquer modo, parece ser maior no caso de MacCormick do que no de Alexy – na medida em que não aceitam a tese de que, para todo caso jurídico, há *uma única* resposta correta, eles continuam considerando – como Dworkin – que o Direito positivo sempre proporciona pelo menos *uma* resposta correta.[20]

A crítica delineada condiz em ser mais realista quando o juiz se posicionar na sua decisão não atento a buscar solucionar um problema, somente, no arcabouço do sistema jurídico e consciente da sua convicção não estar sempre prescrita no Direito positivo.

ATIENZA[21] lança um projeto precursor da teoria totalmente aperfeiçoada e ponderável da Argumentação Jurídica ao passo da realização de um desiderato iminente e, em aliança, com a ideia de Alexy alude o seguinte:

> A ideia de Alexy de que o Direito deve ser visto, por um lado, como um sistema de normas (é a perspectiva da teoria padrão – estrutural – do Direito) e, por outro, como um sistema de procedimentos (essa seria a perspectiva assumida pela teoria da argumentação jurídica) me parece essencialmente certa.

A teoria padrão da Argumentação Jurídica enfatiza o Direito como um fenômeno estatal desconsiderando a juridicidade extra-estatal designado pelo pluralismo jurídico. Hodiernamente, a

[19] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 270.

[20] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 272.

[21] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teoria da argumentação jurídica. p. 270.

democracia participativa em que há um debate entre os cidadãos e o Poder Público, de forma racional e argumentativa, está presente nesse processo do Estado Democrático de Direito. Sabatinado por mestres da CPCJ/UNIVALI Atienza encerra uma das indagações de CRUZ[22] acerca: "Resumindo, a teoria da Argumentação Jurídica não deveria considerar o Direito como um fenômeno exclusivamente estatal."

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para compreensão da Argumentação Jurídica é primordial que sejam examinados aspectos constitucionais concernentes ao Estado Democrático de Direito caracterizado pela supremacia do texto constitucional.

2.1. Princípio do Acesso à Justiça

Insuficiente seria como corolário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apenas, o ordenamento jurídico formulado com seus princípios de Justiça e o aparato organizacional e estrutural do Judiciário. Imperioso se faz para impelir em juízo por meio de mecanismos de acesso, sejam individuais ou coletivos, preventivos ou solucionáveis quando conflitantes.

Nessa perspectiva, todos têm acesso à Justiça visando proteção jurisdicional de um direito pela égide desse princípio constitucional, entrementes, levar-se-á em conta a adequação e a interpretação das normas consoante a Constituição, base para decisões bem argumentadas.

Aduz, nesse sentido, NERY JÚNIOR[23]:

> Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

[22] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (organizadores). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. p. 135.

[23] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 11 ed. revista, atualizada e ampliada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 187.

Pela exitosa gradação da sociedade em exercer sua cidadania frente ao acesso à Justiça, obstáculos são inviáveis persistirem, portanto a priori, ofensivo aceitá-los diante da sua explícita inconstitucionalidade. Cabe um crivo nos meios formais de acesso à Justiça, em razão demonstrada por suas limitações, deficiências ou inabilidades de seus instrumentos.

Interessante trazer a observação do filósofo CUNHA[24]:

> O primeiro passo no acesso à justiça é a proteção social contra a injustiça, a promoção à condição de sujeito de direitos. Isso depende não somente das definições dos códigos, mas principalmente de como o cidadão é tratado na escola, no transporte público, num hospital, num guichê de repartição pública, ou ao tentar registrar uma ocorrência na delegacia de polícia.

A possibilidade dessa garantia – acesso à justiça – não pode ser estrita a mero procedimento formal no sentido de suscitar os atos do Estado-Juiz. A propósito, o simples fato de buscar proteção por ameaça ou lesão de um direito não é suficiente, assim, a respeito desse assunto destaca CÂMARA[25]:

> Essa garantia meramente formal seria totalmente ineficaz, sendo certo que obstáculos econômicos (principalmente), sociais e de outras naturezas impediriam que todas as alegações de lesão ou ameaça a direitos pudessem chegar ao Judiciário. A garantia do acesso à justiça (ou, como prefiro, do acesso à ordem jurídica justa) deve ser uma garantia substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário.

Diante desse contexto, cabe mencionar abordagens sustentáveis ao pleno acesso à justiça: assistência jurídica integral e gratuita devido a onerosidade processual; a proteção dos direitos difusos e coletivos como diferencial dos direitos individuais tão exaltados no século passado pelo liberalismo, inclusive quando se vislumbra novos direitos impressos na constituição; e o Judiciário mais perceptível na sua função, evitando-se o hermetismo pelo excesso de formalismo priorizando o conteúdo e a não capacidade da sua argumentação.

Percebível essa última problemática e possível superá-la, desobstruindo o seu acesso por argumentações mais precisas a não submeter ao exaurimento e cepticismo dos jurisdicionados. Atribui-se a isso como dever jurídico do Estado (Estado-Juiz) e vem certamente, por CÂMARA[26], assinalado:

---

[24] CUNHA, Sérgio Sérvulo da.**Fundamentos de direito constitucional**: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 187.

[25] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013, Volume 1. p. 44.

[26] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. p. 57

> Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito que todos têm de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada.

A diversidade de aspectos garantidores dos jurisdicionados em obterem resultados fazendo jus ao que é adequado e justo pelo menos e, em tese, o pretendido, põe a salvo nesse sentido a importância do papel do Estado-Juiz – executado pelos magistrados – no exercício da jurisdição a possibilidade em analisar pretensões para bem decidir.

Nesse cenário DINAMARCO[27] explana:

> Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica.

Durante uma visita no ano de 2004, Atienza em entrevista com os Professores do CPCJ/UNIVALI asseverou diante de muitos interregnos, o qual bem retrata sobre esse tema com provável solução, em sua resposta:

> Pode-se compreender, a partir disso, que cada vez mais exista uma maior pressão para que os juízes motivem, devidamente, as suas decisões, o que tem uma extraordinária importância, não só do ponto de vista estritamente jurídico (para o bom funcionamento de um sistema de recursos), senão também, em um plano político.[28]

O acesso à Justiça propiciou a não estagnação da atividade jurisdicional incutindo na consciência dos processualistas a abertura do Judiciário com instrumentos modernos e democráticos concedidos pelo Estado Contemporâneo. Ademais, traz à tona com esse novo ideal mais exigente para o mundo jurídico uma argumentação eficaz na sua linguagem, racionalidade e convencimento, enfim, elementos não completamente estampados nos enunciados normativos.

2.2 Princípio Constitucional da Fundamentação das Decisões Judiciais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou o princípio da fundamentação das decisões judiciais no seu artigo 93, IX. Consoante mencionado dispositivo

[27] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, Volume 1. p. 54.

[28] CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (organizadores). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. p. 13.

constitucional, cabe ao Estado-Juiz externar os motivos que delinearam o posicionamento judicial. Tem-se que a motivação das decisões judiciais é pressuposto de validade e eficácia, desta feita, a ausência de fundamentação corresponde a um vício grave do ato decisório.

Salutar examinar os dizeres de NERY JÚNIOR[29] no tocante ao significado do termo fundamentar:

> Fundamentar significa o magistrado dar razões, de fato e de direito, que o convencerem a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões posas a seu julgamento, exteriorizando, a base fundamental de sua decisão. Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação.

Os argumentos despendidos na decisão emanada pelo Poder Judiciário são essenciais para o discernimento do pronunciamento judicial, nos termos do caso analisado. Nesse aspecto, importante consignar que os atos decisórios desprovidos de justificativas contextualizadas não se coadunam com princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito, tais como os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório.

A necessidade de fundamentação das manifestações judiciais decisórias deve ser lida sob a ótica das feições democráticas, porquanto a Sociedade destinatária precípua dos pronunciamentos emanados do Poder Judiciário deve ter ciência dos contornos fáticos e jurídicos, a fim de que tenha parâmetros claros para aferir a adequação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, MOREIRA[30] leciona que:

> A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como "privilégio"' dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de duvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade de motivação obrigatória e pública.
>
> O controle extraprocessual deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições.

[29] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. p. 175-176.

[30] MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva. p. 90.

A motivação dos atos decisórios transcende ao interesse dos litigantes, uma vez que o Estado Democrático de Direito abarca a Sociedade como um todo, desta feita, a atividade jurisdicional deve ter como alicerce a clareza das razões instigadoras da deliberação, para que os cidadãos possam fiscalizar o cumprimento dos ditames constitucionais, assim como imperiosa a necessidade de proporcionar a parte parâmetros para exercer prerrogativas pertinentes ao duplo grau de jurisdição.

Oportuno destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal[31] sobre a temática:

> Recurso extraordinário. Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. 1. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, 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. 2. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. 3. A lavratura do acórdão dá conseqüência à garantia constitucional da motivação dos julgados 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

O julgado acima proferido pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ratifica a imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais para efetivação dos elementos sustentadores do Estado de Democrático de Direito.

Acerca da temática extrai-se da obra de DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA[32] contribuição para elucidação da temática:

> Como já se disse, a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo "presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada", ou simplesmente "defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos", ou ainda "indefiro o pedido, por falta de amparo legal".
>
> Essas decisões não atendem à exigência da motivação: trata-se de tautologias que, exatamente por isso, não servem como fundamentação. O magistrado tem necessariamente que dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também, como já se viu, por que as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram).

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 540995 RJ**. Relator: DIREITO, Menezes. Publicado no DJe-078 em 02 mai 2008. Disponível em: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754304/recurso-extraordinario-re-540995-rj. Acesso em: 08 set 2015.

[32] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 2. p. 330.

A garantia constitucional insculpida no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é substancial e não se limita à formalidade, percebe-se que tal exigência tem papel ímpar no controle das decisões judiciais e principalmente essencial para o exercício pleno do direito de defesa, o que consolidada o papel democrático do Poder Judiciário.

A fundamentação das decisões judiciais é uma das facetas mais importantes para legitimar os pronunciamentos do Poder Judiciário, o qual deve atuar de acordo com os princípios constitucionais. Nessa perspectiva, relevante destacar os dizeres de VIDAL CUNHA[33]:

> O Poder Judiciário detém relevante parcela do poder republicano, o poder de aplicar ao caso concreto as normas jurídicas, o poder de concretizar os direitos fundamentais, ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que tem a sua legitimação na eleição ela maioria, o poder judiciário se legitima na qualidade da fundamentação de suas decisões e da sua adequação à Constituição.
>
> A legitimidade do Poder Judiciário, não decorre da maioria, a sua credibilidade não está em seguir os padrões majoritários, o que garante a credibilidade da jurisdição é a aplicação severa e intransigente da Constituição.

Compreende-se que a fundamentação do provimento judicial é essencial para legitimar a atuação do Poder Judiciário, nesses termos, a construção das decisões precisa se pautar pelos ditames de transparência argumentativa.

Na dimensão do Estado Democrático de Direito, DIAS[34] leciona que:

> 1ª) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal);
>
> 2ª) tolhimento da interferência de ideologias, de subjetivismos e de convicções pessoais do agente público julgador no ato estatal de julgar;
>
> 3ª) verificação da racionalidade, ao apreciar os argumentos em contraditório e ao resolver analiticamente as questões discutidas no processo, a fim de afastar os erros de fato e de direito (erros judiciários) cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos aos litigantes;
>
> 4ª) possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros que maculam as decisões jurisdicionais.

Depreende-se da lição supra, as razões lógicas e jurídicas são inerentes ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, o que demonstra cabalmente o seu aspecto consolidador

[33] CUNHA, Rogério de Vidal. O Dever de Fundamentação no NCPC: Há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. *in* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Galiano Pinto (Organizadores). **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**: Análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 284.

[34] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 575.

das diretrizes democráticas da jurisdição constitucional.

3. FUNDAMENTAÇÃO SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) representa uma importante evolução no cenário da fundamentação dos pronunciamentos decisórios, em especial seu artigo 489, o qual se coaduna com o ambicionado modelo processual democrático.

3.1. Artigo 489 do Novo Código de Processo Civil

O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil[35] consiste na materialização dos aspectos democráticos insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Relevante observar sua redação antes de imergir nas principais inovações expressas no mencionado dispositivo.

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
>
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
>
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
>
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[35] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 out 2015.

> § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
>
> § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O dispositivo destacado trata dos elementos essenciais que devem ser observados na elaboração da sentença, assim como expressa exigências para que sejam consideradas fundamentadas quaisquer decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

O atual Código de Processo Civil no seu artigo 458 limitou-se sua redação aos requisitos necessários concernentes à sentença, *in verbis*:

> 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 Ihe submeterem.

Em uma análise comparativa, percebe-se que a evolução trazida pela Lei n. 13.105, de 2015 foi significativa no tocante aos pontos norteadores da construção do ato do juiz decisório. Atenta-se que ocorreu a substituição do termo "requisitos" pela expressão "elementos".

Ressaltem-se as palavras de MOREIRA[36] a respeito do artigo 458 do vigente CPC:

> O artigo não foi redigido com técnica muito louvável, a começar pelo uso do vocábulo "requisitos". Os requisitos são expressos mediante adjetivos, são qualidades, atributos. Na verdade, o artigo trata de elementos, partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os fundamentos ou motivação e conclusão do dispositivo.

O legislador preocupou-se com questões nucleares em torno do provimento judicial decisório, enaltecendo a necessidade de regulamentar os ditames democráticos na dimensão do diploma processual cível.

FACCINI NETO[37] discorre sobre a fundamentação no contexto da democracia:

> Trata-se, em última análise, de uma defesa da democracia, porquanto não há sentido em que, num regime democrático, decidam-se casos discricionariamente. Para tanto, como se assentou, carece-se da superação do esquema sujeito-objeto, que conduz inexoravelmente ao solipsismo dos juízes, bem como se há de afastar a conjectura infundada de que o Direito reside na mera subsunção de fatos e

[36] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Revista da Emerj**. Imprenta. 1998. v. 2. n. 8. 1999. p. 42-53.

[37] FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 89.

> regras – como se somente delas o Direito se compusesse –, com potenciais zonas de penumbra devolvidas à discricionariedade criativa judicial.

Nessa linha de raciocínio observada no âmbito do artigo 489 do Novo Código Processo Civil, denota-se a imprescindibilidade de contextualizar os aspectos fáticos delineados no processo com os fundamentos jurídicos, a fim de tornar cristalino o entendimento construído pelo magistrado.

O § 1º do artigo 489 do Novo Código Processo Civil é um dos dispositivos mais debatidos no atual cenário jurídico, tendo em vista que apresenta rol de situações em que não serão consideradas fundamentadas as decisões. Manifestações advindas de alguns magistrados foram desfavoráveis à inserção da referida regra processual, sob o argumento de que tornaria ainda mais morosa a tutela jurisdicional.

Pertinente à relação entre fato e norma na fundamentação da decisão judicial CARDOZO OLIVEIRA e KFOURI NETO[38] argumentam:

> Segundo a regra do I do § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que se limitar à indicação, à reprodução o à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. A norma deve ser conjugada com o § 2º do mesmo art. 489 que afirma que no caso de colisão de normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais de ponderação efetuada enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão; também deve haver conjugação com a regra do § 3º do art. 489 que diz que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.
>
> Como se observa, o novo Código de Processo Civil buscou temperar o modelo normativo de fundamentação da sentença, de dizer o que não deve constituir uma decisão fundamentada, com uma regra relativa à aplicação do princípio de colisão, que reforça a premissa analítica de fundamentação, e outra regra de interpretação teleológica da decisão judicial atrelada ao princípio da boa-fé.

A regra em análise retrata a inevitável contextualização dos fatos narrados com as normas jurídicas, compreendidas como regras e princípios, as quais ensejam a criação do Direito pelo juiz.

O inciso II do § 1º do artigo 489 da nova Lei Adjetiva, evidencia a problemática dos conceitos jurídicos indeterminados, em que exige uma interpretação mais sistemática. Desta maneira, será preciso expor, nessa conjuntura de regras vagas, os motivos responsáveis para sua aplicação, sob pena de ser considerada em descompasso com o dever de fundamentação.

[38] OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do §1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. *In* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Galiano Pinto (Organizadores). **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**: Análises em torno do artigo 489. p. 221.

DIDIER JR., OLIVEIRA, e BRAGA[39] expressão:

> Nessa tarefa de aplicar o ordenamento, averiguando se, efetivamente, houve subsunção do fato à norma, não raras vezes o magistrado se depara com dispositivos que trazem expressões vagas, de conteúdo semântico aberto. Falamos dos textos normativos que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim, entendidos aqueles compostos por termos vagos, de acepção aberta, que, por isso mesmo, exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido.

A exigência exposta no artigo 489, § 1º, II, do Novo Código de Processo Civil não admite a falta de fundamentação em decorrência de conceitos vagos normativos. Desta forma, mesmo diante de definições indeterminadas identificada nos textos normativos, será preciso transparecer aos jurisdicionados a construção de raciocínio jurídico, com fito de justificar sua aplicação ao caso.

Os demais incisos do § 1º do artigo 489 elencam outras hipóteses que também ensejam a ausência de fundamentação, nessa atmosfera, demonstra-se que o Novo Código de Processo Civil representa a evolução do raciocínio argumentativo despendidos nas decisões.

Nota-se que as disposições acerca da fundamentação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 são premissas que efetivam o princípio do dever de fundamentar insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

3.2. Nulidade das Decisões Genéricas

As decisões genéricas caracterizadas pela ausência de fundamentação concreta têm como consequência a nulidade do ato decisório. A motivação segundo os ditames constitucionais é uma garantia inafastável do Estado Democrático de Direito.

O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil ao prescrever as situações em que haverá ausência de fundamentação efetiva, pretende inibir a forma inapropriada de decisão proferida genericamente, ou seja, sem analisar os argumentos deduzidos pelas partes.

A decisão genérica não pode ser considerada um ato decisório, uma vez que não há argumentação a respeito das particularidades arguidas no caso concreto.

[39] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, v. 2. p. 330.

ATIENZA[40] enaltece a relação entre decisão e argumentação:

> En el Derecho – cabría decir – hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando proceden de órganos públicos) puedan presentar-se de manera desnuda, desprovistas de razones. De manera que, si esto es así, bien podría decirse que la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad.

O Novo Código de Processo Civil que terá vigência a partir de março de 2016 enfrentou a celeuma das decisões genéricas no inciso III do 1º do artigo 489, o qual estabelece como falta de fundamentação o provimento judicial decisório que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

O pronunciamento decisório, que tenha por base argumentos genéricos alheios as peculiaridades do caso em concreto, não é condizente com o artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, logo, a nova Lei Adjetiva pontuou essa exigência de maneira clara, a fim de estabelecer diretrizes processuais civis, nos termos dos princípios constitucionais que garantam a efetivação de princípios basilares, tais como, os pertinentes à ampla defesa e o contraditório.

PASSOS[41] assevera que:

> Se a fundamentação é que permite acompanhar e controlar a fidelidade do julgador tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico, sua ausência equivale à prática de um ilícito e sua insuficiência ou inadequação causa de invalidade. E desta exigência não pode fugir nem mesmo os que se tornam "a voz da Constituição", que, incapacitada de comunicar-se diretamente, está condenada a ser mero boneco de ventríloquo [...] Mas este seu poder está submetido, para sua legitimidade, à exigência de uma precisa, clara e suficiente fundamentação, sem distorção ou distanciamento da prova dos autos, que somente é prova quando submetida ao crivo do contraditório.

Extrai-se do excerto acima que a fundamentação das decisões é elemento indispensável de validade e eficácia de uma decisão, assim, a decisão interlocutória, a sentença e os acórdãos devem ser claros e precisos quantos os motivos impulsionadores do convencimento.

Colhe-se da jurisprudência:

---

[40] ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. 3 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2012. p. 61-62.

[41] PASSOS, J.J. Calmon. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *In* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 121.

> INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ATIVIDADE ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DESRESPEITO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. 1. Trata-se de pedido de uniformização apresentado pelo INSS em face de acórdão que reconheceu como atividade especial o período de 15/06/1981 a 02/09/1996 laborado pelo autor como artífice de via permanente na malha ferroviária da Superintendência Regional Salvador- RFFSA, exposto de modo habitual e permanente ao agente físico calor de 29,74 IBUTG. 2. Inconformada, a autarquia interpôs embargos de declaração requerendo manifestação expressa da 2ª Turma Recursal da Bahia quanto ao enquadramento realizado, sustentando que esta "reformou a sentença de improcedência sem refutar a única razão exposta para a negativa do pleito da parte e decidiu a questão sem enquadrar o agente nocivo nos dispositivos legais pertinentes (Anexo II do Decreto 53.831/64)". Aduz que a legislação somente admite enquadramento do agente calor proveniente de fontes artificiais e no caso concreto ficou evidenciado que o calor provinha de fonte natural (trabalho exposto a céu aberto). Todavia, o acórdão recorrido, de forma genérica, não admitiu os embargos de declaração ao fundamento de que a irresignação do INSS se tratava de rediscussão de matéria já decidida no acórdão. 3. A concisão na exposição dos fundamentos, técnica apropriada ao modelo jurisdicional dos Juizados Especiais Federais, não se confunde com a ausência ou deficiência na fundamentação do julgado. Transtorna o devido processo legal o acórdão recorrido quando se apresenta como modelo inflexível, insensível às particularidades do caso concreto (TNU, PEDIDO 2004.81.10.018124-8, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, DJ 11/03/2010). 4. Verifica-se, pois, que a deficiência da motivação do acórdão recorrido frustra a aferição de efetiva divergência jurisprudencial em torno de questão de direito material. 5. Acórdão recorrido anulado de ofício, com retorno dos autos à Turma Recursal de origem para novo julgamento. Prejudicado o incidente de uniformização[42].

Destarte, a decisão proferida, de forma genérica, viola os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, o qual se alicerça sobre princípios constitucionais pertinentes ao devido processo legal. O vindouro diploma processual civil tem proposições relevantes no que se refere à necessidade indeclinável de motivação das decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou no âmbito da Argumentação Jurídica aspectos evolutivos insculpidos no Novo Código de Processo Civil que entrará em vigor a partir de março de 2016.

Observou-se que a argumentação é uma ferramenta indispensável para elaboração de decisão conforme os ditames basilares do Estado Democrático de Direito.

A Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza auxiliou para compreensão da

[42] BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federa: PEDILEF 00013424120114019330**. Relator: JUÍZA FEDERAL PALUMBO, Ana Beatriz Vieira da Luz. Publicado no DJ: 16 mai 2015. Disponível em: http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/161395089/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-13424120114019330. Acesso em: 28 out 2015.

relevância da fundamentação dos pronunciamentos judiciais de natureza decisória, de acordo com as premissas sustentadoras do Estado Democrático de Direito.

O vindouro diploma processual civil apresenta no seu artigo 489 exigências a fim de aferir a efetividade do princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa atmosfera, percebeu-se que o Novo Código de Processo Civil tem como desiderato efetivar as diretrizes constitucionais na dimensão processual, ressaltando a necessidade vital de desenvolvimento de uma argumentação clara e precisa, com fito de proporcionar aos jurisdicionados as garantias constitucionais. Desta feita, a hipótese invocada no início da pesquisa foi confirmada.

Pondera-se que a presente abordagem não vislumbra o esgotamento do tema, porquanto as controvérsias em torno do instituto jurídico em análise possuem nuances complexas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: Estudos para a filosofia do direito. Tradução e Revisão de Luís Afonso Heck. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. (sem título original no exemplar utilizado).

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Título original: Las razones del derecho: teorias de la argumentación jurídica.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho como argumentación**. 3 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *in* LEITE, George Salomão (organizador). **Dos princípios constitucionais:** Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 540995 RJ**. Relator: DIREITO, Menezes. Publicado no DJe-078 em 02 mai 2008. Disponível em: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754304/recurso-extraordinario-re-540995-rj. Acesso em: 08 set 2015.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal: PEDILEF 00013424120114019330**. Relator: JUÍZA FEDERAL PALUMBO, Ana Beatriz Vieira da Luz. Publicado no DJ: 16 mai 2015. Disponível em: http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/161395089/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-13424120114019330. Acesso em: 28 out 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013, Volume 1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (organizadores). **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Rogério de Vidal. O Dever de Fundamentação no NCPC: Há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. *in* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Galiano Pinto (Organizadores). **O Dever de Fundamentação no Novo CPC**: Análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de direito constitucional**: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, Volume 1.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. Revista da Emerj. Imprenta. 1998. v. 2. n. 8. 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal:** processo civil, penal e administrativo. 11 ed. revista, atualizada e ampliada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 187.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KFOURI NETO, Miguel. O alcance da fundamentação da decisão judicial na relação entre fatos e normas segundo o inciso I do §1.º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. *in* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Galiano Pinto (Organizadores). **O Dever de Fundamentação no Novo CPC:** Análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASSOS, J.J. Calmon. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *in* MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otavio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PÓS-POSITIVISMO E SUSTENTABILIDADE

Raul Denis Pickcius[1]

Sílvia Letícia Listoni[2]

INTRODUÇÃO

Logo após a derrocada, filosófica, do jusnaturalismo e, política, do positivismo jurídico, exsurge a teoria pós-positivista com a proposta de dar aos princípios jurídicos um caráter normativo. Pretendendo que se restabeleça a relação entre direito e ética, a teoria pós-positivista visa a um enlace entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais, além da inserção dos princípios no texto constitucional, possibilitando a participação do intérprete da lei no processo criativo da mesma no momento em que a aplica.

A inserção do direito ambiental, da ecologia e da sustentabilidade nos direitos fundamentais ainda é um longo desafio, sendo esta a problemática a ser enfrentada no presente artigo.

A possibilidade de serem utilizados os avanços do pós-positivismo na construção do pensamento sustentável é uma alternativa a ser considerada. A abordagem sobre a ética pode levar a uma maior preocupação com o meio ambiente. Da mesma forma, uma crescente participação dos defensores das causas ambientais na interpretação legal poderá favorecer a criação de leis que beneficiem a sustentabilidade. Cabe ainda indagar de que maneira a argumentação contribuirá no processo de adoção de um modo de vida sustentável.

Na tarefa de aplicar os princípios ao interpretar a legislação, desponta a necessidade de argumentar, sobretudo, quando existem dúvidas e questões mais complexas. A argumentação jurídica tem por escopo estruturar o raciocínio, permitindo que ele seja lógico e transparente.

Manejar a argumentação jurídica ou de fato, em favor do meio ambiente, constitui verdadeira missão a todos que já se aperceberam da relevância do tema. É o alerta que nos faz

[1] Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Advogado no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: rauldenisp@gmail.com

[2] Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Auditora Fiscal de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: leticialistoni@gmail.com

José Renato Nalini[3]:

> Os homens públicos têm uma vinculação ética, política e jurídica evidente com a busca do desenvolvimento sustentável. Além da responsabilidade moral, partilhada com qualquer cidadão, o governante, o parlamentar e o exercente de uma função estatal titulariza um dever político e jurídico na consecução do bem comum. Deixar de atuar, para ele, significa omissão inadmissível, podendo caracterizar improbidade, quando não crime de responsabilidade.
>
> Mas o constituinte, enfatize-se uma vez ainda, cometeu não apenas ao poder público, mas à sociedade, zelar pelo meio ambiente e preservá-lo para as futuras gerações. Esse dever transforma cada cidadão num responsável, encarregado pelo ordenamento de conservar o capital natural e a sadia qualidade de vida.

Utilizou-se o método indutivo[4] durante as fases de investigação, tratamento dos dados e redação do relatório final da pesquisa.

Conhecer os recursos disponíveis e saber argumentar favorece em muito o trabalho de quem ainda entende possível uma mudança de posturas que permitam tanto o progresso inevitável como a preservação da natureza.

1. O QUE É O PÓS-POSITIVISMO?

Percebe-se a partir da segunda metade do século XX uma crise no positivismo jurídico. Os impressionantes avanços das tecnologias de comunicação e informação permitiram ao ser humano progressos notáveis no seu modo de vida. Contudo, no campo do Direito, não foram possíveis mudanças tão significativas, levando o Poder Judiciário a ampliar sua atuação para compensar as decisões até então arraigadas aos textos legais.

Surge a necessidade de interpretar a lei, de aplicar a Justiça com maior amplitude, permitindo ultrapassar os limites da aridez da legislação. Uma constatação de Marmelstein[5] foi que "o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos".

Historicamente, após a Segunda Guerra e a derrocada do nazifascismo, o movimento pela constitucionalização ganha força e permite um novo olhar sobre a relação, antes distanciada, entre a lei e o cidadão. Eis que surgem mudanças no cenário jurídico que, aos poucos, se

[3] NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 189.

[4] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 92

[5] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

apresentam como algo diverso, tanto do jusnaturalismo como do juspositivismo.

Pode-se afirmar que se trata de uma nova era para o Direito, caracterizada também por sua aproximação com a Filosofia. Na concepção de Barroso[6]:

> O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

Para Eduardo Moreira[7], o pós-positivismo contraria o positivismo por não defender a "separação do direito com a moral e a política"; mas também não se alinha à corrente jusnaturalista por estar baseado "em propostas de incremento da racionalidade, como a festejada ponderação".

Uma feliz consequência deste retorno aos valores que o pós-positivismo vem proporcionar é a reaproximação entre o Direito e a Ética. Da fria aplicação da lei escrita, sem margens para o operador do Direito interpretar, passa-se a inserção dos princípios no tecido constitucional aumentando-lhes o *status*. Tanto os princípios como as regras passam a ser considerados normas jurídicas.

Surgiram dispositivos enaltecendo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais em várias constituições, outra característica do pós-positivismo.

Após a ocorrência de diversos governos autoritários e ditatoriais pelo mundo, o Direito constitucional aproximou-se da política procurando assegurar garantias mínimas aos cidadãos e fixando objetivos para os agentes públicos.

É ainda Barroso[8] quem comenta essa ponte construída pelo pós-positivismo para interligar Direito, moral e política:

> [...] uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando de sua elaboração.

---

[6] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto(org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 27-28.

[7] GARCIA, Maria . Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. In: BETTINI, Lucia Helena; CARNEIRO Jerson; MOREIRA, Eduardo (Org.). **Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Conceito, 2009, v. 1, p. 216.

[8] BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (org.). **Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381-382.

O pós-positivismo também chamado neoconstitucionalismo traz luz sobre as lacunas da Carta Magna, permitindo que a interpretação jurídica solucione os casos concretos e coteje a legislação ordinária com base no arcabouço constitucional. É fundamental este exercício visando conceber eficácia jurídica aos dispositivos da Constituição, como reação ao positivismo e, sobretudo, aos regimes totalitários que se utilizaram do formalismo legal para as barbáries perpetradas. Empolgando doutrinadores, advogados, promotores e magistrados, a interpretação conforme a Constituição avançou celeremente.

Constatou-se um incremento da força política do Poder Judiciário derivado do fato de que o intérprete passou a criar também a norma jurídica. No sistema positivista estavam bem definidos os papéis do legislador, responsável pela criação do direito; e do operador do direito, que interpreta a lei. No pós-positivismo tem-se o intérprete participando deste processo criativo inclusive podendo escolher entre as possibilidades que se lhe oferecem para a aplicação da lei, algo como dar sentido aos dispositivos. Desta forma o juiz atua na transformação da realidade.

Há que se mencionar ainda os valores, verdadeiros alicerces dos princípios. Estabelecida a relação entre o Direito e a moral, as constituições passaram a contar com um forte conteúdo axiológico que flui através dos diversos princípios constitucionais. Esta carga de valores é que permite a chamada interpretação moral da Constituição, como afirma Ronald Dworkin[9].

A evolução principiológica do Direito pode ser demonstrada em três fases bem caracterizadas. Na ótica de Paulo Bonavides[10]:

> A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.
>
> [...]
>
> A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária [...]
>
> A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Reconhecidos como ícones do pós-positivismo, Ronald Dworkin e Robert Alexy salientaram

[9] DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

[10] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 264-269.

a necessidade de distinguir regras e princípios.

Ana Paula de Barcellos[11] aponta critérios para estabelecer essa distinção, destacando que os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito. Afirma que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. Pontua, igualmente, que os princípios são mais abstratos que as regras, aplicando-se a um número indeterminado de situações. Assinala, ainda, que os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, enquanto as regras demandam apenas uma aplicação técnica. As regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por serem inválidas, não se admitindo gradações. Já os princípios admitem uma aplicação mais ou menos ampla. Existem limites jurídicos que podem restringir a completa aplicação de um princípio, como as regras ou outros princípios que se lhe opõem. Surge aí a necessidade de uma eventual ponderação entre os princípios.

O equilíbrio entre regras e princípios seria a melhor solução, contudo sua existência só seria observada no caso de um sistema jurídico ideal, "nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto".[12]

Ao abordar os padrões pós-positivistas, Souza Neto[13] define:

> Assim é que o paradigma pós-positivista, 1) no campo da teoria da norma constitucional, enfatiza, de forma mais ou menos homogênea, a) a presença dos princípios no ordenamento constitucional, e não só das regras jurídicas, b) a estrutura aberta e fragmentada da constituição; 2) no campo da teoria da decisão, investe na a) reinserção da razão prática na metodologia jurídica, rejeitando a perspectiva positivista de que somente a observação pode ser racional, b) propõe uma racionalidade dialógica, centrada não no sujeito, mas no processo argumentativo, que c) vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público; 3) no âmbito da teoria democrática propugna a) pelo caráter procedimental do processo democrático e b) pela possibilidade de limitação do princípio majoritário em nome da preservação da própria democracia.

A teoria pós-positivista permite uma utilização tão variada dos princípios, sobretudo na busca por soluções aos casos mais complexos que, segundo alguns autores, é necessário o cuidado para não abusar da prática uma vez que o Direito não é apenas principiológico.

---

[11] BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51-55.

12 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339-340.

[13] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002, p. 12-14.

Outro fato inerente ao pós-positivismo, resultado da ascensão dos princípios ao seio constitucional como normas fundamentais para a organização social, é o surgimento das chamadas colisões de princípios. Numa sociedade complexa, os múltiplos interesses tutelados pelos dispositivos constitucionais dos mais variados resultam nos entrechoques de tais normas. O próprio princípio democrático proporciona aos cidadãos a oportunidade de, ao elegerem seus representantes, outorgar-lhes o patrocínio de seus pleitos. Daí exsurge uma gama de classes com os direitos postos na legislação constitucional. Nem sempre tais direitos estão confortavelmente acomodados e harmônicos. Muitas vezes os conflitos refletem a necessidade de ponderação entre os princípios para a obtenção da justiça.

Havendo a colisão de princípios, um deles deve ceder. Mas existem casos em que é atribuído maior peso a um princípio, estabelecendo a precedência deste sobre outro. Isto ocorre a partir do poder de argumentação que o intérprete empregar na defesa de seu ponto de vista.

Raphael Marques[14] resume o pensamento de Alexy sobre a questão:

> Com efeito, para Alexy, embora a colisão de princípios se resolva mediante uma ponderação relacionada ao caso concreto, isso não quer dizer que a solução encontrada seja significativa só para esse caso. Ao contrário, tal solução irá estabelecer relações de prioridade que serão importantes para novos casos. Isso é importante para o que o autor alemão chama de Lei de Colisão. Dessa forma, as condições de prioridade estabelecidas ao longo do tempo proporcionam a informação sobre o peso relativo dos princípios, formando um sistema de condições de prioridade. Esse sistema, embora não tenha a capacidade de fornecer sempre a resposta correta para cada caso, vai instituir um sistema de prioridades *prima facie* que, ao estabelecer cargas de argumentação, cria certa ordem ou hierarquia no campo dos princípios. Por outro lado, isso não quer dizer que a prioridade *prima facie* de um princípio sobre outro acarrete uma determinação definitiva, pois toda colisão de princípios resolve-se mediante a ponderação.

2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

No momento em que se aplicam os princípios aos casos concretos, percebe-se a importância da argumentação no processo. Todos os campos do Direito estão sujeitos ao enfoque argumentativo. Observa-se que a dogmática jurídica se preocupa em construir bons argumentos gerais para serem aplicados pelos juristas. Contudo, o Direito não é apenas argumentação, mas esta exerce um papel fundamental na ciência jurídica (ressalvando que para alguns autores o

[14] MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Teoria dos Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: reconstruindo o debate entre Jürgen Habermas e Robert Alexy. In: NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (org.). **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. Brasília: Imprensa Nacional, 2013, p. 326.

Direito não é uma ciência, mas sim uma prática social que objetiva solucionar os problemas).

Historicamente surgiram algumas teorias relacionadas com a argumentação, isto possibilitou seu uso nas fundamentações utilizadas pelos magistrados em suas deliberações. Conforme assinala Barroso[15]:

> As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais.

Na corrente positivista a interpretação está condicionada aos textos da legislação, não havendo espaço para a valoração dos princípios e, consequentemente, para o uso da argumentação jurídica. Fato que não ocorre no pós-positivismo, pois, segundo esclarece Eduardo Moreira[16]:

> Com a ponderação, acontece o contrário: o porquê de uma premissa ser preferida à outra deve ser respondido pelos subprincípios da ponderação e pela teoria da argumentação jurídica. Vê-se que argumentação e ponderação são elementos que se completam, indissociados, com o primeiro servindo de baliza estruturante para a ponderação entre direitos fundamentais em conflito. Na verdade, o melhor enquadramento da ponderação é como critério argumentativo procedimental.

O jurista que pretende conhecer o Direito deve ser o sujeito capaz de argumentar, uma vez que apenas aprender o conteúdo do Direito positivo não é o suficiente, pois a legislação muda constantemente.

Atienza[17] retira da obra de Toulmin, Rieke e Janik (*An introduction to reasoning*) o conceito de argumentação como sendo a "atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões, criticando essas razões, refutando essas críticas etc."

A argumentação no Direito não se reduz apenas à argumentação no âmbito judicial. Pode-se exemplificar com a argumentação dos advogados nos procedimentos administrativos, em uma comissão de ética, durante um processo de conciliação ou negociação. Entretanto, um dos grandes problemas da argumentação jurídica é que quase não é utilizada a argumentação nos atos administrativos.

A razão pela qual existe a necessidade de argumentar no Direito é porque surgem as

[15] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340.

[16] MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008, p. 99.

[17] ATIENZA, Manuel. **As razões do direito - Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 102.

dúvidas e questões, sobretudo nos casos difíceis de serem solucionados. Deve-se ressaltar que, ao contrário das ciências exatas onde são feitas inferências precisas, na argumentação jurídica utilizam-se de meios próprios da língua para o convencimento do interlocutor.

Outro ponto a se destacar é a quem se dirige o discurso. Chaim Perelman trouxe a definição de auditório como sendo o conjunto daqueles sobre os quais o orador quer influir por meio de sua argumentação. Alexy[18] registra o pensamento de Perelman:

> A finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. Para consegui-lo, o orador deve adaptar seu discurso ao auditório. A mesma afirmação pode ser, para um auditório, um argumento a favor de uma tese do orador, e para outro auditório, uma tese contra. [...] O orador tem de adaptar seu discurso ao auditório, com independência das características deste. A argumentação é por isso uma função do auditório [...]

A distinção entre argumentação jurídica e argumentação prática geral, para Alexy, é um ponto fulcral da teoria do discurso jurídico. Citando as limitações existentes nas disputas jurídicas, afirma o autor[19]:

> A amplitude e os tipos de limitações são muito diferentes nas diversas formas. A mais livre é a discussão da Ciência do Direito. No processo se dão as maiores limitações. Aqui os papéis estão desigualmente distribuídos: a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária e o dever de veracidade é limitado. O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, talvez como regra, as partes não buscam exatamente a sentença correta ou justa, mas a que lhe é vantajosa. As outras formas podem situar-se, no que diz respeito à extensão das diferentes limitações, entre esses dois extremos.

Necessário refletir sobre a importância de recorrer à argumentação para analisar o próprio futuro da humanidade e do planeta Terra. A dinâmica da vida atual impede a maioria das pessoas de um esforço nesse sentido.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO À SUSTENTABILIDADE

Apesar do culto à geração de riqueza a qualquer custo, próprio do capitalismo dominante, é cada vez maior a certeza de que o mundo se aproxima de um ponto irreversível na degradação do meio ambiente. Lamentavelmente, a população pobre ignora os cuidados que deveria ter com a natureza, pois sua luta pela própria sobrevivência é incessante. Já os abastados estão muito

[18] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 159.

[19] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. p. 210.

ocupados com o culto exacerbado ao bem-estar. De acordo com Eriksson[20], "os ricos provocam um impacto maior na sociedade global; porém tanto o luxo quanto a pobreza são destrutivos para a comunidade global".

Contudo, é preciso fermentar a massa dos preocupados com as questões envolvendo a ecologia, alterações climáticas, desenvolvimento sustentável, etc. Para Krause[21], sustentabilidade "é um projeto de sociedade alicerçado na consciência crítica do que existe e um propósito estratégico como processo de construção do futuro. Vem daí a natureza revolucionária da sustentabilidade".

Com a instituição da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), através da Lei (federal) n. 6.938/1981, foi alçada à condição de princípio a "educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.", conforme dispõe o art. 2º, inciso X, da referida lei[22].

Felizmente a Constituição brasileira de 1988 também inseriu em seu bojo dispositivo que vem demonstrar a importância da natureza, além de salientar o compromisso do ser humano com a sua preservação:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.[23]

O inciso VI do § 1º deste mesmo artigo atribui ao Estado o dever da promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino, com a finalidade de conscientizar a população quanto à preservação do meio ambiente.

A argumentação constitui importante ferramenta para a disseminação de uma cultura da sustentabilidade. E isto precisa ocorrer desde a simples conversação entre duas pessoas, passando pela lição da professora aos alunos do ensino fundamental, pela discussão acadêmica, a abordagem nos grandes eventos, até os entendimentos que envolvam países e blocos com interesses comuns.

---

[20] ERIKSSON, Karl Erik. Ciência para o desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 97.

[21] KRAUSE, Gustavo. A natureza revolucionária da sustentabilidade. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 16.

[22] BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 6.938/1981**, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2015.

[23] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2015.

Para que a discussão da temática ocorra entre os indivíduos, é fundamental o preparo do interessado na disseminação do conhecimento pertinente à sustentabilidade. Essa conscientização brota da incansável busca pelo saber, pois conhecendo o mundo em que se habita, surge a percepção de que a cultura consumista está equivocada. É essencial que se aborde a existência de limitação dos recursos naturais, da frugalidade a ser assumida pelo ser humano e dos limites que a ecologia impõe ao progresso econômico.

O processo educacional mostra-se eficiente instrumento do desenvolvimento sustentável. É muito mais fácil semear entre as crianças a ideia do necessário freio ao consumo exagerado e de uma vida mais simples. Os adultos que, em sua ingenuidade, desmataram, poluíram e exterminaram, não modificam completamente seu modo de vida repentinamente, tornando a argumentação mais difícil neste patamar.

As discussões sobre o meio ambiente no meio científico e acadêmico tiveram início na década de 60. Na academia é cada vez maior a abordagem do tema, haja vista o ambiente propício às discussões sobre a influência do ser humano nas transformações que ocorrem no planeta. É neste meio que a ciência tem oportunidade de dar início às abordagens necessárias para o enfrentamento de problemas como o aumento da temperatura global, o derretimento das calotas polares, as intempéries cada vez maiores, os desmatamentos, dentre outros. Apesar de tudo isso, mesmo dentro da comunidade científica, não há unanimidade sobre diversos assuntos, como por exemplo em quantos graus a temperatura do planeta vai se elevar e o percentual da participação humana nas alterações climáticas, dando azo aos defensores do desenvolvimento econômico defenderem suas opiniões, não raras vezes, sem a isenção necessária.

Contudo, após a realização de inúmeros eventos objetivando debater o tema das alterações climáticas, considerável parcela da comunidade científica internacional, representada pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), reconheceu que as emissões decorrentes das atividades humanas resultaram no aumento da concentração de gases na atmosfera. Este fato vem provocando o fenômeno do aquecimento global – e consequentes mudanças climáticas. A partir do ano de 1750, quando começaram as medições, constatou-se que cresceram em 31% a concentração de CO2 (dióxido de carbono), 17% a de N20 (óxido nitroso) e 151% a de CH4 (metano).

Mais uma vez se nota a importância da argumentação neste vasto campo, uma vez que, mesmo com estes dados alarmantes, muitos não se convencem de uma tragédia anunciada. É

preciso demonstrar que a ética deve pesar nesse embate, pois o progresso desenfreado e sem ponderações levará à derrocada da humanidade. José Renato Nalini[24] vem alertar:

> É verdade que se obteve ciência, mas não sabedoria; tecnologia, mas não energia espiritual para controlar os riscos dessas conquistas; indústria, mas nenhuma ecologia; e democracia sem moral. Ninguém pode se posicionar contra o progresso. A sua busca, porém, não pode ser feita a qualquer custo.

Igualmente é fundamental que o Estado demonstre interesse pela defesa do meio ambiente, utilizando-se da argumentação nos diversos setores em que atue, seja legislando, na prevenção, quando exige que se faça um estudo de impacto ambiental, ou na fiscalização e controle, como o faz no licenciamento (licenças prévia, de instalação e de operação).

Quando é requerido o licenciamento ambiental para uma grande obra é importante a participação da comunidade nas audiências públicas, caso ocorram, onde os órgãos estatais apresentam documentos essenciais, como o estudo de impacto ambiental e o relatório de impacto ambiental.

É a oportunidade de serem realizados debates e formuladas propostas que permitam a realização da obra sem prejuízo da natureza, ou, no caso de serem constatados danos irremediáveis, que a argumentação seja suficiente para dissuadir as autoridades de levarem adiante projetos incompatíveis com a manutenção do meio ambiente.

Neste ponto deve ser lembrado o princípio da precaução, o qual exige do Estado que sejam tomadas providências que impeçam de pronto a ocorrência de atividades em potencial ou mesmo já lesivas ao meio ambiente. Mesmo na constatação do dano ambiental já ocorrido, os órgãos estatais também devem se utilizar do princípio da precaução, objetivando cessar aquele dano ou ao menos minimizar seus efeitos.

Com muita propriedade Cristiane Derani[25] aborda o tema:

> Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade [...]

[24] NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. p. 177.

[25] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

À medida em que o poder público verificou a necessidade de oferecer instrumentos para ampliar a colaboração na tarefa de fiscalizar possíveis danos ambientais, também foram crescendo as possibilidades de discussões entre os interessados na área.

Um exemplo é a Lei (federal) n. 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública (ACP) de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Deve-se destacar a pluralidade de autores especificados na lei, uma vez que a previsão é de que tais ações poderão ser propostas pelo Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 5º da referida lei[26]).

Outra norma que avançou neste aspecto de colaboração está relacionada com a Política Nacional de Recursos Hídricos. Instituída pela Lei (federal) n. 9.433/1997, definiu como um de seus fundamentos no inciso VI do artigo 1º, que "a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades"[27], favorecendo debates entre todos os envolvidos.

A argumentação jurídica deverá ser exercida à exaustão quando o seguinte dispositivo da Política Nacional de Mudanças Climáticas (PNMC), instituída pela Lei (federal) n. 12.187/2009[28], vier à tona:

> Art. 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

Se de um lado as empresas tentarão justificar as dificuldades enfrentadas, de outro a sociedade consciente da importância desta providência exigirá seu cumprimento.

---

[26] BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 7.347/1985**, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

[27] BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 9.433/1997**, de 8 de janeiro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

[28] BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 12.187/2009**, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

Finalmente, no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei (federal) n. 12.305/2010, destaca-se a argumentação jurídica num sentido conciliatório, de convencimento das partes, no intuito de favorecer a preservação do meio ambiente. Trata-se da disposição final adequada dos rejeitos. O artigo 33[29] da lei obriga a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor final, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de agrotóxicos, para seus resíduos e embalagens; pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista, produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

O Ministério Público também se utiliza da argumentação quando negocia a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's) ou expede recomendações aos órgãos governamentais.

A questão da sustentabilidade encontra um forte amparo no trabalho desenvolvido pelas organizações não governamentais (ONG's), agentes que desenvolvem estudos, patrocinam campanhas, mobilizam comunidades e também pressionam as autoridades para a relevância do tema.

Da mesma forma, é preciso utilizar-se de argumentos quando os debates ocorrem na esfera dos países ou blocos de nações com interesses comuns. O conceito de desenvolvimento sustentável foi formulado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), a Comissão *Brundtland*, em 1988, responsável pela elaboração do histórico documento “Nosso Futuro Comum”. Diz o conceito que "o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades".

Historicamente cita-se como primeiro grande evento internacional voltado ao meio ambiente a Conferência de Estocolmo, em 1972. Foi denominada Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Na área da argumentação, viu-se o confronto entre aqueles que apontavam a degradação ambiental de forma global, propondo o combate à poluição, e os representantes de países subdesenvolvidos, como o Brasil, os quais defendiam ideias como a de

[29] BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 12.305/2010**, de 02 de agosto de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

que “a pior poluição é a pobreza” ou que “a industrialização suja é melhor do que a pobreza limpa”. A delegação brasileira na Conferência de Estocolmo, em declaração estarrecedora segundo os parâmetros atuais, afirmou que o país estava “aberto à poluição, porque o que se precisa são dólares, desenvolvimento e empregos”. As importantes discussões da Conferência de Estocolmo incluíram o meio ambiente na agenda diplomática internacional. Vários países criaram Ministérios na área do ambientalismo. As iniciativas culminaram com a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Outro grande auditório para o exercício da argumentação, nesse contexto, foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também denominada Cúpula da Terra, ou Rio-92, que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992. As discussões assumiram um caráter de grande relevância, pois a conferência contou com a presença de uma centena de chefes de Estado e de Governo, além de milhares de cientistas, ativistas ambientais e jornalistas. Igualmente resultaram dos vários debates ocorridos a elaboração de documentos como os resultantes das Convenções das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, da Convenção sobre a Biodiversidade, o documento Agenda 21 e a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CNUMAD, 1996).

No ano de 1997 foi realizada a 3ª Conferência das Partes em Quioto, no Japão, ocasião em que alguns países se comprometeram com a redução de emissões. Foi elaborado então o documento chamado de Protocolo de Quioto. O documento estabeleceu para os signatários a redução das emissões de gases de efeito estufa, para o período de 2008-2012, representando a diminuição total de pelo menos 5% em relação aos níveis de 1990.

A Organização das Nações Unidas (ONU) patrocinou a Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável denominada Rio+20, no ano de 2012 no Rio de Janeiro. Ligada ao resultado daquele trabalho, a Assembleia Geral da ONU, onde os Estados-membros e a sociedade civil negociaram suas contribuições, para 2015, refletindo sobre os novos desafios de desenvolvimento.

Em consequência, os 193 Estados-Membros da ONU adotaram formalmente, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável composta pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). São 17 objetivos e 169 metas para países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Também em 2015 o clima é tema de discussão na Convenção Quadro das Nações Unidas

sobre Mudanças Climáticas, conhecida como Conferência das Partes (COP 21), em Paris. Mais uma vez a argumentação é bastante utilizada para delinear posições políticas divergentes em relação às grandes questões, entre elas, o debate sobre as soluções de mercado e a possibilidade ou não de surgir um novo acordo global sobre clima. Discussões também se estabelecem em torno da bandeira da justiça climática em razão de parcela da sociedade civil global levantar a temática pelos últimos oito anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na expressão de Enrique Leff[30], "a sustentabilidade é o significante de uma falha fundamental na história da humanidade".

A busca do conhecimento sobre a biosfera, sua preservação, formas de combater a poluição e o consumismo desenfreado é instrumento valioso para uma boa argumentação em favor do sustentável. Juarez Freitas[31] assinala com propriedade:

> A sustentabilidade, bem concebida, é prova robusta do florescimento da consciência, entendida como condição processual do ser que, por meio da mente e dos sentidos, reconhece a si próprio, na natureza, tanto pelo autoconhecimento como pelo heteroconhecimento."

Uma das frentes mais importantes para a argumentação jurídica em favor do desenvolvimento sustentável é a demonstração de que é possível aliar o progresso material com a preservação da natureza, sem adiar os necessários investimentos ambientais de que o planeta tanto carece. A defesa da escolha de energias renováveis e limpas, da titularidade dos direitos das gerações presentes e futuras, do consumo consciente e moderado, da atuação do Estado na prevenção e precaução são outras lides de relevância para a argumentação.

Conclui-se que é preciso um diálogo vigoroso para a reconstrução do mundo dito civilizado, pois ainda há a carência de um gerenciamento global da ecologia. Mas esta estrutura que possa disciplinar a utilização de todos os recursos naturais depende do esforço individual na direção de valores sustentáveis para o bem-estar de toda a humanidade.

[30] LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 9.

[31] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 77.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito - Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto(org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (org.). **Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2015.

BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 6.938/1981**, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2015.

BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 7.347/1985**, de 24 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 9.433/1997**, de 8 de janeiro de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 12.187/2009**, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

BRASIL. Legislação federal. **Lei (federal) n. 12.305/2010**, de 02 de agosto de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em 28 de novembro de 2015.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ERIKSSON, Karl Erik. Ciência para o desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Maria. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. In: BETTINI, Lucia Helena; CARNEIRO Jerson; MOREIRA, Eduardo (Org.). **Hermenêutica Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Conceito, 2009, v. 1.

KRAUSE, Gustavo. A natureza revolucionária da sustentabilidade. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Teoria dos Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: reconstruindo o debate entre Jürgen Habermas e Robert Alexy. In: NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (org.). **Revista da AGU – Advocacia-Geral da União**. Brasília: Imprensa Nacional, 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.