

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA

OS ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAM AS DECISÕES DO STF - CRITÉRIOS  
RELEVANTES PARA O SEU CONTROLE

CURITIBA  
2013

CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA

OS ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAM AS DECISÕES DO STF - CRITÉRIOS  
RELEVANTES PARA O SEU CONTROLE

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração Direito do Estado, como requisito parcial à conclusão do Curso de Mestrado e à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Tit. Dr. Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA

### OS ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAM AS DECISÕES DO STF - CRITÉRIOS RELEVANTES PARA O SEU CONTROLE

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

---

Prof. Tit. Dr. Clèmerson Merlin Clève  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

---

Profa. Dra. Estefânia Maria Queiróz Barboza

Data, 11 de Abril de 2013.

## AGRADECIMENTOS

Desde que ingressei no Programa de Mestrado estou a pensar sobre o quê agradecer, como agradecer e porquê. Tenho lido agradecimentos e percebido que muitas vezes aprecem auto-bajulação... “Agradeço aos meus pais que me tornaram essa pessoa inteligente que sou”. Não quero fazer isso. Por isso tentarei ser muito objetiva.

No âmbito acadêmico, agradeço ao Dr. Paulo Ricardo Schier. O Paulo me indicou leituras, me emprestou seus livros (por meses e deixou que eu os rabiscasse), flexibilizou meus horários no escritório, aguentou minhas crises de choro, leu meus rascunhos e não teve dó de apontar as minhas falhas. O Paulo é muito generoso, muito paciente (e muito exigente). Vou parar por aqui, porque não acabaria nunca.

Agradeço, também, ao Dr. Clèmerson Merlin Clève, meu orientador. Tudo o que se fala a respeito dele, sobre a qualidade das suas aulas, a sofisticação da sua oratória, a inteligência das suas colocações, é verdadeiro. Ele é inspirador. Preciso agradecer a confiança que depositou em mim, ao aceitar orientar uma moça que nunca havia sido sua aluna. Preciso, igualmente, agradecer a educação e a presteza com que sempre me atendeu. Ser orientada por ele foi (essa é a expressão exata) uma grande honra.

E para fixar-me, realmente, no que há de mais importante, agradeço de coração a todos os meus alunos, que me instigam e me divertem muito e aos colegas do escritório, pelas gargalhadas e debates acalorados. Agradeço aqueles amigos que nunca me abandonaram, mesmo que eu os tenha abandonado: Monica, Raquel, Fabiano, Felipe e Renatinha. Tá, vai, o Fernando também. Por fim, agradeço aos proprietários do meu coração: Mãe, Pai, Irmã, Jota e Paulete. É impossível agradecê-los a contento (estou pensando em algo já tem mais de 52 minutos), desisto. Não existe eloquência e erudição que dê conta do amor.

## RESUMO

As decisões proferidas pelos Tribunais de Cúpula dos Estados Constitucionais, no contexto de pós-positivismo, devem ser possíveis de controlar. Ainda que o Poder Judiciário assumira posição de proeminência diante da inércia dos poderes políticos, da popularização do processo judicial, da inovação dos métodos de interpretação relacionados à aplicação da Norma Constitucional, a decisão apenas pode ser considerada legítima se os argumentos que a fundamentam são racionais e aceitáveis pela comunidade plural. Partindo desta premissa, qual seja, as decisões judiciais são controláveis mediante a análise dos argumentos expostos, o trabalho apresentado sugere alguns critérios cuja verificação pelo julgador é recomendável para a produção de decisões mais bem fundamentadas. Assim, partindo da produção doutrinária sobre o tema, especialmente Alexy, Dworkin, MacCormick e, no Brasil, Barroso, indica-se que uma decisão se pauta em argumentos de qualidade quando dá preferência a utilização de premissas normativas, em detrimento de premissas de outras naturezas; quando atenta para a jurisprudência consolidada em um determinado sentido, sendo com ela coerente e preocupando-se com a aplicação do precedente criado em situações futuras e; por fim, quando presta atenção aos efeitos práticos que a solução teórica anunciada pode causar. Deste modo, realiza-se a análise dos critérios indicados diante de casos relevantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal, tendo a finalidade de verificar se efetivamente são tomados em consideração e que problemas a sua aplicação pode enfrentar na prática.

Palavras – Chave: Poder Judiciário; Argumentação jurídica; Critérios de controle; Análise de Julgados.

## ABSTRACT

The decisions rendered by the Summit Courts of the Constitutional States, in the context of post-positivism, should be possible to control. Even if the Judiciary assumes any position of prominence on the inertia of political powers, on the popularization of the judicial process and the innovation in methods of interpretation related to the application of Constitutional Law, the decision can only be considered legitimate if the arguments are rational for the decision and acceptable to the community plural. Starting from this premise, the judicial decisions are controllable by analyzing the arguments, the work presented suggests some criteria for judging whose verification is recommended to produce better decisions. Thus, starting from doctrinary production on the subject, especially Alexy, Dworkin, MacCormick and, in Brazil, Barroso, it's said that a decision is made on quality arguments when it favors the use of normative premises over the detriment of assumptions from other natures, when attempted to settled law case in a certain sense, being consistent with it and worrying about applying the precedent set in future situations, and finally, when watching the practical effects that the theoretical solution announced can cause whatsoever. Along these lines, having such criteria being exposed, it's analysis can be concluded by facing all the relevant cases that have been judged by the Supreme Court, previously selected, in order to ensure that in fact they have been taken into consideration and what problems it's implementation might be facing in practice.

Key - Words: Judiciary, Legal Reasoning; Criteria for judging; Relevant cases.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>I ASPECTOS CONJUNTURAIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>5</b>
1.1 AS TRANSFORMAÇÕES DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	7
1.1.1 As transformações sofridas pelo Judiciário em virtude das transformações do Estado .....	11
1.1.2 As transformações sofridas pelo Judiciário em virtude das transformações do direito .....	17
1.2 OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PÓS-POSITIVISMO	25
1.2.1 A aproximação entre o direito e a moral (que se pode ler na Constituição) .....	27
1.2.2 A popularização do direito e do Poder Judiciário .....	30
1.2.3 A aproximação entre o Poder Judiciário e as decisões políticas.....	35
<b>II A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A ACEITABILIDADE DO SEU CONTROLE</b> .....	<b>41</b>
2.1 O DIREITO SE PRODUZ NA PRÁTICA POR MEIO DO USO DA LINGUAGEM	43
2.2 EXISTE UM DEVER JUDICIAL DE JUSTIFICAR AS DECISÕES .....	45
2.3 EXISTE DIFERENÇA ENTRE CONTEXTO DE DESCOBERTA E CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO .....	49
2.4 APROXIMAÇÃO À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....	51
2.5 A LÓGICA E A ARGUMENTAÇÃO PODEM JUSTIFICAR DECISÕES.....	61
2.6 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E JUSTIFICAÇÃO EXTERNA – É CERTA A DISTINÇÃO ENTRE CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS.....	65
<b>III PARÂMETROS PERTINENTES E RECOMENDÁVEIS PARA A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DAS DECISÕES</b> .....	<b>73</b>
3.1 AS TEORIAS RECORRENTES NO BRASIL SOBRE O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS PROBLEMÁTICOS.....	75
3.2 OS CRITÉRIOS CONCILIADORES PROPOSTOS POR BARROSO.....	89
3.2.1 Necessidade de fundamentação normativa .....	92
3.2.2 Dever de preservação da integridade do sistema .....	96
3.2.3 A análise dos efeitos sobre a realidade.....	103
<b>IV ANÁLISE DE CASOS RELEVANTES A PARTIR DOS CRITÉRIOS INDICADOS</b> .....	<b>110</b>
4.1 A FUNDAMENTAÇÃO EM PREMISSE NORMATIVA: ADC 29 E HC106212 ..	113
4.1.1 Opinião Pública não é premissa adequada para embasar decisão judicial: ADC 29.....	115

4.1.2 Impressão pessoal não é premissa adequada para embasar decisão judicial: HC106212 .....	120
4.2 A INTEGRIDADE DO DIREITO: MS 30260 E ADIN 2474.....	124
4.2.1 As várias interpretações para um mesmo precedente: MS 30260 .....	126
4.2.2 A pretensão de universalidade da decisão: ADI 4274.....	132
4.3 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA: ADI 4167 E ADI 4543 .....	136
4.3.1 A análise de consequências como fundamento relevante: ADI 4167.....	138
4.3.2 A importância de fundamentos jurídicos para além da análise de consequências: ADI 4543 .....	143
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>154</b>



## INTRODUÇÃO

O contexto pós-positivista, que elevou a Constituição a posição de norma suprema e lhe conferiu força normativa, elevou também o magistrado a posição de intérprete e aplicador desta norma, de características peculiares, alterando em complexidade a sua função. A Constituição, sendo o reduto dos valores de uma comunidade plural e pretendendo tornar-se adaptável temporalmente, evoca posições em alto grau de abstração e protege valores conflituosos. Diante do choque entre duas ou mais soluções constitucionalmente defensáveis, mas praticamente excludentes, caberá ao Poder Judiciário realizar uma opção. No entanto, a opção do Poder Judiciário não pode ser um ato de vontade ou o resultado da aplicação de um método, essa opção deve ser uma posição motivada mediante a apresentação de argumentação jurídica convincente. O Judiciário, afinal, é um poder legitimado pela capacidade técnica de produzir argumento.

Partindo de tais premissas, que serão justificadas no curso do trabalho, volta-se para a busca de critérios de seleção que permitam controlar as decisões em matéria constitucional, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Consoante a doutrina da teoria da argumentação, que afirma a possibilidade do controle das decisões judiciais mediante a análise dos argumentos expostos pelo julgador e utilizando critérios selecionados e indicados por Barroso, como indispensáveis para a fundamentação de uma decisão em casos difíceis, propõe-se que é possível verificar, mediante a análise dos argumentos em comparação com aqueles critérios, quando uma decisão está mais ou menos bem fundamentada.

O trabalho está delimitado em quatro momentos. Especificamente, no primeiro momento, serão mapeados os aspectos conjunturais nos quais está inserido o Poder Judiciário. Essa verificação importa para a compreensão do ambiente em que estão imersas as decisões que se pretende controlar, demonstrando aspectos práticos que facilitam ou dificultam a tarefa de controle. Assim, primeiramente, tratar-se-á das transformações advindas para a jurisdição no Estado Constitucional, demonstrando que a alteração do conceito de Estado e a alteração do conceito de direito, implicaram transformações na tarefa exercida pelo magistrado, que lhe colocam atualmente na posição de decidir as questões constitucionais relevantes. Também, trabalhar-se-á com os desafios que o pós-

positivismo acarreta para a jurisdição constitucional, lançados pela aproximação entre o direito e a moral, internalizada pela Constituição, pela popularização do direito e do Poder Judiciário e pela crise dos Poder Políticos que incita o ativismo judicial. Esta primeira etapa é relevante porque explicita o poder e as pressões que o Judiciário recebe a partir da segunda metade do século XX – principalmente os Tribunais Constitucionais-, e que justificam a necessidade do estabelecimento de critérios de controle para suas decisões.

O segundo momento do trabalho atende a uma necessidade metodológica de fixação de pressupostos. Para que os critérios de controle defendidos sejam considerados relevantes e funcionais, é preciso que se esclareça a partir de que ótica teórica serão vislumbrados. Assim, nessa segunda seção, ficará consolidado que a decisão judicial, como instrumento do direito, que é veiculado pela linguagem, também apenas pode se fundamentar pela qualidade dos argumentos expostos (perspectiva da teoria da argumentação). Ao mesmo modo, fixar-se-á a separação entre contexto de descoberta e de justificação e entre justificação interna e externa, enquadrando os critérios de controle como aplicáveis somente ao contexto de justificação, na sua hipótese externa, eis que o controle se exerce não sobre as intenções e percepções do magistrado, mas sobre os argumentos expostos para fundamentar decisões.

O terceiro momento efetivamente contém a essência do trabalho. Nessa etapa serão indicadas as principais tendências seguidas pelo direito brasileiro, referentes à determinação da controlabilidade das decisões judiciais em casos problemáticos e se explicará a opção pelos critérios indicados na obra de Barroso, esclarecendo cada um deles, demonstrando no que consistem e porque são indispensáveis para a motivação de decisões sobre casos difíceis. Os critérios são: (i) a utilização de premissa normativa (em detrimento de premissas não normativas, como premissas religiosas, políticas, artísticas e etc.); (ii) a preservação da coerência entre os julgados, atendendo os padrões já consolidados e vislumbrando a eventual aplicação da mesma decisão aos casos semelhantes futuros (universalidade) e; (iii) a análise das consequências da decisão, atentando para o resultado prático do julgado - para além da correção da decisão, espera-se do magistrado que responsabilmente se preocupe com os impactos reais da sentença proposta.

Por fim, serão analisados alguns julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se os argumentos apresentados pelos Ministros em seus votos como exemplos de argumentos melhores ou piores, diante dos critérios expostos como indispensáveis. Por essa forma, demonstrar-se-á que a utilização de argumentos amparados nos critérios apresentados é capaz de produzir decisões mais bem fundamentadas, que conseqüentemente são mais convincentes e duradouras. Especificamente, se confrontará o julgamento da ADC 29 e do HC 106212 ao critério de utilização de premissa normativa, fundamentado na teoria de Dworkin, sobre a utilização de razões de princípio e na teoria de Rawls, sobre a razão pública; se confrontará o julgamento da ADI 4274 e do MS 30260, ao critério de preservação da coerência dos julgados, fundamentado na ideia de romance em cadeia de Dworkin e na ideia de universalidade presente na obra de Alexy e; por fim, se analisará o julgamento da ADI 4167 e da ADI 4543 mediante o critério de análise consequencialista, fundamentado na doutrina de MacCormick.

O argumento, portanto, que aqui se pretende defender, é o de que o pós-positivismo não trouxe um poder absoluto aos Tribunais Constitucionais. Ainda que exista uma possibilidade interpretativa na atividade do magistrado, ainda que tenha o Poder Judiciário recebido a atenção midiática e popular, ainda que os poderes políticos não sejam capazes de produzir respostas contundentes com a agilidade carecida pela sociedade, a decisão de um caso difícil, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser controlada. E, este controle não está circunscrito ao sistema recursal ou a elaboração de legislação em sentido diverso. Este controle é exercido pela verificação da qualidade dos argumentos expostos nos votos dos julgadores.

Diante de tal contexto, indicam-se critérios que podem auxiliar na tarefa de verificação da qualidade da fundamentação das decisões, critérios que direcionam o magistrado a atentar para o ordenamento jurídico, para a coerência com os julgados anteriores e futuros e para as conseqüências advindas da decisão. Como forma de demonstrar que os critérios são úteis, apresenta-se a sua aplicação diante de alguns dos julgados e votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal recentemente, indicando no que auxiliam a produção de decisões mais híidas e menos questionáveis.

O trabalho proposto, então, se volta para um problema prático: as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em matérias constitucionais controversas

e a qualidade de sua fundamentação. Diante disto, partindo de reflexões teóricas a respeito da possibilidade de controle dos argumentos da decisão, propõe uma contribuição, que é a orientação do magistrado segundo critérios previamente definidos como indispensáveis para a elaboração da fundamentação da decisão. Ao final, novamente lançando olhos para a prática, valida os critérios indicados pela análise de julgados recentes.

Almeja-se, pois, relacionar as sugestões doutrinárias relativas ao controle das decisões judiciais em matéria constitucional, aos problemas reais identificados nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Destoa-se, portanto, um pouco, da abstração, eis que aqui não se elucubra hipoteticamente sobre o problema que se pretende solucionar. O problema, as decisões fragilmente fundamentadas, está prático e evidente em seus contornos, publicado em Diário Oficial, exarando efeitos. Existe a necessidade de a academia auxiliar na elaboração de propostas que favoreçam a sua solução. De forma objetiva, é o que se pretende.

## I ASPECTOS CONJUNTURAIS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Em 18 de Novembro de 2011, foi publicado o acórdão do Supremo Tribunal Federal, que em julgamento ao Recurso Extraordinário nº. 633703 determinou que a Lei nº. 135/2010, chamada popularmente de Lei da Ficha Limpa, não poderia ser aplicada às eleições gerais do ano de 2010<sup>1</sup>. Mediante a decisão referida o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário contrariou a opinião pública (a lei partia de iniciativa popular com mais de um milhão e seiscentas mil assinaturas), o Congresso Nacional, a Presidência da República (o projeto de lei foi devidamente aprovado e sancionado) e a própria justiça eleitoral, que em todas as instâncias havia se posicionado pela aplicação da legislação<sup>2</sup>. A decisão foi tomada pela maioria de seis votos contra cinco, todos devidamente fundamentados. Por um lado, defendia-se a aplicabilidade do princípio da anterioridade eleitoral - “quanta pressa em corrigir as mazelas do Brasil!”<sup>3</sup> e por outro, alegava-se a aplicabilidade do princípio da moralidade - “o santo não merece tanta vela”<sup>4</sup>.

O que autoriza o Poder Judiciário a decidir esta questão é o caráter argumentativo das suas decisões? Mas, se é o caráter argumentativo, por que se aceita uma decisão em que seis Ministros estão absolutamente convencidos de uma tese e outros cinco absolutamente convencidos de outra? Ambas as teses são igualmente corretas e o que define o seu critério de validade é a obtenção da maioria dos votos dos Ministros? Mas, então, por que a maioria dos votos dos Ministros é mais relevante que a maioria dos votos de toda a população? Essas questões nutrem o trabalho proposto.

A definição do Poder Judiciário como guardião da Constituição, para além da justificação de índole constitucional – o Poder Judiciário tem legitimidade porque a Constituição assim o definiu- exige uma série de reflexões, no Brasil, principalmente

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 633703. Leonídio Henrique Correa Bouças versus Ministério Público Eleitoral. 18 de Novembro de 2011. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em: 14/07/2012.

<sup>2</sup> RE 633703, 18.11.2011, p. 143.

<sup>3</sup> RE 633703, 18.11.2011. p. 199.

<sup>4</sup> RE 633703, 18.11.2011. p. 172.

com relação ao método deliberativo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>. Segundo Silva “se faz preciso – e urgente- iniciar uma discussão sobre a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal, sobre formas de incrementar a interação entre os ministros e as possibilidades de diálogo”<sup>6</sup>.

O trabalho apresentado partilha da compreensão de Silva, propondo que o refinamento da argumentação que fundamenta a decisão, no Supremo Tribunal Federal, contribui para a consolidação da sua legitimidade. A proposta é a de que indicando critérios que permitam selecionar argumentos bons e argumentos ruins em uma decisão judicial sobre casos difíceis, é possível favorecer a deliberação interna e a obtenção de consenso entre os ministros.

Antes, porém, de tratar sobre a argumentação e os critérios sugeridos, convém traçar o pano de fundo da discussão, apresentando implicações históricas e conjunturais, que podem contribuir para a compreensão do problema estudado. Assim, realiza-se, nesse primeiro capítulo, a análise da questão referente ao contexto no qual está inserido o Poder Judiciário brasileiro na atualidade, especialmente com relação à função exercida pelo magistrado no ambiente pós-positivista.

A análise proposta se mostra relevante para a justificativa da pesquisa, eis que é em virtude da importância das decisões proferidas pelo órgão de cúpula do judiciário, neste início de século, no Brasil, que se faz útil estudar a qualidade dos argumentos que as fundamentam. De outro lado, o estudo das causas e circunstâncias de viabilizaram o cenário de onde surgem as questões que se pretende discutir é interessante, também, para a delimitação de alguns pressupostos da discussão. Esses fatores contribuem para a dificuldade de fundamentar juridicamente escolhas cruciais da sociedade que se colocam perante o Supremo Tribunal Federal e reafirmam a importância do tema a ser trabalhado.

---

<sup>5</sup> É o que explica Virgílio Afonso da Silva: “Quem deve ser o guardião da Constituição? Ainda que possamos pensar que no Brasil, em virtude da previsão expressa da Constituição, essa é uma questão superada e que o guardião da Constituição é o Poder Judiciário, especialmente na figura do STF, essa seria uma visão apenas parcial do problema”. SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p.197-227, jan./abr., 2009. p. 206.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 221.

## 1.1 AS TRANSFORMAÇÕES DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Tradicionalmente, cabe ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição, ou seja, que de modo provocado analise as hipóteses de um conflito e, conhecendo o ordenamento jurídico, indique dentre as partes litigantes aquela à quem cabe razão diante da situação arguida. Esse é o conceito clássico de jurisdição<sup>7</sup> que devidamente sofreu reformas porque uma teoria da jurisdição não pode vingar quando não mais revele a função exercida pelo juiz e, o conceito clássico apresentado, não pode mais dar conta da função jurisdicional na contemporaneidade<sup>8</sup>. O conceito de jurisdição passa por alterações principalmente em virtude das alterações pelas quais passa o conceito de Estado.

Quando o conceito de Estado agrega a noção de Constituição e o Estado de Direito se torna Estado Constitucional, tem-se uma reviravolta na teoria a respeito do que fazem os juízes. Isso acontece basicamente porque ocorre uma alteração em todo o sistema de fontes. No Estado Constitucional, o controle de constitucionalidade das leis, a possibilidade de declaração de situações de omissão inconstitucional, a versatilidade das demandas coletivas, o sopesamento dos princípios, o julgamento das demandas abstratas, são tarefas diferenciadas agregadas a função do juiz que exigem um novo conceito de jurisdição. Julgar deixar de ser apenas declarar a lei ou aplicar a lei diante de um caso concreto<sup>9</sup>.

Para compreender o que representa o Poder Judiciário, para o trabalho em análise, e qual o conceito de jurisdição nessa perspectiva, é preciso ter em conta, primeiramente, a posição que os juízes ocupam na estrutura da separação dos poderes. De acordo com o raciocínio desenvolvido até agora, se a separação de poderes se volta para a definição dos limites do poder no Estado de Direito, então a

---

<sup>7</sup> Os tradicionais conceitos de jurisdição são atribuídos a Chiovenda e Carnelutti. Sobre o conceito de Chiovenda a respeito da jurisdição enquanto função de atuar a vontade concreta da lei veja-se: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2, Campinas: Bookseller, 2008. p. 55. Sobre o conceito de Carnelutti a respeito do mesmo tema, definindo jurisdição como criação de norma individual para o caso concreto indica-se: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. v. 1, Padova: Cedan, 1938. p. 40.

<sup>8</sup> “Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das ideias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão da história - certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 142.

modificação do Estado de Direito em direção ao Estado Constitucional, acarreta também a releitura da teoria da separação dos poderes<sup>10</sup>. A atividade do Poder Judiciário se torna, assim, na reviravolta paradigmática da ideia de Estado, para um Estado Constitucional, uma atividade mais complexa:

Todo juez, cuando se ocupa de un caso (...) – aplica las leyes a un ejemplo concreto, <<juzga>> o determina la naturaleza de la norma que debe aplicar, y al mismo tiempo crea un precedente por el que más tarde se guiarán otros tribunales. De este modo está ejerciendo necesariamente las tres funciones, y no podría llevar a cabo las tareas que le han sido encomendadas si no lo hiciera<sup>11</sup>.

Para a ciência política, na atualidade, segundo determina Taylor, o Poder Judiciário detém três dimensões de especial relevância: uma dimensão hobbesiana, na qual se ocupa de demandar e fiscalizar a utilização do monopólio da violência legítima pelo Estado; uma dimensão smithiana, na qual o Judiciário preserva o bom andamento das relações econômicas; e, uma dimensão madisoniana, referente ao embate entre poderes, mediante a qual o Poder Judiciário se responsabiliza pela fiscalização do Legislativo e do Executivo, ou seja, faz o seu devido peso na balança<sup>12</sup>.

Diz-se que a última dimensão é madisoniana em virtude da importância conferida pelos federalistas a existência de um Poder Judiciário forte, capaz de proteger até mesmo das instituições democráticas políticas e majoritárias, os interesses das minorias<sup>13</sup>. Esse é o ponto, dentre os pontos atinentes ao Poder Judiciário, que especialmente interessa no Estado Constitucional: as decisões que determinam o conflito entre os poderes, a proteção das minorias pela defesa dos

---

<sup>10</sup> “Las categorías funcionales de la separación de poderes – con su estrecha relación con el concepto de Estado de Derecho – el concepto de equilibrio que fue esencial en las teorías del gobierno limitado, y las ideas centrales de representación y responsabilidad que subyacen a las teorías del gobierno parlamentario, siguen siendo hoy en día partes muy importantes de nuestro aparato intelectual”. VILLE, J. M. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 351.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229- 257, 2007. p. 230.

<sup>13</sup> Assim, Madison defende a separação de poderes como requisito de proteção das liberdades: “... para a atuação separada e distinta dos diferentes poderes do governo (...) é evidente que cada um deles deve ter uma personalidade própria e, conseqüentemente, ser de tal maneira constituído que os membros de um tenham a menor ingerência possível nos outros”. E, com referência a escolha dos membros do Poder Judiciário e a sua independência, declara que seria desaconselhável insistir na observância da ideia de soberania popular, primeiramente porque juizes precisam ter qualificações intelectuais peculiares, depois porque a vitaliciedade do cargo se encarregaria de tornar o juiz uma figura independente. WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 01. São Paulo: Ática, 2006. p. 273.



direitos fundamentais contrariamente a vontade majoritária, os conflitos de direitos para os quais o direito positivo não apresenta solução imediata. Essas situações terão de ser resolvidas pelo Poder Judiciário, muitas vezes, contrariando os poderes políticos. Isso determina para a jurisdição a demonstração da legitimidade da decisão que não se ampara apenas na indicação de dispositivos legais.

Sem ter o poder da bolsa e sem ter o poder da espada<sup>14</sup>, sem ter o voto popular, o Poder Judiciário é incumbido da missão gravíssima de avaliar os atos (e omissões) dos demais poderes e determinar se esses atos (e omissões) estão ou não de acordo com a Constituição e se podem ou não ser colocados ou mantidos em funcionamento. Diante desta constatação, a questão fundamental que se coloca é: “Por que um Executivo poderoso, aliado a um *parliamentary cartel* majoritário, cumpriria as decisões de um Judiciário que o contraria proativamente?”<sup>15</sup>.

Algumas respostas podem ser sugeridas. Primeiramente, porque em uma democracia existe a alternância do poder e respeitar as determinações do Poder Judiciário em um momento prévio é fator de garantia da imparcialidade das decisões deste mesmo poder em um momento posterior. Ademais, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre um ato específico acaba por validar todos os demais atos que não foram sancionados<sup>16</sup>. Também, no país em que não se realizaram as condições ideais de relacionamento entre Poder Executivo e Legislativo, o Judiciário não deixa de ser uma espécie de muro das lamentações, em que se discute a validade das decisões tomadas pelo procedimento democrático<sup>17</sup>. Essas são algumas razões para que se respeitem e cumpram as decisões do Judiciário, mas não são as razões cruciais.

Em uma democracia as decisões são tomadas pela regra majoritária, portanto, a democracia em geral é aquilo que Hesse denomina o domínio de homens sobre outros homens e, precisamente, da maioria sobre a minoria<sup>18</sup>. As decisões a que se referiu, tomadas basicamente pela maioria, mediante o processo

---

<sup>14</sup> “O judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre o tesouro; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem nem FORÇA nem VONTADE, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo fundamentalmente do auxílio do ramo executivo para a eficácia de suas sentenças.” *Ibidem*, p. 275.

<sup>15</sup> TAYLOR, Matthew M. *Op. Cit.*, p. 239.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 118.

legislativo, implicam escolhas diante das diversas respostas possíveis à forma de organização social “...como distribuir os frutos da prosperidade ou os fardos dos tempos difíceis e como definir os direitos básicos dos cidadãos”<sup>19</sup>.

Todavia, em um Estado Constitucional, embora o princípio majoritário seja a regra, haverá outro parâmetro a ser seguido para a realização de escolhas políticas: a Constituição. O Texto Constitucional impõe limites que sequer a maioria poderá solapar e é o Poder Judiciário quem poderá reconhecer esses limites e os justificará mediante a apresentação de uma decisão fundamentada juridicamente. É assim que o Poder Judiciário legitima as decisões e as faz cumprir, mediante o caráter argumentativo da decisão que expressa a autoridade constitucional.

Então, mesmo sem bolsa e sem espada o Poder Judiciário tem o domínio da decisão. Isso não o coloca na posição de donatário da última palavra sobre as questões políticas, como explica Silva “esse debate (...) costuma pecar por certo maniqueísmo, como se o problema se resumisse às alternativas “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”<sup>20</sup>. Mas, essa constatação – de que o Judiciário tem domínio da decisão mesmo sem ter domínio do orçamento ou da força- auxilia na compreensão da função do julgador.

O julgador é aquele que tem o domínio da argumentação diante da interpretação do Texto Constitucional, porque justifica suas decisões e as faz cumprir pelo argumento. Ainda que sem apoio popular, sem controle do orçamento público e sem controle das forças armadas, cumpre ao Judiciário, no Estado Constitucional, a função essencial de defender a validade das opções políticas e morais constitucionais, preservando o equilíbrio institucional.

A decisão judicial, assim como as decisões que são tomadas no parlamento ou nos gabinetes executivos, sofre alguma espécie de controle<sup>21</sup>. O Judiciário não é imune. As decisões judiciais devem ser controladas pela avaliação dos argumentos apresentam como fundamentação e isso acontece cotidianamente mediante a interposição de recursos judiciais, mas também mediante a elaboração de nova legislação contrária à decisão judicial e mediante discussão midiática, acadêmica e popular dos julgamentos proferidos.

---

<sup>19</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 20.

<sup>20</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Op. Cit., p. 204.

<sup>21</sup> Silva se refere à existência de um dever do tribunal de convencer o mundo e define essa dimensão como dever de deliberação externa. Essa espécie de deliberação proporcionaria o diálogo dos Ministros com o Congresso, o Executivo, as faculdades de direito, os jornalistas e etc. Idem.

Portanto, o conceito de jurisdição se altera, na alteração do conceito de Estado. Na transformação do Estado Legal em Estado Constitucional modifica-se a tarefa exercida pelo magistrado. Ao juiz não cabe mais aplicar a lei solucionando uma lide entre sujeitos privados. Tendo a Constituição por norma suprema, ao juiz caberá muitas vezes, inclusive, contrariar a lei. Diante deste cenário, o que legitima a decisão é a sua qualidade argumentativa que poderá ser conferida publicamente e confrontada com o sistema no qual se insere.

#### 1.1.1As transformações sofridas pelo Judiciário em virtude das transformações do Estado

As eleições norte-americanas entre Bush e Gore foram decididas pela Suprema Corte; em Israel, parte do muro da Cisjordânia foi derrubado por ordem da Suprema Corte; a Suprema Corte Egípcia dirá se a composição da Assembléia Constituinte naquele país é representativa; o Tribunal Constitucional Sul-Coreano pressiona o Presidente a buscar indenização para a população prejudicada pela colonização japonesa. Tais exemplos levam a crer que o Poder Judiciário participa diretamente da determinação dos rumos morais e políticos da sociedade mundial nesse momento<sup>22</sup>.

O Poder Judiciário não faz políticas públicas, mas influencia a sua feitura e impede a sua não realização ou realização deficitária. Ele não tem a tarefa de colher os anseios da população e determinar normas que os contemplem, mas faz o juízo de que normas são boas ou ruins e, ainda, pode condenar a eventual omissão dos

---

<sup>22</sup> Quanto ao avanço mundial do fenômeno e exemplos da importância das decisões proferidas pelas Cortes e Tribunais Constitucionais, veja-se: STRECK, Lênio Luiz. O STF e o “pomo de ouro”: contramajoritarismo ou não?. **Consultor Jurídico**, senso comum, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 06/09/2012. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Direito e política: a tênue fronteira. **Revista época**, São Paulo, 12 Jun. 2012. Caderno Justiça. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2012/06/direito-e-politica-tenue-fronteira.html>>. Acesso em: 06/09/2012.

poderes políticos<sup>23</sup>. Nada obstante, essa participação do Poder Judiciário na determinação das escolhas políticas é fenômeno relativamente recente e tem seu desencadeamento na passagem do Estado Moderno para o Estado Pós-Moderno<sup>24</sup>.

Quando das revoluções burguesas e da instituição das primeiras Constituições Liberais, predominava, protagonizava a história do Estado, o Poder Legislativo. A alegoria de que o legislador era capaz de representar a vontade dos indivíduos e de torná-la efetiva por um ordenamento jurídico sistemático e completo, era a base teórica que fundamentava a própria existência do Estado. A Lei era considerada o caminho indispensável para a liberdade<sup>25</sup> e o direito era a própria encarnação da Razão<sup>26</sup>:

... o soberano toma cada vez mais a forma de um povo senhor do próprio destino, enquanto o direito se traduz e se realiza nos direitos atribuídos aos sujeitos e aparece inseparável daquela revolução antropológica que faz dos sujeitos o ponto de origem e a destinação do senso de ordem<sup>27</sup>.

Nesse contexto, portanto, do chamado Estado de Legalidade, o Poder Judiciário recebia o poder nulo, pois a sua atividade preponderante era teoricamente de repetição das normas criadas pelo Poder Legislativo<sup>28</sup>. A produção capitalista inicial necessitava de previsibilidade e calculabilidade, de modo que era forçosa a racionalização das tarefas do Estado, a delimitação das suas funções administrativas, a definição clara do âmbito de autonomia dos cidadãos, para que as

---

<sup>23</sup> “Ele decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes”. TAYLOR, Matthew M. Op. Cit., p. 239.

<sup>24</sup> Existe uma celeuma na doutrina com relação a real existência de uma pós-modernidade (caso seja condicionante para a sua existência a superação ou a realização da Modernidade). Aqui, chamar-se-á de pós-moderno aquilo que passa das fronteiras do modelo clássico moderno, sem maiores preocupações com a especificidade do termo, haja vista não ser crucial para o desenvolvimento do tema proposto. Sobre o conflito a respeito da nomenclatura, argumenta Chevallier: “... ainda que ele (o direito) repouse sobre um novo princípio da relatividade generalizada, apóie-se sobre novos valores (criatividade, flexibilidade, pluralismo, aprendizado permanente...) e implique uma visão do mundo (ontológica relacional e cibernética) esse paradigma não rompe simplesmente com o antigo modelo: não apenas “alguns resíduos importantes”, desses subsistemas, mas ainda o direito pós-moderno permanece fiel a certos axiomas da modernidade”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 125.

<sup>25</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de direito**. História, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 103.

<sup>26</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 116.

<sup>27</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 145.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 143.

posições jurídicas fossem “protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da *sociedade esclarecida*, representada pela vontade geral (grifos no original)”<sup>29</sup>.

O século XVIII, portanto, volta uma atitude otimista para a soberania da legislação, como pilar dos direitos e garantia de racionalidade, que não deixa espaço de atuação relevante ao juiz<sup>30</sup>. O direito passa por um movimento de secularização e unificação, livra-se da Igreja e dos costumes e adquire a sua autonomia, fundamentando-a na legislação<sup>31</sup>: “Se a Modernidade estava obcecada com a legislação e a mente moderna era legislativa, não era por avareza ou por apetites imperiais, mas por arrogância e auto-confiança”<sup>32</sup>. O direito, então, é considerado o depositário de todo o saber e de todo o poder inscrito nos Códigos e Constituições Modernos<sup>33</sup>, por isso, em verdade, num primeiro momento, o Poder Judiciário representava, inclusive, um risco para a legislação, porque a interpretação realizada pelo magistrado poderia desvirtuar a intenção do legislador.

Essa concepção de Estado, legada pelo modelo liberal oitocentista, foi gradualmente substituída, no período posterior a Primeira Guerra Mundial, com implicações para a dinâmica entre os poderes. A partir do início do século XX, o Estado de Direito clássico passou a agregar a noção de autoridade estatal forte e de democracia material. A crença na harmonia entre soberania, lei e direitos será substituída pelo despotismo legislativo ou por Estados de exceção<sup>34</sup>. Os Estados totalitários, surgidos no período, se arrogavam na condição de restauradores do direito que teria perdido a importância diante da fragmentação democrática e da anarquia social<sup>35</sup>. Problematizou-se o pensamento liberal, pela exposição do óbvio: o programa liberal não tinha qualquer correspondência com a realidade daqueles que o defendiam, como comentado por Hespánha: “A igualdade do homem e o universalismo dos valores humanos pareciam uma construção utópica ou metafísica sem correspondências nas características positivas da convivialidade humana”<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 32.

<sup>30</sup> COSTA, Pietro. **O Estado...**, p. 103.

<sup>31</sup> Sobre o tema cf. ARNAUD, André Jean. **Critique de la raison juridique**. Paris: L.G.D.J., 1981.

<sup>32</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos**. Sobre a ética pós-moderna. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 52.

<sup>33</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 118.

<sup>34</sup> COSTA, Pietro. **O Estado...**, p. 106.

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2008. p. 22.

<sup>36</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **A política perdida**. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010. p. 247.

Diante da referida crise, se apresentaram possibilidades ou direções programáticas, algumas totalitaristas outras democráticas, mas todas dependendo da efetivação de direitos sociais e da ingerência direta do Estado, mediante as atividades do Poder Executivo<sup>37</sup>. O direito deixou de ser focado na representação da vontade popular pela legislação e passou a ser considerado um instrumento a serviço da realização de políticas públicas. Coube ao Estado regular o mercado, intervir e controlar o processo produtivo, o que implicou o aumento de volume das funções administrativas. Coube ao Estado entregar prestações, gerenciar empresas, construir obras volumosas e isso tornou a atividade estatal mais técnica e burocrática:

A motorização do legislativo resultaria, a prazo, numa desvalorização do Direito e numa restauração do arbítrio; por outro lado, e com efeitos convergentes, o declínio dos Parlamentos em favor da crescente autonomia e poder não controlado dos Executivos e dos aparelhos burocráticos (...) a Administração de prestações implicava a atribuição de poderes discricionários à Administração, o legislador desdobrava-se em novas normas e regulamentos visando diminuir os riscos do arbítrio<sup>38</sup>.

Logo, o Legislativo passou a ser responsável por moldar a legalidade dos atos do Executivo e perdeu sua posição de predominância. Para cumprir os objetivos estatais não era necessário anular o Estado de Direito Liberal, mas colocá-lo abaixo de outras dimensões da estatalidade, ou seja, "...o Estado ético, o Estado como ação, dinamismo, projeção para o futuro, realização da comunidade nacional e, como tal, irreduzível ao comedimento kantiano..."<sup>39</sup>.

Dotado de competências acentuadas, o Executivo era o principal responsável pelo exercício do poder e tratou de rescindir as conexões que poderiam relacionar o Estado às tradições do liberalismo oitocentista<sup>40</sup>. De acordo com Zagrebelsky, o termo Estado de Direito nessa conjuntura identificava-se diretamente com a lei e "... llegaba a ser irrelevante que la ley (...) se hiciera coincidir con la

---

<sup>37</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 130.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 216-217.

<sup>39</sup> COSTA, Pietro. **O Estado...**, p. 181.

<sup>40</sup> "Se o nacional-socialismo chega a liquidar rapidamente o Estado de Direito, ao passo que o fascismo tende a conservá-lo como momento interno e "inferior" da absoluta ética realidade do Estado, ambos, de qualquer modo, devem cuidado aquela noção, tratando de rescindir as múltiplas conexões que a ligam pela genética e conceitualmente, à tradição do liberalismo oitocentista." COSTA, Pietro. Ibidem, p. 185.

vontade de un Fuhrer, de un soviet de trabajadores o de Câmaras sin libertades políticas...”<sup>41</sup>.

Essa outra concepção de Estado de Direito resultou nos Estados nacionalistas e fascistas, Estados totalitários nos quais a distinção entre atitudes legais e ilegais perdeu o sentido, uma vez que atos arbitrários e desumanos eram eles próprios realizados sob o manto da lei, como explica Duarte: “o totalitarismo é uma forma de dominação sem precedentes porque não deixa de pautar suas ações pelas leis que promulga (...)tais formas de dominação alteram drasticamente o conceito de lei”<sup>42</sup>. A legislação deixa de ser destinada a regulamentação da vida dos particulares para se tornar o instrumento da ideologia do movimento que está no poder<sup>43</sup>. Nas palavras de Arendt: “o terror é a legalidade quando a lei é a lei do movimento de alguma força sobre-humana, seja a Natureza ou a História”<sup>44</sup>.

Os fatores descritos fizeram com que depois da Segunda Guerra Mundial se desenhasse uma nova forma de Estado de Direito que rompesse com o totalitarismo, - o Estado jurisdicional. Os tribunais se tornaram responsáveis por emitir a voz geral da comunidade e a sua intenção axiológica, segundo a fundamentação teórica pertinente, inscrita na Constituição<sup>45</sup>:

De fato, o juiz aparece como a chave de abóbada e a condição de realização do Estado de direito, a hierarquia das normas só é efetiva se for jurisdicionalmente sancionada; e os direitos fundamentais só são realmente adotados se um juiz estiver ali para velar pela sua proteção. O culto do direito conduz assim à sacralização do juiz, erigido como uma muralha contra os sempre possíveis desvios dos eleitos<sup>46</sup>.

Assim é que, especialmente na segunda metade do século XX, Legislativo e Executivo foram impelidos a realização de medidas de acomodação institucional, determinação de finalidades e definição de princípios básicos, nos moldes fixados por uma Constituição normativa e programática<sup>47</sup>. Isso refletiu diretamente na atividade do Poder Judiciário, que foi obrigado a dar concreção a essas normas,

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p. 22.

<sup>42</sup> DUARTE, André. Hannah Arendt: a crise da política na modernidade. In. CODATO, Adriano. **Tecendo o presente**: oito formas de pensar o século XX. Curitiba: SESC Paraná, 2006. p. 51-66. p. 56.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Lisboa: Dom Quixote, 1978. p. 576.

<sup>45</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A revolução e o direito**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/RevolCN.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RevolCN.pdf)>. Acesso em: 06/09/2012. p. 231.

<sup>46</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 207.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 40.

modificando a sua tradicional forma de atuação, “elevando-se ao nível dos outros poderes, tornando-se enfim o terceiro gigante capaz de controlar o legislativo mastodonte e o leviatanesco administrador”<sup>48</sup>.

O Poder Judiciário, logo, passou a controlar os demais poderes, tendo por fundamento a Constituição (e os direitos fundamentais que determinam a proteção das minorias). Assim sendo, a alteração da realidade social alterou a política, que altera o direito, que alterou o posicionamento e a importância do Poder Judiciário no cenário geral<sup>49</sup>. Esse fator é determinante para a compreensão da legitimação da interferência desse poder na definição de temas políticos relevantes, atualmente.

Portanto, na história do Estado de Direito houve um período em que o Legislativo predominava, uma vez que era necessário estabilizar a democracia e assegurar os direitos consignados pelo voto, diante de um Judiciário suspeito. Depois, a necessidade de organizar finanças, intervir na economia e criar políticas de desenvolvimento fez crescer o aparato do Estado, o que acarretou a predominância do Poder Executivo. Atualmente, no contexto do Estado Constitucional, o Poder Judiciário se tornou predominante (o que não quer dizer superior), pois cabe à ele analisar a Constituição e responder, sob a perspectiva dela, quais as opções políticas admissíveis.

Como menciona Dahl, cabe aos magistrados agora tomar as decisões que restam controversas na política, porque é deles a tarefa de perquirir a vontade constitucional, que é o grande oráculo do nosso tempo<sup>50</sup>. Dois fatores aqui são principalmente relevantes e serão tratados no tópico seguinte: a compreensão de que a determinação das controvérsias será feita a partir de uma atividade interpretativa criativa e a compreensão de que a fundamentação da decisão está basicamente na sua qualidade argumentativa.

---

<sup>48</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>49</sup> O fenômeno é indicado por Calsamiglia: “Otro aspecto muy importante de este cambio de agenda es el cambio de enfoque del centro del análisis del derecho. Los positivistas - y en cierta medida también los iusnaturalistas - tenían al legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El postpositivismo há desplazado el centro de atención de la legislación a da adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis”. CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA**, v. 21, n. 1, p. 209-220, 1998. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/Si\\_rveObras/23582844322570740087891/cua\\_derno21/voll/Dox\\_a21\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/Si_rveObras/23582844322570740087891/cua_derno21/voll/Dox_a21_12.pdf)>. Acesso em: 06/09/2012.

<sup>50</sup> Nesse sentido, cf. DAHL, Robert. A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.



### 1.1.2 As transformações sofridas pelo Judiciário em virtude das transformações do direito

Discutir se juízes podem ou não definir as escolhas morais de uma comunidade, se podem vetar uma política pública determinada por poderes políticos legitimados democraticamente, se podem decidir definitivamente quando exista mais de uma solução cabível diante de uma controvérsia entre direitos fundamentais, implica, necessariamente, de maneira prévia, definir qual a função exercida pelos juízes. Ou seja, para afirmar se existe ou não uma atividade excedente, é preciso antes delimitar qual a atividade regular, uma vez que, para além do que é regular, está o que é excedente.

Para apreender esse limite, o tópico aventado tratará do caminho entre o pré-positivismo, o positivismo e o pós-positivismo, determinando como a figura do julgador é concebida em cada um desses modelos teóricos, com a finalidade de delimitar como cada uma destas fases agregou funções à tarefa do magistrado, que explicam e compõe o conceito de jurisdição na atualidade<sup>51</sup>. Alerta-se que a busca é pelo apontamento do aspecto mais relevante de cada etapa, resumidamente, por se tratar de questão introdutória, que demandaria para análise em completude, um trabalho de dissertação específico. A ideia aqui aventada é a demonstrar como a função de julgar é exercida em cada uma das indicadas fases do pensamento jurídico indicadas, demonstrando de que maneira se formou o molde do ato de julgar na contemporaneidade, sob o qual recai o estudo aqui desenvolvido.

Inicie-se, portanto, pelo pré-positivismo. No período, que para a finalidade deste trabalho está entre o final da idade média e início da moderna<sup>52</sup>, a estratégia intelectual do julgador realizava-se mediante a ideia central de prudência. Muitas eram as fontes que poderiam influenciar o julgador e não havia o dogma do direito estatal como o exclusivo produtor das normas legítimas:

---

<sup>51</sup> "... trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, lato sensu, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente, da criação do direito. Que a questão, conquanto antiga e infinitas vezes debatida exhibe viva atualidade parece evidenciado..." CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 13.

<sup>52</sup> Sobre a delimitação assumida ver: PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Constituição, democracia e justiça**. Aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18.

os juristas medievais (...) não eram legisladores. Eram prudentes peritos no escrutínio de ordens diferentes e quase entrelaçadas (...) derivando a ordem de arranjos naturais existentes; (...) assumindo a natureza derivada, local e limitada das suas arbitragens e (...) reivindicando um papel de mediadores (tradutores, intérpretes) entre diferentes sistemas normativos (religião, piedade, graça, amizade, usos comunitários, vontade régia)<sup>53</sup>.

A grande ordem estava dada e caberia ao julgador induzi-la da natureza, mediante a sensibilidade humana e não criá-la ou determiná-la. Todas as virtudes da sensibilidade (intelecto, sentido, amor) mesmo que não racionais, empregavam-se na definição do direito e era natural que assim fosse, porque a função do direito nada mais era que outra peça nessa harmonia previamente estabelecida no plano divino<sup>54</sup>. Portanto, se a definição de um caso dependeria dessa estrutura vaga e não hierarquizada das normas, as soluções podiam ser variadas:

Uma vez que as hierarquias normativas eram sensíveis aos casos particulares e as fórmulas de transcrição não possuíam uma eficácia fixa, o resultado era toda uma ordem entrelaçada e móvel<sup>55</sup>.

A concepção predominante era a de uma grande ordem que abrangia a todos os homens e coisas e se remetia ao Criador<sup>56</sup>. Sendo assim, a desigualdade fazia parte do cosmos e deveria ser respeitada e mantida. A cada uma das esferas desiguais deveria ser dada autonomia para resolver seus próprios conflitos. Todo o poder era obrigatoriamente descentralizado<sup>57</sup> e "... a ideia de Estado (...) enquanto fonte legítima e exclusiva de emanção da autoridade política e jurídica (...) é absolutamente antagônica à ideia de autoridade presente no mundo medieval"<sup>58</sup>.

Essa característica- a descentralização- somada ao fato de que os julgadores eram selecionados hereditariamente, podendo doar ou vender o título, faz com que, no período pré-positivista, o exercício da judicatura não revele efetivamente qualquer preocupação com a fundamentação das decisões ou a

---

<sup>53</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. Op. Cit., p. 253.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 247.

<sup>56</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **A formação da subjetividade jurídica moderna**: notas sobre a constituição de nosso direito. Disponível em: <[www.historiadodireito.com.br](http://www.historiadodireito.com.br)>. Acesso em: 20/07/2012.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> Idem.

utilização de uma metodologia específica que permita o controle do ato de julgar: os juízes faziam parte daquela ordem dada e isso legitimava as suas decisões<sup>59</sup>.

Essa compreensão foi substituída com o advento da Modernidade e da valorização dos parâmetros de universalidade, racionalidade e legalidade. Com a concentração do poder no Estado, a atividade do julgador passou a circunscrever-se a repetição das normas emanadas por esse Estado (antes o Rei, depois o Parlamento). O direito foi alçado à posição de ciência e para sua utilização foi necessária a criação de um método específico: “el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y la teoria posee los métodos adequados para determinar qué es el derecho”<sup>60</sup>.

A transformação do direito medieval para o direito moderno é tratada por Hespanha a partir de uma alegoria utilizada por Bauman, quando o autor descreve a diferença entre a atuação de um coiteiro e de um jardineiro e a atuação de um jurista pré-moderno e de um moderno. Segundo a alegoria de Bauman, embora ambos, coiteiros e jardineiros, lidem com a natureza, existe uma diferença entre a profissão exercida por uns e por outros. Coiteiros se preocupam em podar as ervas daninhas, retirar da natureza aquilo que ela naturalmente pode oferecer e cuidar para que a selva continue sendo selva, sem interferências externas que a possam prejudicar. Jardineiros, por seu lado, transformam selvas em jardins, interferem diretamente no comportamento da natureza para moldá-la à forma que atende melhor aos seus interesses, e precisam estar constantemente a reparar aquilo que fazem, porque a tendência do jardim é sempre a de voltar a ser selva<sup>61</sup>. Para Bauman, na leitura de Hespanha, os juristas medievais atuavam como coiteiros e os juristas da idade moderna atuavam como jardineiros:

A emergência da modernidade consistiu num processo semelhante de transformação de culturas selvagens em culturas jardins (...) O século XVII marcou o momento em que o processo ganhou impulso; em inícios do século XIX tinha sido já amplamente concluído no extremo ocidental da península europeia. Graças ao seu sucesso nessa região, tornou-se igualmente padrão desejado do mundo ou imposto ao resto do mundo<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? E expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 12, n. 40, p. 13-110, 2001. p. 108.

<sup>60</sup>CASAMIGLIA, Albert. Op. Cit., p. 212.

<sup>61</sup>HESPANHA, Antônio Manuel. Op. Cit., p. 253.

<sup>62</sup>BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 52-53.

Bauman anuncia que o intelectual moderno se encaixa na metáfora do legislador<sup>63</sup> e, Hespanha, partindo dessa constatação, traça o perfil do jurista moderno. O jurista moderno, encaixado na metáfora do legislador, lida com um direito universal que se aplica de forma igualitária a qualquer localidade e qualquer indivíduo. As normas são gerais e abstratas e são válidas porque exaradas pela única instituição soberana que é capaz de ditar certo e errado no âmbito público: o Estado<sup>64</sup>.

Na verdade, os legisladores modernos – aqueles que inventaram e depois difundiram por todo o mundo a lei rígida- encaixam-se perfeitamente na descrição de um intelectual confiante e autoritário, proprietário exclusivo de um conhecimento verdadeiro e geral (...) sobre a natureza e a moral; agressivamente cego a acordos normativos preexistentes ou a abordagens alternativas; (...) capaz de decidir controvérsias de acordo com padrões monótonos<sup>65</sup>.

Para essa concepção de direito não servia mais aquele julgador cujo trabalho era induzir de uma pluralidade de fontes a decisão. Tornou-se necessário assegurar que o juiz efetivamente resolvesse os casos fazendo valer a única fonte legítima do direito: a lei<sup>66</sup>. O julgador passou então a ser aplicador do direito objetivo e, durante esse período, a vertente positivista dominou direito.

De acordo com a alegoria acima referida, portanto, na passagem do pré-positivismo ao positivismo ou do pré-moderno ao moderno, ocorreu a substituição do jurista couteiro pelo jurista jardineiro. Houve, também, conseqüentemente, uma transformação na forma de julgar, pois a liberdade indutiva precisou ser substituída pelo cumprimento rigoroso da determinação legal, característico do ideal positivista.

Ressalte-se, aqui, novamente, que as definições estão sendo apresentadas de acordo com o modelo proposto e consolidado teoricamente no período. Evidentemente, é possível questionar a possibilidade da escolha do julgador na aplicação da subsunção ou a existência de julgadores e órgãos jurisdicionais que excepcionalmente se comportam de maneira diferenciada embora possam ser

---

<sup>63</sup> “A estratégia de trabalho intelectual tipicamente moderna é melhor caracterizada pela metáfora do papel do legislador. Consiste esta em fazer afirmações autoritárias que arbitram controvérsias de opinião e selecionam opiniões que, tendo sido selecionadas, se tornam justas e obrigatórias”. Idem.

<sup>64</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. Op. Cit., p. 255.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 242.

<sup>66</sup> “El positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política”. CASAMIGLIA, Albert. Op. Cit., p. 212.

inseridos temporalmente em tal modelo. O objeto de estudo é a regra, tal qual exposta teoricamente, e não as exceções. Ou, como explicado, o trabalho se estenderia para além dos limites da análise proposta.

O positivismo trabalha com a ideia de uma estrutura de sistema jurídico integrada por regras, em que cada direito corresponde necessariamente a um dever. Essas regras poderão apresentar conflitos de natureza lógica, internos ao sistema, que deverão ser resolvidos também logicamente, pela exclusão de uma das regras em debate. O direito se identifica pela sua forma e origem e não pelo seu conteúdo, por isso a ciência jurídica é descritiva da linguagem do direito (e separa-se o direito da moral)<sup>67</sup>. Bobbio, nesse sentido, explica que a teoria positivista reduz a justiça à validade, tornando o problema da justiça um problema ético e não um problema jurídico<sup>68</sup>.

O jurista, para o modelo positivista, apreende um objeto que está fora dele: as regras jurídicas. Dessa forma, os casos que são apresentados ao magistrado para julgamento, ou estão regulados pelas regras jurídicas, ou não estão. Como adverte Larenz, para o positivista o direito não é uma ciência de fatos, mas uma ciência de normas<sup>69</sup>. Se a situação apresentada ao julgador estiver regulada por regras, a técnica perfeita para determinar a aplicação de uma norma à um caso concreto é a interpretação verbal, o que assegura que a atividade do magistrado seja de aplicação<sup>70</sup>. Se o caso a ser julgado não estiver diretamente regulado pelo direito positivo, então é conferido ao magistrado um campo de discricionariedade, no qual reconhecidamente atua criando o direito. Essas seriam as características básicas de um sistema considerado positivista<sup>71</sup>.

Com relação especificamente à tarefa de julgar, o positivismo de matiz kelseniana entende que cabe ao magistrado localizar a norma referente ao caso e aplicá-la para a solução da controvérsia. Ou seja, a tarefa interpretativa do julgador é

---

<sup>67</sup> Essa delimitação das principais características do modelo positivista foi extraída da obra de REGLA, José Aguiló. **Sobre derecho e argumentación**. Pablo de Mallorca: Leonard Muntaner, 2008.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 39.

<sup>69</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 6. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 82.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>71</sup> Não se pretende aqui esgotar o conceito de positivismo ou ignorar que pode ser dividido entre várias vertentes. Especialmente, compreende-se a distinção comumente travada entre a vertente formalista oitocentista da Escola da Exegese e Jurisprudência dos conceitos, da vertente mais científicista, de Kelsen e Hart, desenvolvida no Século XX. Todavia, aqui, tendo em vista o objetivo da pesquisa, não cabe a diferenciação e a análise dessas especificidades.

a de descrever o que se pode extrair da norma. Quando não exista norma específica para o caso, então se assume que efetivamente caberá ao magistrado grau de discricionariedade para criar o direito, em virtude da falha do legislador. A aplicação do direito se pauta por um método (lógico-dedutivo/silogístico-subsuntivo) e só a lei pode criar direito, a decisão judicial não deve criar direito, mas limitar-se a aplicá-lo<sup>72</sup>.

A interpretação das normas, para a teoria positivista, é explicada por Kelsen: “entendendo-se por interpretação a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado dessa atividade só pode ser a verificação da moldura (...) o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro dessa moldura”<sup>73</sup>. Hart, muito embora tenha chamado a atenção para a textura aberta da norma, ainda assim considerava que preenchendo essa abertura com critérios extrajurídicos, o julgador estaria inventando o direito<sup>74</sup>. O positivismo não se ocupou de criar limites à atuação do julgador, até mesmo porque, segundo o positivista concebe a atividade judicante, a regra a limita e, quando não existe regra, está autorizada a atuação discricionária.

Essa forma de vislumbrar a atividade do magistrado perdurou por cerca de dois séculos, todavia, os dogmas da modernidade, o formalismo, o legalismo e o cientificismo, foram colocados em xeque no início do Século XX, especialmente após o advento da Segunda Guerra Mundial. Provou-se, de maneira contundente, mediante o fato histórico, que o direito não pode se afastar da justiça<sup>75</sup>. Essa constatação gerou uma outra produção teórica sobre o direito, voltada para a criação de padrões substanciais e, essa nova produção teórica, legou para a jurisdição a atribuição de novas tarefas.

A atividade de julgar, diante da crise do positivismo, necessitou de uma teoria sobre como lidar com as normas de textura aberta e, mais ainda, uma teoria

---

<sup>72</sup> De acordo com Castanheira Neves o positivismo cria um modelo lógico para ocultar um problema jurídico. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 28.

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 116.

<sup>74</sup> “desde una posición como la de Hart el derecho es el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos no está aplicando el derecho sino que está inventando el derecho”. CASAMIGLIA, Albert. Op. Cit., p. 212.

<sup>75</sup> Sobre o afastamento do direito e da justiça nesse período histórico, disserta Duarte: “Foi nesse contexto dramático que milhões de pessoas se viram privadas de um lugar próprio no mundo, de uma função social que lhes permitisse manter a dignidade e, por fim, da própria cidadania, isto é, do “direito a ter direitos”, visto que se encontraram desprovidas de um Estado que lhes definisse um estatuto legal e lhes protegesse”. DUARTE, André. Op. Cit., p. 56-57.

sobre como lidar com os elementos extrajurídicos: “la teoria positivista como teoria del derecho es incompleta porque necesita una teoria de la adjudicacion que enfoque como deben razonar los tribunales”<sup>76</sup>. A crise do positivismo implicou, portanto, novamente uma alteração da compreensão da atividade exercida pelo magistrado. O direito sofreu, a partir daí, a transformação paradigmática advinda do fenômeno da constitucionalização:

El positivismo há agotado su ciclo, como anteriormente ho hizo la teoria del derecho natural (...) la escuela histórica há crucificado al derecho natural en la cruz de la historia, hoy podría afirmarse que “el constitucionalismo há crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitucion”<sup>77</sup>.

A Constituição, reveladora dos parâmetros morais da comunidade, assumiu força normativa, aplicando-se diretamente (independentemente de legislação intermediária) e, inclusive, se sobrepondo a qualquer outra norma jurídica. Todo o ordenamento passou a ser lido a partir da Constituição e a atividade do juiz recebeu relevância porque ele acessa a Constituição, pela interpretação, no controle dos atos dos demais poderes. Segundo coloca Bauman, na linha de raciocínio anteriormente indicada, o juiz pós-moderno se encaixa mais na metáfora do intérprete do que na metáfora do legislador, na qual se encaixava o juiz moderno<sup>78</sup>. Esse novo contexto apresenta características que se contrapõem as características positivistas.

O sistema jurídico passou a ser integrado não apenas por regras, mas, também e, essencialmente, por princípios, o que fez com que as normas positivas deixassem de ser a única fonte legítima do direito. Os conflitos originados entre as normas (principiológicas) passaram de lógicos para valorativos, viabilizando a existência de normas contraditórias e igualmente válidas no sistema, mas que são predominantes em situações concretas diversas. Para a função de julgar criou-se a distinção entre casos fáceis, que se resolvem pela lógica tradicional da aplicação das regras, e os casos difíceis, que demandam a atuação dos princípios. Nos casos difíceis, a técnica de solução de conflitos é a ponderação, que implica a atividade criativa do intérprete. Esse conjunto de características arrimadas depois do domínio positivista representa os elementos principais do pós-positivismo<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentacion**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 44.

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores...**, p. 53.

<sup>79</sup> A classificação é novamente extraída da obra de REGLAS, José Aguiló. Op. Cit., 40.

Nesse novo contexto, diferentemente do que afirmavam Kelsen e Hart, não se compreende que existe um campo de discricionariedade conferido aos magistrados quando o caso apresentado não se resolve pela aplicação do método subsuntivo convencional. Pelo contrário, para os pós-positivistas é preciso reconhecer que, mesmo quando não há regra, a decisão precisa ser fundamentada pelo direito, ela não é simplesmente inventada pelo juiz<sup>80</sup>. A preocupação principal do contexto pós-positivista, segundo aponta Casamiglia, é fundamentar as soluções jurídicas que se dão para além do sistema de regras:

Desde el analisis economico del derecho hasta las posiciones de jurisprudência valorativa proclaman la necesidad del uso de instrumentos para resolver problemas. Muchas veces se importan de otras disciplinas, em los últimos tiempos, por ejemplo, um gran interés por la filosofía moral y política porque son instrumentos que sirven para resolver los problemas con un contexto de justificación poco superior a la mera intuición<sup>81</sup>.

Todavia, tratando das inovações trazidas pelo pós-positivismo, seria equivocado afirmar que tal posicionamento teórico derrubou todas as colunas positivistas. O pós-positivismo, na verdade, manteve muito da estrutura anteriormente conceituada e, as ideias pós-positivistas, em grande parte, foram construídas a partir de dogmas positivistas<sup>82</sup>. Também, seria falso afirmar que o pós-positivismo superou o positivismo, com relação à obtenção de certeza sobre as decisões proferidas em casos que não se resolvem mediante a aplicação de regras. Ainda está em curso a batalha pela consolidação de padrões de controle da atividade dos magistrados nessa espécie de decisão e existem teóricos que defendem, inclusive, que o pós-positivismo causou o alargamento da discricionariedade do julgador<sup>83</sup>. O que se pretendeu demonstrar ao longo deste tópico foi que a transformação da forma pela qual se compreende o direito, implica

---

<sup>80</sup> “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes...** Op. Cit., p. 13.

<sup>81</sup> CASAMIGLIA, Albert. Op. Cit., p. 215.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> Humberto Ávila, por exemplo, se posiciona nessa perspectiva, apontando que uma interpretação que se compreende mais fundada em princípios do que em regras e não se preocupa com o desenvolvimento de uma técnica de controle por critérios intersubjetivamente válidos, é espaço de arbitrariedade e excesso. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de direito do estado**, Salvador, n.17, p. 01-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso em: 17/01/2013



também modificações na maneira como o magistrado exerce a função de julgar e na maneira pela qual legitima e fundamenta a decisão.

Primeiramente, num contexto pré-positivista, a forma de compreensão do direito como uma ordem dada mediante uma pluralidade de fontes, implica para o magistrado a tarefa de induzir desta ordem a solução das controvérsias. A decisão é também parte dessa ordem e está em si mesma justificada. Já diante da concepção positivista, que percebe o direito como ciência de normas, o magistrado se posiciona como um aplicador destas normas, que legitima sua atividade exatamente pelo método que utiliza, independentemente da justiça do resultado. Atualmente, no ambiente pós-positivista, o juiz tem a tarefa de fazer cumprir e respeitar a Constituição, que é uma norma peculiar, de onde se extrai os valores materiais relevantes para uma dada comunidade. Reconhece-se, portanto, que existe na atuação do magistrado um dever de lidar com valores. Todavia, os valores com os quais lida não são os seus próprios de maneira discricionária, mas os valores constitucionais, que devem ser utilizados de maneira fundamentada, mediante a exposição de argumentos. É neste contexto e diante deste desafio, que o trabalho aventado, na perspectiva da indicação de critérios de controlabilidade das decisões, se faz pertinente.

## 1.2 OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO PÓS-POSITIVISMO

Sabe-se, portanto, que o Poder Judiciário no Estado Constitucional se torna o responsável pela efetivação do Texto Constitucional e dos direitos fundamentais por ele assegurados, tanto mediante a prestação jurisdicional requisitada pelos jurisdicionados, quanto mediante o controle da legislação e das políticas públicas criadas pelos poderes políticos. O que se pretende a partir de agora é delinear aspectos que influenciam o magistrado na realização destas tarefas de maneira indireta, mas que compõe o pano de fundo no qual a jurisdição constitucional brasileira se exerce, na atualidade. Na linha de Barroso, acredita-se que existem

elementos circunstanciais que compõe a atividade do magistrado “para além da boa aplicação do direito” mediante uma “independência que não é desse mundo”<sup>84</sup>.

A compreensão de tais aspectos, quais sejam, a atribuição ao magistrado da tarefa de revelar a moral constitucional, a aproximação entre o direito e a sociedade que contribui para a popularidade dos magistrados e a crise dos poderes políticos, que favorece a expansão da intervenção do Poder Judiciário em questões políticas polêmicas, que serão a partir de agora estudados, corroboram o entendimento manifestado neste trabalho quanto à necessidade da reflexão sobre o método de julgar do Supremo Tribunal Federal e o imperativo reforço qualitativo dos argumentos apresentados nas decisões.

De acordo com Capella, a atribuição do jurista se transforma diante da transformação da realidade com que opera<sup>85</sup>. A jurisdição no início deste século enfrenta os desafios tradicionais do Estado Constitucional, como a convivência entre os poderes, a efetivação dos direitos fundamentais e a representação política, mas se depara também com desafios diferenciados, referentes ao domínio da informação, questões ecológicas, globalização, poderes corporativos, entre outros<sup>86</sup>. Afirmar que o magistrado decide impondo a moral presente na Constituição, implica saber o que representa o conceito de moral para a sociedade pós-moderna na qual o juiz está inserido. Lidar com as novas tecnologias, implica reconhecer que as transmissões ao vivo de decisões colegiadas de um Tribunal Constitucional podem trazer consequências para a qualidade da deliberação nesse órgão e para a relação entre os julgadores e a sociedade. Constatar a crise dos poderes políticos pode revelar a necessidade de mais controle, inclusive, das decisões proferidas pelo Judiciário.

A ideia, portanto, é apresentar alguns dos desafios diante dos quais está posta a jurisdição constitucional brasileira, na atualidade, com a finalidade de introduzir o tema, inserindo-o numa totalidade de elementos circunstanciais relevantes. A importância da decisão constitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal diante de todos esses elementos revela porque se faz necessário repensar

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição...**, p. 03.

<sup>85</sup> CAPELLA, Juan Ramón. Las transformaciones de la función del jurista en nuestro tiempo. **Crítica jurídica**, Ciudad Universitaria, n. 17, ago/dez, p. 51-71, 2000. p. 52.

<sup>86</sup> MIRANDA, Jorge. **Revista de direito brasileira**, São Paulo, ano 02, jan./jun. 2012, p. 453-457. Entrevista. p. 455.

sua legitimidade para além da definição constitucional, a partir da qualidade argumentativa dos votos dos ministros.

### 1.2.1 A aproximação entre o direito e a moral (que se pode ler na Constituição)

Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4167, que julgava a validade da norma geral que havia fixado critérios para o piso salarial nacional dos professores do ensino médio, o Ministro Marco Aurélio de Mello declarou o seguinte: “Estou a dizer que a lei é boa em termos de justiça, mas não é constitucional (...) não podemos confundir justiça com constitucionalidade”<sup>87</sup>. Restou voto vencido. Em voto que acompanhou a maioria, pela constitucionalidade da norma, assim consignou o Ministro Luiz Fux: “a garantia desse piso salarial para os profissionais de educação (...) faz parte do nosso ideário pós-positivista de valorização da educação”<sup>88</sup>. Aqui, citam-se especificamente esses dois excertos<sup>89</sup>, para exemplificar o assunto que se pretende debater a partir de agora: a aproximação entre a moral, a justiça e o direito, no pós-positivismo<sup>90</sup>.

Diante do paradigma positivista, a questão da justiça e da moral não era uma questão a ser tratada pela ciência do direito. O direito deveria se ocupar das normas positivadas, do que é propriamente e não do que deveria ser. Intentar relacionar o direito e a moral, o direito e a justiça, o direito e a felicidade social, seria obscurecer e prejudicar a ciência do direito, retirando-lhe sua pureza, atribuindo à

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4167. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 23 Nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>>. Acesso em: 17/01/2013. p. 63.

<sup>88</sup> ADI 4167, 23.11.2011, p. 53-56.

<sup>89</sup> Convém esclarecer, inicialmente, que esses não foram os argumentos centrais nos quais se amparou a decisão, outros argumentos foram apresentados, até mais relevantes do que estes, e que serão igualmente estudados no último capítulo da dissertação apresentada.

<sup>90</sup> Confirmando a tese aqui mencionada, FIGUEROA mapeia os principais autores que tratam do tema “Esta concepcion colabora a veces con una punjante teoria de la argumentacion jurídica y moral (Alexy), en otras se halla presidida por el ideário garantista (Ferrajoli), muy a menudo incorpora las objeciones (Dworkin) o las correcciones (Coleman, Walluchov) al positivismo hartiano y casi siempre halla buen respaldo entre teóricos de derechos fundamentales (Peces-Barba) y de la dogmática constitucional (Zagrebelsky). FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: Carbonnel, Miguel. (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 161.

ela uma tarefa que não é capaz de realizar<sup>91</sup>. Então, nesse sentido, é compreensível a afirmação de que justiça e validade não se identificam e podem ser avaliadas separadamente.

Na segunda metade do século passado o direito constitucional rompeu com esta posição cientificista, elaborando constituições valorativas, que são reservas de justiça protegidas e viabilizadas pela jurisdição constitucional<sup>92</sup>. As Constituições compreendem um sistema aberto de regras e princípios que precisam, para sua efetivação, de um trabalho de integração do jurista. Os Textos Constitucionais contemporâneos concebem expressões vagas, elásticas, imprecisas e, por isso, exigem do jurista que tome uma posição moral na concreção das normas constitucionais<sup>93</sup>. De acordo com essa colocação, o argumento apresentado pelo Ministro Luiz Fux, que atrai valores sobre bom e mau e certo e errado para o debate jurídico<sup>94</sup>, é característica da fase posterior ao positivismo<sup>95</sup>.

Busca-se, portanto, no pós-positivismo, unir o direito a uma moral radicada na Constituição. Essa moral, certamente, não se trata da moralidade subjetiva do magistrado, nem de uma moralidade universal pré-determinada e perene (religiosa ou científica), mas de uma moralidade social, construída a partir da ideia de pluralidade e de Estado de Direito Constitucional. Conforme explica Neves, os valores morais constitucionais não correspondem a uma única moralidade ideal e válida, mas aos diversos juízos morais que possam ser apresentados no debate público<sup>96</sup>.

Assim, quando se afirma que a moralidade deve ser fundamentada na Constituição, não se está a afirmar que seja a Constituição a decisão indiscutível do consenso, mas que encontrar a moralidade válida, presente na Constituição, apenas

---

<sup>91</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 57.

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

<sup>93</sup> POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONNEL, Miguel. (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Trotta, 2003. p. 191.

<sup>94</sup> O raciocínio elaborado é basicamente: o trabalho do professor é considerado bom pela sociedade, é justo que se valorize aquilo que a sociedade entende como bom; logo, é justa a lei que valoriza o trabalho do professor. A lei é constitucional porque representa um valor considerado bom. É justa, portanto.

<sup>95</sup> “numerosos desarrollos neoconstitucionalistas que, como hemos indicado, tienden a ver el la constitucion el compendio de la moral publica de la modernidade, abdicando de la rigurosa separacion positivista entre Derecho y moral y consiguientemente del punto de vista externo y critico para adotar una actitud moral y politicamente complacente frente al derecho positivo”. PIETRO SANCHES, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial In: CARBONNEL, Miguel. (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 105.

<sup>96</sup> NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 75.

é possível porque a Constituição é a representação de mais de uma moralidade. A Constituição é, portanto, a pluralidade de mundos possíveis pelos quais o jurista pode optar<sup>97</sup>.

Hemos dicho que las constituciones principialistas de nuestros días aumentan la función de modelar el conjunto de la vida social pero como e en que sentido lo hacen? Parece que no como una decisión categórica de un grupo o ideología que desde una filosofía política homogénea, dicen a un marco único y cerrado de convivencia; no se trata en sentido próprio de pactos o contratos donde se alcancen puntos indiscutibles mediante aportaciones y cesiones<sup>98</sup>.

Essa concepção de moral corresponde à forma pela qual o indivíduo a concebe na era pós-moderna, segundo Bauman, desvinculando-a da noção de ética<sup>99</sup>. A morte de Deus e a morte da Razão coloca o indivíduo pós-moderno e o direito pós-positivista, diante de uma espécie de moral que não corresponde a um padrão absoluto de verdade<sup>100</sup>. A decisão moral, proferida por um Tribunal Constitucional, não se justifica pela ordem natural das coisas, pela religião, pela legalidade, pela autoridade que a emana e nem mesmo pelo caráter majoritário das decisões democráticas. A decisão do Tribunal Constitucional se justifica nela própria pelo argumento em referência à Constituição e à carga axiológica que por ela o direito recepciona<sup>101</sup>.

As Constituições pós-positivistas muito mais do que estabelecer o que o Estado e os indivíduos não devem fazer, determinam aquilo que eles devem fazer<sup>102</sup>. O Judiciário é responsável por definir e ordenar aos demais poderes a concessão de prestações para efetivar direitos sociais, é chamado a atuar na

<sup>97</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y Constitución**. Madrid: Trotta, 2005. p. 76.

<sup>98</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. Op. Cit., p. 118.

<sup>99</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida...**, p. 38.

<sup>100</sup> “não está claro como a causa da moralidade, da bondade e da justiça, pode ser levada a sério num mundo que parece ter chegado a um acordo com a sua própria falta de fundamento, que não parece dar mais importância à isso”. Ibidem, p. 40.

<sup>101</sup> “el aspecto material de la constitucionalizacion del ordenamiento consiste en la consabida recepcion en el sistema jurídico de ciertas exigências de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales, en otras palabras o derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica, se ha rematerializado”. FIGUEROA, Alfonso Garcia. Op. Cit., p. 165.

<sup>102</sup> “El neoconstitucionalismo es el resultado de la convergência de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la constitucion como regla del juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomia de los individuos sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos en un marco democrático e relativamente igualitário quien es desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo cambio, concibe la constitucion como la encarnacion de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa diretivo e empresa de transformacion social y política” PIETRO SANCHIS, Luis. Op. Cit., p. 106.

limitação dos direitos individuais frente às opções comunitárias, é chamado inclusive a relevar quais as opções morais da sociedade em um e outro assunto.<sup>103</sup>

Não há assunto sob o qual a Constituição não tenha nenhuma orientação e cabe ao magistrado explicitá-la mediante técnicas sutis e complexas de interpretação, pois embora estejam determinados os princípios na Constituição, a leitura deles dependerá do contexto cultural e temporal no qual se aplicam, como ensina Zagrebelsky:

... tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidade humana e etc., pero el contenido de los conceptos, es decir, su concepcion, es objeto de inagotables discusiones<sup>104</sup>.

Portanto, a aproximação entre o direito e a moral implica necessariamente acréscimo de poder ao Judiciário, uma vez que a ele caberá atrair para a decisão judicial esta leitura na interpretação e atualização das normas. A atribuição de maior poder ao Judiciário implica necessariamente acréscimo de justificação das decisões. Se acontece a vinculação do direito à moral, no aspecto funcional, o raciocínio jurídico também se aproxima de um raciocínio moral e a teoria do direito tende a ser cada vez mais uma teoria da argumentação, da justificação e da explicação<sup>105</sup>.

### 1.2.2 A popularização do direito e do Poder Judiciário

O Estado Constitucional causou uma reviravolta na finalidade e na função do direito que o aproximou dos cidadãos. O direito não trata apenas da elaboração e aplicação de normas, com a finalidade de manter a pacificação social (regular o Estado e preservar os direitos dos indivíduos). Agora, o direito, por sua Constituição, tem um programa valorativo para a sociedade e atua diretamente na efetivação

<sup>103</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Op. Cit., p. 18.

<sup>104</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho...**, p. 124.

<sup>105</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. Op. Cit., p. 167.

desse programa<sup>106</sup>. De outro lado, a sociedade complexa incita algumas inseguranças inéditas, referentes ao avanço das tecnologias, a possibilidade de contaminação dos alimentos, o mapeamento genético e etc., que incitam nos indivíduos a esperança de que regulamentações e contratos viabilizem a estabilidade das relações no futuro<sup>107</sup>.

Quando se afirma que o direito ocupa espaço mais largo na vida dos indivíduos na contemporaneidade, faz-se partindo da constatação de que o Estado Constitucional é um espaço de heterogeneidade<sup>108</sup>. Na sociedade das diferenças, cabe ao direito resolvê-las e preservá-las:

A juridicização crescente do tecido social se traduz no fato de que o direito é, a partir de então, chamado a reger as relações humanas que se submetiam anteriormente a modos de regulação extrajurídicos ou fundados na confiança<sup>109</sup>.

Sendo a sociedade atual uma sociedade de moral fragmentada caberá ao direito fomentar determinadas condutas e punir outras como forma de consolidar valores (ideais determinados pelos princípios de justiça, extraídos da Constituição)<sup>110</sup>. Daí o avanço do direito em diferentes esferas e, especialmente, na elaboração de normas sobre temas cada vez mais diversificados, tais como o terrorismo, a violência no trânsito, o racismo, a homofobia, o bullying e etc.<sup>111</sup> Aqueles valores que seriam estabelecidos nas igrejas, nas famílias e nas comunidades, agora precisam ser estabelecidos pelo direito<sup>112</sup>.

Ademais, o Estado de Providência e a sua crise, já comentados, também contribuíram para essa expansão do direito e, mais ainda, para a expansão do Judiciário. O Estado Social pelo alargamento das funções estatais criou “... uma *proliferação anárquica das regras*, o que tornou mais indeterminados os contornos da ordem jurídica, comprometeu a sua coesão e perturbou a sua estrutura (grifos no

---

<sup>106</sup> Sobre o tema, disserta Barroso: “O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez travessia de um milênio para o outro”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 342-343.

<sup>107</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 130.

<sup>108</sup> No contexto pós-positivista cabe ao direito controlar um politeísmo de valores. Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição, 2 ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 16.

<sup>109</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 134.

<sup>110</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. Op. Cit., p. 94.

<sup>111</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 141.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 142.

original)”<sup>113</sup>. A banalização da legalidade, trazida pelo Estado Providência, fez surgir a necessidade de um controle efetivo pelo Judiciário, o Império da Lei foi substituído pelo império do direito e ao juiz coube essa verificação<sup>114</sup>. A crise do Estado Providência ao invés de causar um afastamento do direito, causou, pelo contrário, um retorno ao direito, especialmente em virtude das promessas lançadas por aquele modelo de Estado, que precisam ser cumpridas pelos poderes políticos, mas que só podem ser determinadas forçadamente pelo Poder Judiciário.

Os movimentos sociais no Estado Constitucional tendem a formular as suas pretensões em termos de direitos, exigindo como garantia das suas reivindicações a criação de normas específicas para cada categoria (estatuto dos idosos, estatuto da criança e do adolescente, estatuto da mulher, estatuto dos consumidores e etc.) e depois, cuidam de fiscalizar a boa interpretação e aplicação desses textos<sup>115</sup>. Sabendo dos direitos que lhe foram reconhecimentos, especialmente os prestacionais, a população se aproxima do Poder Judiciário, creditando a ele a capacidade de transformação social.

Os juízes, diante dos reclames populares, tentam corresponder às expectativas de realização da transformação social e consolidação dos valores constitucionais: vê-se proliferar a figura nova do juiz “justiceiro”, que assume a missão de sanear e moralizar a vida política<sup>116</sup>. Essa postura se agrava diante da pressão que a mídia e a opinião pública exercem sobre os julgadores.

No Brasil, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que tem suas sessões transmitidas por televisão, ao vivo, a pressão midiática e popular tem implicações sérias sobre a qualidade argumentativa das decisões e possibilidade de obtenção de consensos, conforme explica Pereira:

Nos últimos tempos estão sendo decididas pelo Supremo Tribunal Federal, em seqüência inédita, diversas questões com grande repercussão política, moral e social. O tribunal tornou-se o centro das atenções e vem sendo submetido a uma intensa carga de elogios, de críticas ferozes e de pressões diretas e indiretas<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 171.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 210.

<sup>117</sup> PEREIRA, Jane Gonçalves. **O judiciário e a opinião pública**: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/jane-reis-goncalves-per-eira>>. Acesso em: 15/01/2013.



De acordo com Silva e Mendes, a discussão a respeito da pressão decorrente da transmissão ao vivo dos julgamentos abre oportunidade para uma discussão ainda mais séria referente às condições institucionais que contribuem para a tomada das melhores decisões. Segundo os autores citados, a publicidade e a transparência não determinam a qualidade do julgamento e a decisão colegiada, que deveria surgir do debate e da deliberação, diante da transmissão televisiva pode torna-se, em órgão colegiado, a junção de vozes isoladas:

...alguns ministros começam a aproveitar o “momentum” televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo (...) tornam-se celebridades, o que é perigoso<sup>118</sup>.

Barroso, no mesmo sentido, adverte que embora mecanismos como a transmissão ao vivo dos julgamentos sejam interessantes para o controle social, o Judiciário não deve curvar-se à opinião pública: “muitas vezes a decisão justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um Tribunal não pode decidir pensando nas manchetes”<sup>119</sup>. A preocupação dos autores citados se justifica exatamente pelo interesse que a sociedade tem despertado pela justiça<sup>120</sup>. De acordo com Streck, o Supremo Tribunal Federal, que até 1988 era um “outro desconhecido”, agora é um “ex-desconhecido” exatamente porque em um Estado Democrático as demandas por concretização de direitos inserem o órgão jurisdicional no centro da vida política nacional<sup>121</sup>.

Para ilustrar o tema, veja-se uma situação prática: na rede social *Facebook*, se tornaram recorrentes, em agosto de 2012, publicações sobre a postura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com relação ao julgamento do caso do mensalão, do partido dos trabalhadores<sup>122</sup>. Em um exemplo, a foto do Ministro Joaquim Barbosa, relator do caso, devidamente paramentado com as vestes de

<sup>118</sup> SILVA, Virgílio Afonso e MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 mai. 2009. Caderno Opinião.

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Direito...**, s/p.

<sup>120</sup> CRISTO, Alessandro e CANÁRIO, Pedro. Opinião Pública não pode pautar decisões do judiciário. **Consultor Jurídico**, Influência temerária, 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-10/opiniao-publica-nao-pautar-decisoes-judiciario-dizem-especialistas>>. Acesso em: 17/01/2013.

<sup>121</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A PEC nº 03/2001 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17/01/2013.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. AP 470. Ministério Público Federal versus José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 16 Dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>> Acesso em: 17/01/2013.

magistrado e sendo exaltado como herói<sup>123</sup>. Em outro exemplo, a foto do Ministro Ricardo Lewandowski, acusado de envergonhar a população, por ter se posicionado contrariamente a opinião popular<sup>124</sup>. Estas manifestações, inicialmente veiculadas por populares e depois comentadas pela mídia impressa, demonstram a contundência com que a opinião pública e a opinião publicada podem exercer a fiscalização das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Os magistrados, conscientes da importância social de sua função, assumem uma postura de vigilância. Os governantes suportam mal que seus projetos sejam censurados e denunciam o que poderia ser um golpe na democracia, pela pretensão de um governo de juízes<sup>125</sup>. E especialmente nos países em desenvolvimento, cabe ao Judiciário, envolvido ele próprio em conflitos com outras instituições, preservar a estabilidade institucional<sup>126</sup>.

Portanto, verifica-se ainda outro desafio para a jurisdição no Estado Constitucional do pós-positivismo que é determinado pela aproximação entre o direito e a sociedade. As demandas sociais por direitos e a responsabilidade dos juízes diante da efetivação dos planos constitucionais aumentam. Os magistrados, colocados no centro das questões políticas fulcrais da sociedade, ficam expostos aos aplausos e as críticas da opinião pública e da mídia. As decisões são publicadas e submetidas ao controle e ao debate público. Estas circunstâncias exigem do julgador ainda mais um esforço na tarefa de fundamentar e justificar as decisões proferidas, com base em argumentos constitucionalmente referidos.

---

<sup>123</sup> A legenda explicitava: “Batman é para os fracos. Meu herói é negão e usa capa preta”. A imagem teve repercussão na mídia e foi destaque em matéria publicada no jornal Gazeta do Povo. GALINDO, Rogério Waldrigues. **Não quero Joaquim Barbosa presidente**. Gazeta do Povo, 17 out. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blog/caixazero/?id=1308565&tit=nao-quero-joaquim-barbosa-presidente>>. Acesso em: 29/01/2013.

<sup>124</sup> A legenda explicitava: “o povo brasileiro tem vergonha de você”. A imagem teve repercussão na mídia e foi destaque em matéria publicada no jornal Folha de São Paulo. COELHO, Marcelo. **Pombos e urubus**. Folha de São Paulo. 26 ago. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/62810-pombos-e-urubus.shtml>>. Acesso em: 14/09/2012.

<sup>125</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 209.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 11/09/2011. p. 51.

### 1.2.3A aproximação do Poder Judiciário às decisões políticas

O fenômeno descrito até agora, referente aos desafios da jurisdição constitucional no Estado pós-positivista e a expansão das suas funções, está relacionado, também, ao ambiente de tensão ínsito a convivência entre o Poder Judiciário e os poderes políticos. É possível afirmar, nesse sentido, que a ampliação da participação do Judiciário na definição das questões políticas cruciais da sociedade não é exatamente uma decorrência da atitude dos juízes, mas também uma consequência da pouca atitude das instituições políticas. Os canais de representação democrática teriam receio de pronunciar-se sobre questões polêmicas, comprometendo a imagem dos candidatos perante o eleitorado, daí que o Poder Judiciário seria chamado, então, a atuar diante da inércia:

Trata-se de uma transferência de poder das instancias tradicionais, Executivo e Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno (...) uma certa desilusão com a política majoritária (...) atores políticos muitas vezes para evitar o desgaste preferem que o judiciário decida questões controversas como aborto e direito dos homossexuais<sup>127</sup>.

A doutrina aponta a existência de uma crise institucional. O Poder Legislativo teria sido esvaziado pela atribuição de diversas competências normativas ao Poder Executivo. Diante de um Chefe do Executivo que além de determinar a agenda do Congresso, mediante a apresentação de quantidade considerável de projetos, efetivamente legisla por meio de medida provisória “o Legislativo brasileiro foi muito amesquinhado”<sup>128</sup>. De outro lado, a dependência do Poder Executivo de amplo apoio para a aprovação das suas propostas, nas Casas Legislativas, favorece ocasiões propícias à corrupção, como explica Clève:

... O problema é o custo da governabilidade, um custo de tal modo transbordante que implica práticas transitando na contramão das promessas do Constituinte em relação à boa governança e aos princípios reitores da Administração Pública. O mensalão representaria de modo eloquente o que vem de ser afirmado<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Direito e...**, s/p.

<sup>128</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremos Poderes. **Estadão**, São Paulo, 5 ago. 2012. Entrevista.

<sup>129</sup> CLÈVE, Cléverson Merlin. **Presidencialismo de coalização e administração pública**. Disponível em: <<http://www.ninc.com.br/blog/2012/09/presidencialismo-de-coalizacao-e-administracao-publica/>>. Acesso em: 12/09/2012.

Diante da dificuldade de obter decisões dos poderes políticos, o Judiciário seria a instância perante a qual a sociedade efetivamente consegue debater as questões mais polêmicas e controversas. Isso se deve à independência dos magistrados, teoricamente não submetido aos outros poderes e nem mesmo à opinião pública, e se deve, também, ao método de produção das decisões, na medida em que juízes têm capacidade de escolher tecnicamente, diante de questões controversas, resultados de acordo com o direito. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tem a legitimidade constitucional (advinda da delimitação das competências do órgão jurisdicional e do processo de escolha de seus membros) e tem, também, a legitimidade argumentativa (as decisões proferidas não são apenas um ato de autoridade, mas um ato de exposição das razões que as justificam).

Com base nessa constatação, surge a defesa de que o Judiciário seria, na atual conjuntura, o adequado fórum de deliberação política<sup>130</sup>. Os poderes políticos, integrados por indivíduos sem qualificação técnica e comprometidos com determinados grupos sociais que os elegem, não teriam capacidade e nem independência para resolver questões atinentes, por exemplo, aos direitos fundamentais e as políticas públicas<sup>131</sup>:

O Supremo Tribunal Federal demonstra (...) que pode sim, ser uma Casa do Povo, tal qual o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados<sup>132</sup>.

Essa posição apoia-se em dados que demonstram que o Poder Legislativo está envolto em escândalos de corrupção e, em pesquisas de opinião, é tradicionalmente a instituição que menos confiança popular recebe, perdendo apenas para os partidos políticos (o Poder Judiciário conta com 46 % da confiança

---

<sup>130</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 211.

<sup>131</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Campus, 2009. p. 98.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. "Direito como integridade" e "Ativismo Judicial": Algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). **Estudos Contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 239.

da população enquanto que o Poder Legislativo conta com apenas 2%)<sup>133</sup>. Outro fator de interesse, as vezes despercebido, é o de que os indivíduos estão fisicamente afastados dos parlamentares e próximos dos magistrados, como menciona Dutra:

... o acesso do cidadão à justiça (por mais precário que seja) aparentemente é mais efetivo do que o acesso aos parlamentos (primeiro porque o parlamento é um e fica, para a maioria, a quilômetros de distância). De fato, o cidadão dificilmente vê seu congressista e se o vê, as ações do mesmo terão pouca eficácia sobre as demandas daquele cidadão. Em sentido oposto a isso, o juiz mora nas mais remotas cidades do Brasil e o judiciário é acessível a todos, seja diretamente, seja por advogado e, gratuitamente, quando necessário for<sup>134</sup>.

Segundo o autor citado, o desprestígio dos poderes políticos faz parte da tradição nacional e o argumento que tenta legitimar o critério legislativo como critério moralmente válido não passa de “extravagância de intelectual”<sup>135</sup>. Como explica Chevallier não se trata mais de defender que o Poder Judiciário pode controlar os outros Poderes, ainda que não detenha legitimidade democrática, isso atualmente é evidente. Trata-se, de outro modo, de defender que a legitimidade do Judiciário é ainda superior à legitimidade democrática<sup>136</sup>.

Nesse ambiente de tensão institucional, não é apenas a estrutura dos poderes políticos que é questionada. A própria fórmula da legislação como recurso para a representação da vontade da maioria da população perdeu credibilidade. A elaboração do processo legislativo é lenta e não responde de maneira imediata às dúvidas e aos anseios da população<sup>137</sup>. A legislação, por mais debatida que seja nas Casas Legislativas, depois de vigente precisa ser adequada aos casos concretos, o que resulta em tarefa da jurisprudência: “A melhor arte de redação das leis e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz”<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> Pesquisa divulgada pela Fundação Getúlio Vargas, no primeiro trimestre de 2012. Disponível em <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relat%20c3%b3rio%20ICJBras il%201%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relat%20c3%b3rio%20ICJBras%20il%201%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 12/09/2012.

<sup>134</sup> DUTRA, Delemar Volpato. Controle de constitucionalidade e separação de poderes em Habermas. In: PINZANI, Alessandro e DUTRA, Delemar Volpato. **Habermas em discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 80-93.

<sup>135</sup> Idem.

<sup>136</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. Cit., p. 209-211.

<sup>137</sup> Idem.

<sup>138</sup> CAPPELLETI, Mauro. **Juízes...**, p. 18.

Existe, portanto, um cenário conflituoso, que demonstra não uma crise entre os poderes, mas uma crise estrutural dos poderes políticos que enseja a expansão das funções e da importância do Poder Judiciário. Essa expansão sinaliza para uma proeminência do juiz e das posturas de ativismo judicial, que por sua vez pode causar uma crise entre poderes. Barroso defende que diante desse cenário, é necessário fortalecer as instituições políticas, principalmente mediante reformas políticas<sup>139</sup>.

Nesse sentido, importa salientar que alguns aspectos apontados como defeitos das instituições políticas não são propriamente defeitos, mas condições da sua existência. Como afirma Waldron, é necessário se conformar, e se felicitar, com o fato de que o Parlamento é realmente um espaço de discussão e não de consenso<sup>140</sup>. Críticas direcionadas ao Parlamento, que o acusam de não avançar na proteção de direitos das minorias, por exemplo, seriam, nessa perspectiva, pouco contundentes. O fenômeno é percebido por Mendes, alertando que mesmo as decisões adotadas pelos Tribunais, depois da leitura de longos votos, são decisões tomadas pela contagem de cabeças<sup>141</sup>.

Portanto, a jurisdição constitucional, no cenário contemporâneo, enfrenta ainda o dilema do seu próprio controle. Chamada a se manifestar sobre as mais diversas questões políticas, enfrenta o dilema entre uma postura ativista ou uma postura de contenção. As decisões proferidas pelo Poder Judiciário quando possam implicar intervenção na atividade dos poderes políticos demandam um ônus argumentativo, para demonstração de que não se está substituindo a vontade do legislador ou do executivo pela vontade do juiz, mas pela vontade da Constituição.

Existe um espaço delimitado pela ordem constitucional para decisões de conveniência política que devem ser tomadas pelos poderes políticos, especialmente o poder legislativo e, nessas situações, o juiz precisa curvar-se a autoridade que a Constituição concedeu ao legislador para a escolha da decisão. A possibilidade de controle de constitucionalidade não pode transforma-se em um mecanismo para o juiz determinar que decisão entende melhor ou mais

---

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. Conversas acadêmicas. **Os constitucionalistas**, 24 mai. 2010. Entrevista. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>> Acesso em: 17/01/2013.

<sup>140</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford Univ Press, 2001. p. 13.

<sup>141</sup> MENDES, Conrado Hübner. Op. Cit., p. 92.

conveniente<sup>142</sup>. Embora o pós-positivismo confira maiores atribuições ao Poder Judiciário existe um espaço de competências fixado constitucionalmente, no qual a tarefa por ele exercida não se confunde com a tarefa do legislador.

\*\*\*

A análise proposta, dos aspectos conjunturais da jurisdição constitucional demonstrou alguns fatores de importância que não podem ser ignorados para o estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal e critérios de controle dos argumentos que as justificam. Primeiramente, quanto a isto, note-se que o destaque do Poder Judiciário e a relevância das suas decisões, na atualidade, refletem o tipo de Estado no qual está inserido: o Estado Constitucional de Direito. Nessa fórmula de Estado, que substitui o Estado Liberal e o Estado Providência, situações em que predominaram Legislativo e Executivo respectivamente, o Judiciário é o garantidor da atuação e concretização dos valores presentes na Constituição, fiscalizando e confrontando os outros poderes.

De outro lado, o acréscimo de atribuições ao Poder Judiciário, na atualidade, se deve também ao modelo teórico de direito no qual está inserido: a fase posterior ao positivismo. É característica desta fase a inserção da justiça e da moral no direito, além da supremacia da Constituição, como norma jurídica, permeada por regras e princípios. Lidar com princípios exige do magistrado mais do que aplicar a lógica subsuntiva, exige que ele seja capaz de justificar a aplicação das premissas ao caso e de justificar também as próprias premissas. Essas exigências tornam mais complexa a tarefa do magistrado. Não basta decidir a matéria constitucional, é preciso que ele seja capaz de demonstrar, argumentativamente, a racionalidade da decisão.

Quanto aos desafios lançados à tarefa de julgar, neste contexto, importa saber que aproximar o direito da moral ou permitir ao magistrado buscar justiça na atuação do ordenamento jurídico, não é aceitar a decisão como um ato de vontade

---

<sup>142</sup> "... a avaliação da validade não pode tornar-se uma forma velada de o magistrado substituir as escolhas políticas do legislador pelas suas próprias". BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 394.

do magistrado, de atuação da sua própria convicção de justiça. Aproximar o direito da moral, nesse momento, é atribuir ao magistrado à tarefa de extrair, em uma sociedade fragmentada e plural, a moral lançada na Constituição, dando razões para a conclusão alcançada. Essas razões, por sua vez, também precisam ser convincentes, para toda essa sociedade fragmentada e plural, que legitima a própria Constituição.

Também, alerta-se, pelo tema estudado, que a aproximação entre os magistrados e a população, especialmente interessante no caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não pode resultar em populismo judicial. A importância da decisão para a população, a opinião pública e a academia, deve reafirmar a melhora da qualidade dos debates e não transformar as sessões em meras leituras de voto, sem deliberação. Os magistrados precisam conviver com as críticas e elogios, mantendo a independência que caracteriza o exercício da sua função.

Por fim, é relevante apontar a questão da crise que assola os demais poderes da República e alavanca o Judiciário a posição de responsável pela tomada de decisões políticas controversas e polêmicas. O Judiciário não deve furtar-se a responder as questões propostas pela sociedade e quanto mais controversas e polêmicas, mais se faz necessário o controle da argumentação que as fundamenta. Todavia, a crise institucional, mais do que revelar a importância de controlar as decisões do Poder Judiciário, indica a necessidade de repensar as instituições políticas.

É diante deste cenário que o Poder Judiciário deve proferir as decisões que aqui se pretende analisar. E é diante destes fatores, que o trabalho versado pretende apontar critérios de relevância para o controle das decisões do Supremo Tribunal Federal. Entende-se que nem a importância assumida pelo Judiciário no Estado Constitucional, nem as atribuições que recebe no pós-positivismo, nem a possibilidade de fazer justiça pela aplicação do direito, nem a popularidade que detém e nem a inércia dos demais poderes implica na legitimação imediata das decisões judiciais. Pelo contrário, todos esses fatores somam para a importância da fundamentação da decisão em argumentos controláveis, evitando-se assim o abuso de poder.



## II A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA A ACEITABILIDADE DO SEU CONTROLE

O trabalho desenvolvido tem a meta de apontar critérios para o controle da racionalidade das decisões do Supremo Tribunal Federal e testá-los diante de casos concretos julgados por aquele órgão, considerando se efetivamente os critérios aqui apontados são utilizados pelo tribunal e em que medida contribuem para a fundamentação das decisões analisadas. Mas, primeiramente, parece necessário deixar claro o que se compreende por critérios de racionalidade e o que se compreende por controle das decisões judiciais, a partir de que posição e de que ponto de vista se afirma que isso é possível e com base em que marco teórico. Assim, esse capítulo destina-se a apresentar premissas, classificações e conceitos que serão manuseados no capítulo seguinte.

Antes de tudo, portanto, se anuncia: esse é um trabalho que rompe com qualquer abordagem decisionista-realista ou determinista-metodológica, o que significa dizer que se partilha a compreensão de que a decisão não é unicamente um ato de vontade, ao mesmo tempo em que se partilha a compreensão de que a decisão também não é unicamente o produto de um método devidamente aplicado, que isola a vontade do julgador. Parte-se da compreensão de que existe um momento psicológico de decisão e um momento de exposição dos motivos da decisão, que o primeiro momento efetivamente não está ao alcance da razão, mas que o segundo momento pode ser moderadamente controlado, pela verificação dos argumentos apresentados pelo julgador. Assim, também, rompe-se de certa forma com as perspectivas hermenêuticas que misturam em um mesmo momento, a descoberta e a justificação, considerando uma a pré-compreensão, a aplicação e a motivação<sup>143</sup>.

Sobre o segundo momento da decisão, o momento de exposição das razões que a legitimam e fazem dela um ato válido a ser cumprido pelas partes, defende-se que pode se resolver por uma operação lógica e que isso comumente acontecerá. Em outras palavras, partilha-se do pressuposto de que alguns casos são casos simples e podem ser resolvidos pela aplicação de regras. Todavia, existirão

---

<sup>143</sup> As premissas aqui apresentadas são compartilhadas pela obra de ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Lady, 2003. p. 13-17.

situações em que a operação lógica não será suficiente para a justificação da decisão, o que exigirá do julgador um reforço argumentativo. Esse reforço argumentativo denota que para além da apresentação das premissas que levam à conclusão, o intérprete deverá justificar e fundamentar também as próprias premissas. Partilha-se, também, portanto, do pressuposto de que alguns casos são casos difíceis e exigem uma fundamentação que fica além das regras, mas aquém dos julgamentos políticos e morais pessoais do julgador<sup>144</sup>.

Assim, é preciso que se assumam desde já: a compreensão de que o direito se dá pela linguagem, de que existe uma distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, de que existe uma distinção entre justificação interna e justificação externa e de que é possível controlar as decisões a partir da análise dos argumentos apresentados, que aqui se utiliza, é uma compreensão decorrente da teoria da argumentação jurídica. Outros autores e teorias, relacionados a outras correntes de pensamento como a hermenêutica, a fenomenologia e a teoria dos sistemas, serão aqui referenciados e, inclusive, algumas das suas idéias serão defendidas e tomadas em consideração. Todavia, essa referência se dará sempre e na medida em que os temas apresentados mantiverem relação e compatibilidade com os pressupostos acima assumidos (direito enquanto linguagem, distinção entre descoberta e justificação, distinção entre justificação interna e justificação externa). Daí que, nessa perspectiva, não existe incoerência em tratar diferentes autores como Alexy, Dworkin, Luhmann e Gadamer em um mesmo trabalho, porque se está desde já explicando, que só se utilizarão os diversos autores, naquilo que podem acrescentar as premissas estipuladas.

Feitas essas considerações, parte-se para o desenvolvimento do capítulo. O objetivo será defender a possibilidade do controle das decisões judiciais, mediante critérios racionais, especialmente direcionados, no que aqui interessa, às decisões de casos difíceis proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, será realizada exposição sobre a compreensão da possibilidade de aplicação da racionalidade às decisões judiciais, realizando um panorama do contexto em que se insere a teoria

---

<sup>144</sup> A distinção entre casos fáceis e casos difíceis será trabalhada com especificidade no desenvolvimento do capítulo. Todavia, convém indicar desde já expoentes na distinção, importantes para o trabalho, sendo eles: HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

da argumentação jurídica e desenvolvendo cada uma das distinções específicas acima referidas, entre descoberta e justificação, bem como entre justificação interna e justificação externa. A compreensão das premissas que aqui serão estabelecidas permitirá a aceitação dos critérios de controle propostos no quarto capítulo.

## 2.1 O DIREITO SE PRODUZ NA PRÁTICA POR MEIO DO USO DA LINGUAGEM

O direito se exerce mediante a linguagem<sup>145</sup>. Considerando o sistema jurídico como uma ordem institucional normativa, que organiza a vida social a partir de normas de conduta e assegura expectativas comuns razoáveis, tem-se como constatação imediata, a sua formulação, a sua aplicação e a sua reflexão, mediante a linguagem<sup>146</sup>. Na perspectiva de uma república democrática e plural, na qual as normas são criadas por representantes populares para serem aplicadas ao próprio povo heterogêneo, é comum que em virtude da diversidade de criadores e receptores do direito, estabeleçam-se dúvidas a respeito de quais são as expectativas razoáveis, que normas devem ser elaboradas, como aplicá-las as situações de conflito e como aprimorar os processos de elaboração e aplicação. Tudo isso se dá mediante a linguagem, mediante o emprego de argumentos, com a finalidade de convencimento<sup>147</sup>.

Quando se elabora uma proposição jurídica qualquer, como, por exemplo, a proposição principal desse trabalho, “as decisões judiciais devem ser controláveis”, se recorre sempre a outras proposições e argumentos para defendê-la, para

---

<sup>145</sup> Segundo Barroso, o direito é feito de “linguagem, racionalidade e convencimento”. *Ibidem*, p. 339. Sobre a compreensão do sistema jurídico como linguagem: “las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, estan compuestas por palabras que tienen las características propias...”. O trecho foi extraído da obra clássica sobre o tema, CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 64.

<sup>146</sup> O conceito de sistema jurídico aqui é extraído da obra de MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>147</sup> Na descrição de Perelman o argumento permite a objetividade, na medida em que “corresponde a esse ideal, a esse desejo de transcender as particularidades históricas ou locais de modo que as teses defendidas possam ser aceitas por todos”. PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, 1996. p. 29.

demonstrar a sua aceitabilidade. Ao mesmo tempo, por juízo de antecipação, o emissor da proposição, também por meio de argumentos, intenta protegê-la das eventuais outras proposições que poderão ser arguidas em seu desfavor. Em direito, a maneira de determinar se uma proposição pode ou não ser aceita é mediante a defesa da sua utilização, também por argumentos, que por sua vez também são defensáveis ou questionáveis por meio de outros argumentos. O campo jurídico é, portanto, um ambiente retórico e dúbio<sup>148</sup>. Barroso explica o tema referindo-se a uma compreensão basilar do estudo do direito, segundo a qual é possível a existência de decisões em sentidos opostos diante do mesmo caso: “considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas”<sup>149</sup>.

O caráter argumentativo do direito acaba por colocar em dúvida a viabilidade do seu controle. Entre diversos argumentos igualmente defensáveis, não existe aquele que seja verdadeiro de maneira absoluta, ou ambos os argumentos não poderiam ser igualmente defensáveis. Um ponto relevante, como já referido, é que pessoas diferentes terão de defender e avaliar esses argumentos, mas o que pode ser defensável sob o ponto de vista de uma pessoa pode não o ser sob o ponto de vista de outra, pelo simples fato de que as pessoas são diferentes e tem impressões diferentes a respeito da mesma questão. Ademais, as circunstâncias influenciam os julgamentos, de modo que em uma dada situação um argumento pode ser considerado equivocado, mas modificando-se as circunstâncias, o argumento também se modifica ao olhar de quem o analisa, e pode ser considerado correto.

Essa constatação poderia levar a crer que a decisão judicial formulada através de argumentos, seria incontrolável na medida em que dependeria unicamente do ponto de vista do julgador ou da leitura que faz das circunstâncias, de maneira relativista. Se várias respostas são aceitáveis, como escolher a melhor ou como selecionar as respostas racionais? No dizer de MacCormick “a ideia do caráter argumentativo do direito parece jogar água fria nas ideias de certeza e segurança jurídica”<sup>150</sup>. A dúvida levaria a conclusão de uma contradição interna insuperável. Se o sistema jurídico não é capaz de conferir algum grau de certeza e

---

<sup>148</sup> Não haverá um argumento melhor que o outro em termos exatos, como explica MacCormick: “Essa não é uma ciência exata, até porque não é sequer uma ciência, mas uma habilidade prática”. MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 42.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 344-345.

<sup>150</sup> MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 19.

segurança jurídica aos jurisdicionados, perde sua finalidade de organizador social e assegurado das expectativas razoáveis. Deixa de existir na forma pela qual foi conceituado linhas acima.

Todavia, o trabalho apresentado tem como pressuposto exatamente a afirmação contrária. Parte-se da suposição de que o caráter argumentativo do direito é justo aquilo que possibilita o seu controle. Especialmente na elaboração de decisões judiciais, na aplicação do direito aos casos concretos, o juiz está obrigado a apresentar os motivos que o convenceram a escolher determinado caminho e aceitar determinada proposição, em detrimento de outra. Nos órgãos deliberativos como o Supremo Tribunal Federal, mais do que justificar a decisão à que chegou, o magistrado ainda pretende impô-la (argumentativamente) aos demais julgadores.

A justificação mediante argumentos, conforme ficará demonstrado, pode ser mais ou menos aceitável de acordo com o próprio ordenamento jurídico no qual está inserida. A justificação é dever do magistrado e é no que reside a própria legitimidade da decisão, porque é a partir da análise da motivação que se verifica se a decisão efetivamente atende aos ditames do ordenamento no qual está inserida. É porque a decisão supostamente atende esses ditames que as pessoas se submetem à ela e que surge, para o Estado, a possibilidade de executá-la violentamente contra a parte que se recusa ao seu cumprimento. Então, o caráter argumentativo favorece as diversas possibilidades de resposta ao mesmo tempo em que favorece a possibilidade de avaliação do grau de correção dessas respostas.

## 2.2 EXISTE UM DEVER JUDICIAL DE JUSTIFICAR AS DECISÕES

Conforme defendido no primeiro capítulo, ao Poder Judiciário cabe aplicar o direito às situações conflituosas. Essa aplicação do direito diante de problemas práticos fundamenta a competência do Poder Judiciário para tomar decisões que atingem a vida das pessoas e determina a crença dos indivíduos na utilidade da prestação jurisdicional. O Poder Judiciário pode e deve resolver conflitos, porque os resolve mediante o direito. Esses conflitos são apresentados ao magistrado através de um método processual pré-moldado, no qual as partes expõem seus pontos de vista por meio da argumentação, que é o processo judicial.

Sempre serão possíveis ao menos dois argumentos contrários a respeito do mesmo problema - ou não haveria necessidade de contraditório- e o juiz deverá decidir qual desses argumentos corresponde de maneira mais apropriada ao direito. Ele detém uma posição de poder que advém da fundamentação, da explicação de por que a tese selecionada está mais de acordo com o direito do que a tese não selecionada. Isso é particularmente relevante, segundo Atienza, nas sociedades modernas, em que não se aceita a tradição ou a autoridade como critério de legitimidade das decisões, nem se tolera a explicação de que a decisão advém de um processo lógico exclusivamente<sup>151</sup>. Ou seja, uma decisão judicial não é válida porque ela é produzida por um juiz, nem porque a lei diz que ela é válida. Ela é válida porque é fundamentada em argumentos jurídicos aceitáveis.

Um juiz é um juiz porque o direito afirma que ele é. A posição de poder é atribuída aos magistrados pelo ordenamento jurídico mediante um procedimento específico pelo qual o sistema jurídico lhe reconhece esse título, conforme explica Nino: “Cómo sabemos quiénes son los jueces?(...) La existência de normas que dan competencia a ciertos individuos para actuar como jueces, ya que no hay ninguna propiedad *natural* que diferencie a los jueces de quienes no loson (grifos no original)”<sup>152</sup>. Então, considerando que o juiz está investido nessa função pelo ordenamento jurídico, quando um juiz profere uma decisão em desrespeito ao ordenamento jurídico ele atua contra si próprio e desestabiliza a sua própria função. Assim, embora efetivamente o juiz detenha uma posição de poder e seja responsável e obrigado a tomar decisões, essas decisões são de um tipo específico, são decisões motivadas e fundamentadas pelo e no ordenamento jurídico.

Como defende Aarnio não se admite nas democracias ocidentais que os juízes façam uso do poder de maneira espontânea ou imprevisível, porque o que se espera dos juízes é que reforcem sempre que possível a segurança do direito<sup>153</sup>. A noção de segurança jurídica aqui é fundamental. O sistema jurídico está para permitir aos indivíduos que convivam com seus medos de maneira controlável, porque sabem o que podem esperar da conduta dos demais e sabem, também, como devem se comportar dentro daquela determinada sociedade. É por isso que se

---

<sup>151</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 22-23.

<sup>152</sup> NINO, Santiago Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 44.

<sup>153</sup> AARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonnable: La justification en droit**. Bruxelles: Story-Scientia, 1992. p. 28.

fala em Estado de Direito. É por isso que ninguém se escusa do conhecimento da lei e é por isso, também, que aqueles que não compreendem perfeitamente essa lei não estão sujeitos as obrigações e as penalidades do direito.

Do juiz, diante desse cenário, se espera que atue o direito, talvez não da maneira desejada pelas partes, mas de uma maneira que possam prever ou que possam aceitar. Nessa linha, para Aarnio, as decisões judiciais devem estar atentas a dois elementos substanciais: a rejeição à arbitrariedade e a elaboração apropriada ao direito. A observância desses elementos, a adoção de parâmetros controláveis e coerentes nas decisões judiciais, é o que faz com que cidadãos possam pautar suas condutas segundo essas decisões, calculando os efeitos e resultados das suas ações<sup>154</sup>. Então, a legitimidade do exercício do poder pelos juízes se dá mais no seu exercício do que na sua origem<sup>155</sup>. As decisões são públicas e devem ser fundamentadas exatamente para que os cidadãos delas tenham conhecimento e controle. O controle é o que legitima cotidianamente o Poder Judiciário em uma sociedade democrática:

La responsabilité du juge est devenue de plus en plus la responsabilité de justifier ses décisions. L'utilisation du pouvoir par le juge repose sur l'acceptabilité de ses décisions et non sur une prétendue autorité formelle. Le devoir de fournir une justification est, en ce sens, spécifiquement la responsabilité de la maximisation du contrôle public de la décision<sup>156</sup>.

A exigência de fundamentação é ainda mais forte diante das decisões exaradas por Tribunais Constitucionais ou Tribunais de Cúpula como o Supremo Tribunal Federal, pois tais órgãos defrontam-se cotidianamente com questões constitucionais, a Norma Constitucional é especialmente elaborada a partir de conceitos vagos e as decisões nesta seara emanadas têm caráter especialmente transcendental.<sup>157</sup> De acordo com Enterría, as decisões preferidas nessa espécie de

---

<sup>154</sup> Idem.

<sup>155</sup> ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Buenos Aires: Ariel, 2007. p. 265. Explicando o mesmo tema, reflexão interessante pode ser encontrada ainda em GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.p. 09.

<sup>156</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit., p. 29.

<sup>157</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1991. p.179.

Tribunal são efetivamente decisões sobre conflitos políticos, mas “lo característico es que la resolución de los mismos se hace por los criterios y métodos jurídicos”<sup>158</sup>.

O Tribunal Constitucional se depara mais frequentemente com julgamentos em abstrato, com problemas de interpretação (não de prova ou de qualificação de fatos), com o dever de responder a problemas políticos cuja definição pode causar graves impactos sociais e econômicos. Todavia, esse tipo de situação não enseja um juízo meramente político<sup>159</sup>. De outro modo, essa espécie de situação exige um método interpretativo específico ainda mais reforçado contra as arbitrariedades.

O órgão jurisdicional apenas é capaz de manter-se hígido em virtude da fundamentação das suas decisões. Segundo defende Enterría, nem o povo nem as instituições políticas, considerando o estágio de desenvolvimento das democracias, aceitariam decisões constitucionais que tivessem como base apenas considerações arbitrárias e pessoais dos juízes:

En un orden pragmático más elemental, es evidente que ni los Parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo en definitivo, aceptarían jamás a un Tribunal Constitucional que decidi las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces<sup>160</sup>.

A superioridade do Tribunal Constitucional apenas pode ser aceita enquanto superioridade da Constituição. Nessa linha, a sobrevivência dos Tribunais Constitucionais no sistema político depende exclusivamente deles próprios e do rigor com que se comprometem na sua função de defesa constitucional, em termos estritamente jurídicos<sup>161</sup>.

Partindo dessas colocações, defende-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal podem ser controladas, desde que os Ministros as motivem a partir de argumentos racionais. A exposição desses argumentos e o seu controle, por sua vez, favorecerão o fortalecimento do respeito e observância às decisões daquele Tribunal, além de contribuir para a segurança jurídica em proveito do Estado de Direito.

---

<sup>158</sup> Idem.

<sup>159</sup> Sobre a compreensão da impossibilidade de o Poder Judiciário tomar as decisões constitucionais definitivas e cruciais cf. SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>160</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. Op. Cit., p. 184.

<sup>161</sup> Idem.



### 2.3 EXISTE DIFERENÇA ENTRE CONTEXTO DE DESCOBERTA E CONTEXTO DE JUSTIFICAÇÃO

Está-se afirmando, portanto, que as decisões judiciais são justificadas por argumentos e que esses argumentos podem ser melhores ou piores quando confrontados com o ordenamento jurídico de que fazem parte. Assim, conclui-se que a decisão judicial é controlável. Todavia, para que seja possível aceitar essa conclusão, é preciso que se delimite o que exatamente se entende como objeto de controle em uma decisão judicial, o que no caso, pressupõe distinguir entre contextos diversos da elaboração da decisão: o contexto de descoberta e o contexto de justificação, que aqui interessa. Compartilha-se a tese de que o contexto de descoberta da decisão judicial não é controlável, mas o contexto de justificação o é. Explica-se.

O contexto de descoberta de uma decisão refere-se ao momento em que o julgador vislumbra a situação a ser julgada e posiciona-se. Segundo defende Wróblewski, esse contexto define-se como o processo psicológico de construção da decisão judicial, que engloba a interpretação e a compreensão que o julgador tem (e cria) sobre o caso<sup>162</sup>. Atienza, de mesma maneira, defende que no contexto de descoberta estão presentes as causas psicológicas, o contexto social, as circunstâncias ideológicas nas quais um determinado jurista se baseou para emitir uma decisão, mas que podem ou não estar presentes na justificação dessa mesma decisão<sup>163</sup>.

A descoberta, portanto, trabalha com o estabelecimento das impressões, trabalha as razões explicativas que são diferentes das razões justificadoras. Determinado jurista pode ter exarado uma decisão em virtude de ferrenhas crenças religiosas, isso está no contexto de descoberta, mas essas crenças religiosas podem ou não estar referidas na justificação da decisão. As crenças religiosas do jurista podem explicar a decisão, mas não a justificam<sup>164</sup>. Portanto, o contexto de

---

<sup>162</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitucion e teoria general de la interpretacion jurídica**. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988.

<sup>163</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 20-21.

<sup>164</sup> Idem.

descoberta engloba compreensões e pré-compreensões do magistrado, impressões e angústias pessoais, questões que explicam *como* se deu a decisão.

A justificação, por sua vez, trabalha com as razões que são trazidas pelo jurista de maneira explícita e apresentadas ao auditório<sup>165</sup> como razões que justificam a tomada da decisão. Mais do que demonstrar *como* a decisão é elaborada, as razões de justificação demonstram *porque* a decisão foi elaborada naquele determinado sentido<sup>166</sup>. O objeto da justificação tem como incerto o que deve formar a base da decisão e não prescreve todos os passos que levam a sua definição<sup>167</sup>, ele se concentra apenas naqueles argumentos que são revelados pelo jurista como motivação, independentemente de serem esses argumentos identificados com a posição psicológica sincera do magistrado ou como argumentos exclusivamente retóricos. O que vai na cabeça do magistrado efetivamente nunca se poderá saber. Mas, cabe a ele criar uma justificativa para isso e expô-la publicamente. Essa exposição se pode conhecer e controlar<sup>168</sup>. Mesmo que se admita a existência de um juízo preconceituoso ou unicamente moral da definição da decisão, no contexto de descoberta, certo é que esse juízo deverá se tornar público pela explicitação das razões da decisão, no contexto de justificação<sup>169</sup>. O contexto de justificação pode não corresponder ao contexto de descoberta, mas se este é incontrolável, àquele não.

Talvez não seja possível elaborar um método a respeito de como o juiz deve compreender ou interpretar um caso, a respeito de como deve afastar-se psicologicamente de suas pré-compreensões ou reconhecê-las, ou ainda sobre como esse juiz deveria chegar a uma conclusão a respeito da decisão utilizando essas pré-compreensões, todavia, um método com relação à justificação da decisão, independentemente do contexto de descoberta, é possível. É possível definir

---

<sup>165</sup> Aqui, quando se refere ao termo auditório, está-se referindo ao conceito de Perelman, que delimita aquele que recebe os argumentos à quem o orador tenta convencer ou persuadir: “parece preferível definir o auditório como conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus recursos.” PERELMAN, Op. Cit., p. 22.

<sup>166</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 21-23.

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 22.

<sup>168</sup> Em crítica ao posicionamento adotado pelos teóricos da argumentação com relação a este pressuposto, veja-se “a teoria da argumentação parece esquecer que em muitos casos o momento de descoberta da premissa (orientada pela pergunta anteriormente feita) é que determina o resultado do julgamento...”. MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 152.

<sup>169</sup> ATIENZA, **As razões...**, p.18-20.

critérios que qualifiquem certos tipos de argumento em detrimento de outros, o que autorizará a conferência do atendimento das decisões a tais critérios com a finalidade de controlá-las, qualificando-as como mais ou menos racionais.

Estabelecidas essas premissas, o trabalho apresentado extirpa da sua análise o contexto de descoberta e foca sua atenção sobre o contexto de justificação. O auditório não poderá acessar o pensamento do jurista (a descoberta), mas apenas a justificação por ele apresentada. É a partir desse contexto que se estudará a viabilidade do controle das decisões judiciais mediante os critérios que serão indicados. A análise concreta recairá sobre os votos lavrados, devidamente redigidos e publicados. Não interessa aqui a vida pessoal dos Ministros, o relacionamento bom ou ruim que possuem entre si, a trajetória política de cada qual, se homens ou mulheres, se negros ou brancos. Não se está afirmando que tais fatores não são importantes. Está-se afirmando que para os fins desse trabalho não são importantes. Aqui interessa o contexto de justificação. Os votos conforme redigidos, a que se deu publicidade. Assim, a teoria da argumentação seria a última evolução do raciocínio judicial, porque é a justificação a última evolução da operação de decidir<sup>170</sup>.

## 2.4 APROXIMAÇÃO À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A dissertação que se apresenta parte de algumas constatações e as repete insistentemente. Entende-se que o direito acontece mediante a linguagem, que as decisões devem ser motivadas, que a descoberta é diferente da justificação, que a justificação se faz por argumentos, que esses argumentos visam convencer um auditório. Quando, em seguida, se tratar dos critérios de justificação que serão testados no quarto capítulo, outras constatações se repetirão: que os argumentos utilizados na decisão são de tipos específicos e devem se remeter ao próprio direito, que as circunstâncias concretas têm relevância para a solução do caso, que é preciso haver coerência em relação aos precedentes e ao sistema como um todo,

---

<sup>170</sup> Sobre o tema e uma possível aproximação de conceitos cf. CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: Uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

que as consequências da decisão são relevantes. Essas constatações, em geral, foram extraídas da obra de autores considerados teóricos da argumentação jurídica. Embora cada um trabalhe à sua maneira e, embora não necessariamente concordem sobre tudo, esses autores formam uma corrente e essa corrente, sem dúvidas, é a principal influência neste trabalho.

Argumentar, segundo a perspectiva de Larenz, é a atividade de fornecer fundamentos que permitam a defesa de uma determinada proposição como justificada, pertinente ou, pelo menos, discutível<sup>171</sup>. A argumentação jurídica é essa mesma atividade, voltada ao fornecimento de fundamentos para a defesa de uma determinada proposição jurídica. A argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática, o que significa dizer, na linha de Alexy, que argumentar juridicamente é argumentar a partir de determinadas limitações impostas pelo direito, ou seja, “no contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate”<sup>172</sup>. Daí que, segundo afirma Larenz, idealizar uma teoria da argumentação jurídica implica necessariamente (mas não exclusivamente) refletir sobre as questões jurídicas decididas pelos tribunais, uma vez que os veredictos judiciais se efetivam mediante um discurso: “isso dá a entender que, de fato, as fundamentações jurídicas se consubstanciam em formas de cadeias de argumentação”<sup>173</sup>. Essas cadeias de argumentação se dão mediante um contexto interativo. Se se pretende perquirir se as decisões são racionais ou não é preciso avaliar que argumentos elas utilizam.

A perspectiva argumentativa jurídica se vincula a dois momentos principais: um aspecto tópico-retórico, caracterizado por uma primeira fase da teoria da argumentação, iniciada nos anos cinquenta do Século XX, que envolve como principais autores Viehweg, Perelmane Toulmine, um aspecto processual-procedimental, caracterizado por uma segunda fase iniciada nos anos setenta do mesmo século, que tem como expoente Alexy, além de outros nomes como MacCormick, Aarnio, Peczenik e Wróblewski<sup>174</sup>. Referidos autores, embora possam apresentar divergências pontuais entre si, partem todos da inclinação a aceitação da

---

<sup>171</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 201-215.

<sup>172</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 212. A questão da tese do caso especial de Alexy será melhor estudada quanto se tratar especificamente da teoria do mencionado autor, à frente.

<sup>173</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 201-215.

<sup>174</sup> A indicação dos autores citados como expoentes da teoria da argumentação inicialmente extraída de ATIENZA, Manuel. **As razões...**, conforme sumário da obra. A indicação dos mesmos autores é também referenciada em BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 339.

decisão judicial justificada por argumentos, da concordância sobre a insuficiência da lógica dedutiva para a resolução de todo e qualquer problema prático jurídico, bem como da negação às correntes ceticistas e hermenêuticas que misturam os contextos de descoberta e justificação. Sobre a teoria da argumentação jurídica, veja-se a síntese de Castanheira Neves:

... quando primeiramente se sustentava que o juízo jurídico era tópico (tópico-retórico)(...) e agora se insiste em afirmar que o <<discurso jurídico>> (o juízo jurídico) como discurso argumentativo é um <<caso específico>> da <<razão prática>> enquanto razão discurso-argumentativa orientada por um sistema de regras (...) apenas estamos diante de duas nuances de uma global realidade tópico-argumentativa<sup>175</sup>.

Tratar-se-á, aqui, resumidamente, das contribuições de cada um dos autores citados para o contexto atual da teoria da argumentação jurídica, com a finalidade de esboçar um panorama da corrente teórica mencionada, fundamento dos critérios de racionalidade e controlabilidade da justificação das decisões judiciais, mediante a avaliação dos argumentos expostos pelos juízes. Evidentemente, não se pretende esgotar cada uma das teorias, nem determinar um resumo de toda a obra de cada autor, não é esse o objetivo do trabalho. A ideia aqui é apresentar efetivamente no que contribuem os autores e as teses para essa dissertação, com elucidações e indicações que serão aqui utilizadas. Inicie-se pelos precursores da corrente, que no início da segunda metade do século passado, chamaram a atenção para a insuficiência da lógica formal e necessidade de valoração da retórica.

Viehweg, por sua obra *Tópica e Jurisprudência*<sup>176</sup>, contribuiu inicialmente para o combate da lógica-dedutiva ou lógica formal, como meio de justificação das decisões jurídicas<sup>177</sup>. A partir do estudo da tópica, o autor defende que contrariamente à lógica cartesiana, que parte do sistema para resolver o problema, é preciso partir da análise do próprio problema e dos seus diversos pontos de observação<sup>178</sup>. Avaliando a jurisprudência da Roma Antiga e da Idade Média, Viehweg sugere que os problemas (questões que aparentemente possuem mais de uma resposta) devem ser resolvidos mediante a atribuição de tópicos, premissas

<sup>175</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia...**, p. 28.

<sup>176</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

<sup>177</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 45-47.

<sup>178</sup> VIEHWEG, Theodor. Op. Cit., p. 32-44.

compartilhadas com presunção de plausibilidade<sup>179</sup>. Do enfrentamento entre os tópicos, que se daria pela argumentação, se obteria um consenso sobre a resolução do problema, que é o centro da teoria: “o ponto mais importante do exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema (grifos no original)”<sup>180</sup>. Viehweg, dessa forma, contribui para a teoria da argumentação jurídica ao defender uma maior importância para a análise do caso concreto e para o debate a respeito das premissas.

Outro autor de destaque, nesta primeira fase da teoria da argumentação jurídica é Perelman, especialmente por sua obra *A nova retórica: Tratado da Argumentação*, escrita com a colaboração de Olbrecht-Tyteca<sup>181</sup>. O autor preocupa-se com a análise dos argumentos, mas também os considera como elementos que interagem e, principalmente, reconhece que os juízos de valor incluem-se na argumentação racional<sup>182</sup>. Perelman identifica como pressupostos da argumentação além do discurso, o orador e o auditório. A maior contribuição que se pode extrair da obra referida para a argumentação jurídica é efetivamente a importância que confere à essa noção de auditório, como explica: “o importante na argumentação não é saber o que o próprio orador considera verdadeiro ou probatório, mas qual é o parecer daqueles a que ela se dirige”<sup>183</sup>.

Partindo da constatação de que a argumentação tem como finalidade a adesão do auditório e de que um argumento aceitável para um determinado auditório pode não o ser para outro, torna-se muito importante a análise do contexto no qual o argumento é proposto. Mais relevante ainda é a noção de auditório universal, sugerida pelo autor. Isso porque, ao determinar que um argumento seja válido para “todas as pessoas inteligentes e cuidadosas disponíveis”<sup>184</sup>, Perelman rompe com a simples persuasão e trabalha efetivamente na perspectiva da adequação do argumento ( que deve ser aceitável em qualquer instância decisória racional).

---

<sup>179</sup> Sobre o uso dos referidos tópicos, veja-se: “uma investigação ulterior mais precisa faz com que a orientação conduza a determinados pontos de vista diretivos. (...) um repertório de pontos de vista já preparados de antemão. Desta maneira produzem catálogos de topói”. E continua, mais a frente: “a função dos topói tanto gerais como especiais consiste em servir a uma discussão de problemas”. *Ibidem*, p. 36-38.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>181</sup> A obra já recebeu referência completa.

<sup>182</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 61 e ss.

<sup>183</sup> PERELMAN, Chaïm e OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 34-39.

Mais um autor de relevância, cuja noção também contribuiu para a solidificação da teoria da argumentação é Toulmin, por sua obra *Os usos do argumento*<sup>185</sup>. A principal crítica de Toulmin à lógica-dedutiva é pertinente ao seu caráter teórico, pois, segundo ele a lógica deve ser uma disciplina prática. Assim, retirando o foco da geometria, o autor elabora um estudo sobre o que considera lógica a partir da avaliação da jurisprudência<sup>186</sup>. Um bom argumento é aquele que resiste bem às críticas (diante do Tribunal da Razão<sup>187</sup>), por isso no uso da linguagem emitimos considerações instrumentais (que se bastam, como uma ordem) e considerações argumentativas, que necessitam de razões que as acompanhem (e as protejam das críticas).

Existe uma divisão entre assuntos para os quais se produzem os argumentos – direito, moral, ciência, negócios e arte- e, os critérios de correção do argumento, dependerão do contexto de cada um dos campos argumentativos<sup>188</sup>. A contribuição de Toulmin está exatamente nessa vinculação entre a ordenação normativa dos processos mentais e a exposição pública das razões, como explica MacCormick “formas apropriadas de argumento oferecem uma autorização que nos permite caminhar das premissas à conclusão”<sup>189</sup>.

Encerrando a análise da primeira fase da teoria da argumentação, na qual a preocupação estava direcionada principalmente para o ataque da lógica-dedutiva e a demonstração da sua insuficiência diante dos problemas práticos (teorias descritivas), passa-se para a segunda fase, chamada por Atienza de “teoria padrão da argumentação jurídica”, na qual se efetiva propriamente o objetivo de criar métodos, oferecer saídas, construir soluções que dêem conta de racionalizar o processo de decisão e controlar os argumentos (teorias prescritivas)<sup>190</sup>.

Nesse contexto, o autor de maior destaque é certamente Alexy, por sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*<sup>191</sup>. Para Alexy, na linha de Habermas<sup>192</sup>, o

---

<sup>185</sup> TOULMIN, E. Stephen. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarani. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>186</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 94.

<sup>187</sup> ALVES, Marco Antônio Sousa; FERES, Marcos Vinício Chein. *Racionalidade ou razoabilidade? Uma questão posta para a dogmática*. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal de Minas Gerais, v. 39, p. 285-315, 2001. Disponível em: <<[http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894189/Racionalidade\\_ou\\_razoabilidade\\_de\\_Uma\\_questao\\_posta\\_para\\_a\\_dogmatica](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894189/Racionalidade_ou_razoabilidade_de_Uma_questao_posta_para_a_dogmatica)>> Acesso em: 04/12/2012.

<sup>188</sup> TOULMIN, E. Stephen. Op. Cit., p. 125.

<sup>189</sup> MACCORMICK, Neil. Op. Cit., p. 27.

<sup>190</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 117.

<sup>191</sup> A obra já recebeu referência completa.

discurso prático em geral pode ser justificado mediante regras, que lhe conferem racionalidade. Assim, embora um argumento não possa necessariamente ser considerado verdadeiro ou falso, ele poderá ser considerado válido ou inválido e legal ou ilegal, de acordo com a sua aceitação pelos participantes, quando respeitadas as regras do discurso<sup>193</sup>. Todavia, embora essas regras possam aumentar a probabilidade de acordo entre os participantes, não o garantem absolutamente, na medida em que são apenas parcialmente cumpridas, não estão atreladas a passos fixos e dependem de pré-concepções normativas mutáveis<sup>194</sup>.

Existem limites às regras do discurso que “justificam as regras que tornam possível decidir entre duas soluções incompatíveis e discursivamente possíveis”<sup>195</sup>, tais como as regras de legislação parlamentar. Assim, os limites do discurso prático dão razão à necessidade das regras jurídicas. Seguindo essa linha de raciocínio afirma Alexy que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, na medida em que se submetendo as regras gerais do discurso prático é ainda limitado

---

<sup>192</sup> A referência e a influência de Habermas no trabalho de Alexy é percebida diretamente na análise da obra. *Ibidem*, p. 91-107. Ademais, outros autores tratando da obra de Alexy sempre apresentam essa relação. “A fim de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático racional geral (...) Alexy utiliza fontes muito variadas (...) Mas, de todas elas a influência fundamental é, sem dúvida, a de Habermas. A teoria de Alexy significa por um lado um a sistematização e reinterpretção da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para um campo específico do Direito”. ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 160.

<sup>193</sup> Diversas são as regras do discurso prático, divididas em categorias: 1) regras fundamentais (1.1 - nenhum falante pode se contradizer, 1.2- todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê, 1.3- todo orador que aplique um predicado à um objeto tem de estar preparado para aplicar o mesmo predicado a outro objeto semelhante, 1.4- diferentes oradores devem compartilhar o significado da mesma expressão); 2) regras de racionalidade (2.1 - qualquer pessoa pode participar de um discurso, 2.2- todos podem transformar uma afirmação num problema, introduzir qualquer afirmação no discurso e expressar suas atitudes, desejos e necessidades, 2.3- nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos por coerção); 3) regras para partilhar a carga da argumentação (3.1- quem se propor a tratar as pessoas diferentemente é obrigado a dar justificção para isso, 3-2 quem ataca uma afirmação ou norma pressuposta precisa apresentar uma razão para isso, 3.3- quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros se surgirem argumentos contrários, 3-4 quem introduz uma afirmação aleatória, precisa justificá-la); 4) formas de argumento (existem maneiras de fundamentar um enunciado normativo, 4.1- por referência à uma regra, pressupondo-se um enunciado de fato, 4.2- assinalando-se consequências, pressupondo a existência de uma regra sobre a sua produção, 4.3- assinalando-se que as consequências efetivamente decorram da regra, 4.4- assinalando-se condições relevantes que independem da regra, 4.5- assinalando-se que determinadas regras devem ter prioridade em qualquer circunstância e 4.6- assinalando-se que certas regras só tenham prioridade em condições específicas), 5) regras de justificção (5.1.1- a pessoa que afirma uma proposição como aplicável para as demais pessoas deve considerá-la aplicável também para si, 5.1.2- as consequências de cada regra para cada um devem ser aceitas por todos, 5.1.3- toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral, 5.2.1 as regras morais devem passar na prova da sua gênese histórico-crítica; 5.2.2- as regras morais devem passar na prova da sua formação histórico-individual, 5.3- é preciso respeitar nos limites de possibilidade de realização dados de fato e); 6) regras de transição (6.1- é possível passar para um discurso empírico, 6.2- é possível passar para um discurso de análise de linguagem, 6.3- é possível passar para um discurso de teoria do discurso). ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 186-200.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 201.



pelas leis, pela dogmática jurídica e pelo precedente<sup>196</sup>. Então, o procedimento do discurso jurídico também pode ser definido por regras e formas específicas que lhe conferem um resultado racional no contexto jurídico. Como explica Atienza, no discurso jurídico não é o caso de verificar se uma proposição é mais ou menos racional, mas se ela pode ser racionalmente fundamentada de acordo com uma moldura proporcionada pelo ordenamento jurídico<sup>197</sup>.

Ao que interessa nesse trabalho, a justificação das decisões, Alexy compreende que também advém de um procedimento, que pode se relacionar com um âmbito interno ou externo. No âmbito de justificação interna o caso se resolve desde que a decisão se fundamente em ao menos uma norma universal e a conclusão decorra logicamente dessa norma. Quando o caso apresenta outras dificuldades, somam-se algumas regras adicionais de justificação: sempre que haja dúvidas sobre se a constante de um indivíduo pode ser representada por um predicado, é preciso apresentar uma regra de solução; são necessários passos de desenvolvimento que permitam formular expressões indiscutivelmente aplicáveis ao caso e; deve-se articular o maior número possível desses passos de desenvolvimento<sup>198</sup>.

No âmbito de justificação externa não se pode efetuar diretamente a inferência dedutiva, porque para além de extrair das premissas à conclusão, será necessário explicar as próprias premissas. Para Alexy, as premissas são de três tipos: regras de direito positivo, enunciados empíricos e enunciados que não são nem regras de direito positivo e nem enunciados empíricos e que precisam, para ser fundamentados, recorrer à argumentação jurídica<sup>199</sup>. As regras e formas de justificação externa são delimitadas em seis grupos: interpretação, argumentação dogmática, uso de precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos<sup>200</sup>.

Assim como as regras do discurso prático, as regras do discurso jurídico permitem certo direcionamento da decisão, mas não são capazes de lhe garantir a perfeição. Assim, Alexy nega o ideal da única resposta correta, argumentando, todavia, que embora não seja possível encontrar uma única solução, as regras do

---

<sup>196</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>197</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 172.

<sup>198</sup> Ibidem, p.174.

<sup>199</sup> Idem.

<sup>200</sup> Idem.

discurso são úteis na seleção das diversas soluções possíveis e rejeição das soluções impossíveis. Outros pontos relevantes na obra do autor dizem respeito à distinção entre regras e princípios e reconhecimento de normatividade a estes últimos, além da técnica de ponderação de princípios mediante a utilização da proporcionalidade<sup>201</sup>.

Alexy compreende o sistema jurídico como um sistema de procedimentos (discurso prático, criação estatal do direito, discurso jurídico e processo judicial) e de normas (regras e princípios). Para o autor, ainda quando haja necessidade de julgar a partir de princípios, esses são objeto de uma discussão racional, da qual é possível extrair uma ordem frouxa de prioridade ao longo do tempo<sup>202</sup>. Portanto, entende que a discussão sobre princípios não deixa de ser uma discussão racional controlável pela argumentação.

Outro autor que pode ser citado como relevante para o estudo da segunda fase da teoria da argumentação jurídica trata-se de MacCormick, primeiramente com a obra *Argumentação jurídica e teoria do direito*<sup>203</sup>, complementada (e parcialmente modificada) pela obra *Retórica e Estado de Direito*<sup>204</sup>. Os estudos realizados pelo autor partiram da análise de julgados e também objetivaram a criação de parâmetros que pudessem de alguma forma tornar controláveis os argumentos expostos na resolução de uma decisão judicial<sup>205</sup>. MacCormick, assim como Alexy, compartilha da diferenciação entre justificação interna e justificação externa. Para ele, no contexto de justificação interna é possível e recomendável a utilização da lógica dedutiva, todavia, no contexto de justificação externa, esse procedimento embora seja necessário pode não ser suficiente, o que determinará a utilização de outros critérios para a orientação do caminho a ser tomado pela decisão: a adesão ao princípio da universalidade, a adequação em relação ao sistema (que pode ser chamada de consistência- adequação as premissas normativas – e coerência – adequação aos fatos e valores) e, por fim, a preocupação com as consequências da

---

<sup>201</sup> Os temas referidos estão tratados em ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

<sup>202</sup> Essas considerações serão mais bem exploradas à frente, quando se tratar das sugestões de métodos de controlabilidade para as decisões judiciais que mais influenciaram a doutrina e jurisprudência no Brasil. Por ora, parece suficiente o esboço, para revelar a importância do autor com relação às contribuições que prestou à teoria da argumentação.

<sup>203</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Bastos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>204</sup> A obra já recebeu referência completa.

<sup>205</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 117.

decisão. A contribuição de MacCormick está relacionada principalmente a simplificação dos critérios de controle que permitem a aplicação prática da teoria em pretensão universal e a análise consequencialista jurídica ou comportamental.

Além de MacCormick outro autor que produziu na área da teoria da argumentação jurídica, em mesma época que Alexy e com ele dialogando inclusive<sup>206</sup>, foi Aarnio, mediante a obra *O racional como razoável*<sup>207</sup>. O autor teve a influência fundamental do segundo Wittgenstein<sup>208</sup>, especificamente com relação à compreensão do direito enquanto mecanismo da linguagem natural e incorporou essa reflexão aos seus textos. Aarnio se preocupa com a interpretação e a justificação das decisões, tendo em conta a preservação da segurança jurídica. Para ele as decisões devem ser corretas, mas também despidas de arbitrariedades, o que somente é possível pelo atendimento do direito positivo, acrescentado de valores sociais não positivados. De acordo com a teoria desenvolvida, se a decisão não segue padrões legais e nem valores compartilhados, os indivíduos não terão confiança nas cortes de justiça, o que implicará uma crise grave em todo o sistema<sup>209</sup>. Em outras palavras: Aarnio compreende que uma decisão para configurar certeza jurídica deve atender aos critérios de racionalidade (correção da estrutura jurídica) e aceitabilidade (aceitação dentro de um contexto valorativo), criando, portanto, uma teoria conciliatória com vistas ao equilíbrio entre procedimento e conteúdo<sup>210</sup>.

Peczenik, mais um doutrinador da teoria da argumentação, a partir da obra *Direito e Razão*<sup>211</sup>, tem como base a aceitação da moral como questão essencial para a argumentação jurídica. Segundo ele, a argumentação jurídica razoável é um caso da argumentação moral razoável e essa aceitação, possibilitará outro ponto

---

<sup>206</sup> Refere-se aqui a um texto célebre: AARNIO, Aulis, ALEXY, Robert, PECZENIK, Aleksander. *The Foundation of Legal Reasoning*. **Rechtstheorie**, n. 12, 1981. Alexy se refere ao processo de construção do texto em artigo, publicado pela Revista Doxa, por ocasião da morte de Peczenik: ALEXY, Robert. **Aleksander Peczenik (1937-2005)**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/aleksander-peczenik--19372005-0/>>. Acesso em: 05/12/2012.

<sup>207</sup> A obra já recebeu referência completa.

<sup>208</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

<sup>209</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit., p. 294.

<sup>210</sup> ALVES, Marco Antônio Sousa; FERES, Marcos Vinício Chein. Op. Cit., p. 19-22.

<sup>211</sup> PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Dordrech: Springer, 2009.

fulcral do pensamento do autor que é a noção de coerência<sup>212</sup>. De acordo com o que se apreende da sua obra é possível ser ceticista com relação a uma crença em noções metafísicas, porque objetivamente os enunciados nem sempre correspondem exatamente a fatos ou materialidades. Todavia, é possível encontrar algum sentido de verdade construído examinando o enunciado segundo a rede discursiva na qual está inserido<sup>213</sup>. O direito é conhecimento exatamente na medida em que é coerente e a razoabilidade existe em uma decisão exatamente em virtude da coerência das razões que essa decisão apresenta. Todavia, a justificação (a exposição das razões) será sempre contextualmente suficiente e nunca última e definitiva. Isso porque, faz parte também das teses importantes defendidas pelo autor, a compreensão do direito enquanto um sistema de saltos e transformações, que se torna cada vez mais complexo e que não chega a justificação última porque está sempre sujeito a novas situações, cujos elementos coloquem em xeque a justificação anterior<sup>214</sup>.

Por fim, dentre os autores selecionados para essa abordagem geral da teoria da argumentação jurídica, veja-se o principal da obra de Wrobléwski, cujo título mais interessante ao tema é *Constituição e teoria geral da interpretação jurídica*<sup>215</sup>. O primeiro ponto a ser referenciado neste texto é sem dúvida a distinção entre a esfera da justificação interna da decisão (verificação da validade da inferência da conclusão em relação às premissas) e a justificação externa da decisão (verificação da validade das próprias premissas)<sup>216</sup>. Além desta classificação, acima já explicada, o autor também contribuiu para a estipulação de critérios de justificação. Afirma que se houver dúvida com relação ao sentido da norma, o intérprete deve recorrer a uma das diretivas interpretativas de primeiro grau por ele recomendadas (linguísticas, sistêmicas ou funcionais). Todavia, se a norma

<sup>212</sup> ALEXY, Robert e PECZENIK, Aleksander. **The concept of Coherence and its significance for discursive rationality.** Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.1990.tb00076.x/abstract;jsessionid=88E869B740CA6A0CF48398B360B40371.d01t02?systemMessage=Wiley+Online+Library+will+be+disrupted+on+15+December+from+10%3A0012%3A00+GMT+%2805%3A00-07%3A00+EST%29+for+essential+maintenance>>. Acesso em: 06/12/2012.

<sup>213</sup> NETO, Antônio Graça. Uma visualização da teoria de Aleksander Peczenik e da sua inserção no cenário contemporâneo da filosofia do direito. **Videre**, Dourados, ano 01, n. 02, p. 135-160, jul/dez. 2009. p. 154.

<sup>214</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista à Aleksander Peczenik. **Doxa**, Alicante, n. 22, p. 660-670, 1999. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22\\_29.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22_29.pdf)>. Acesso em: 06/12/2012.

<sup>215</sup> A obra já recebeu referência completa.

<sup>216</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

viabiliza ainda diversos sentidos segundo as diferentes classes diretivas, então é preciso recorrer as diretivas interpretativas de segunda grau (estáticas – tentam preservar o sentido explícito na norma- ou dinâmicas – tentam adaptar o direito ao contexto social). Wrobléwski, então, soube diferenciar interpretação de justificação e observar o caráter contextual, argumentativo e mesmo valorativo desta última<sup>217</sup>.

Da análise das contribuições dos principais autores acima referidos, portanto, extrai-se o seguinte: a teoria da argumentação jurídica preocupa-se em confrontar o decisionismo (realismo-ceticismo) que nega qualquer possibilidade de controle das decisões judiciais, e o determinismo metodológico (lógica-formal) que defende um método que justifique a inferência da conclusão diante das premissas como suficiente para sanar qualquer problema jurídico. Segundo os teóricos da argumentação jurídica existe sim um espaço para a lógica-jurídica, diante de casos não problematizados. Todavia, existem situações nas quais mais do que verificar a validade da conclusão diante das premissas, será necessário justificar as próprias premissas. Nesses casos, apenas a argumentação poderá demonstrar ao auditório a validade da decisão (uma validade aceitável, não necessariamente correta, verdadeira ou única).

É nesse contexto que está inserido o trabalho apresentado. Acredita-se que é possível controlar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora os casos por esse órgão analisados não se resumam a verificação da conclusão diante das premissas (a lógica-dedutiva). Acredita-se, que mesmo nos casos considerados difíceis será possível exigir deste tribunal que apresente determinadas espécies de argumentos melhores que outros. Sobre a distinção entre casos fáceis e difíceis e sobre os critérios de controlabilidade de cada uma das espécies de decisão que lhes correspondem, tratarão os próximos tópicos.

## 2.5 A LÓGICA E A ARGUMENTAÇÃO PODEM JUSTIFICAR DECISÕES

---

<sup>217</sup> MONTEIRO, Claudia Sevilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia\\_servilha\\_monteiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf)>. Acesso em: 06/12/2012.

A convicção de que as decisões jurídicas podem ser controláveis, advém da compreensão de que é plausível aplicar, ainda que de maneira parcimoniosa, mas útil, alguma espécie de lógica ao direito. Advém da compreensão de que o silogismo tem alguma serventia e que, mesmo nos casos em que não tem, é possível determinar parâmetros de verificação da racionalidade da decisão.

A interação entre lógica e direito é comumente recebida nos meios acadêmicos com certa desconfiança<sup>218</sup>. Depois da ascensão da lógica-deontica do positivismo kelseniano, no início do século XX e depois das duras críticas que a referida concepção recebeu na segunda metade do mesmo século, a postura de defesa da aplicação da lógica ao direito, em qualquer forma, recebe críticas<sup>219</sup>. Mas, a lógica que se está aqui a defender não é nada além de uma metodologia, um método jurídico para, no dizer de Atienza “aclarar os processos de interpretação e aplicação do direito e oferecer uma guia e uma fundamentação ao trabalho dos juristas”<sup>220</sup>.

Que fique claro, portanto, que não se defende a aplicação da lógica como única e integral solução para a controlabilidade das decisões judiciais e exposição de argumentos. O que se defende, na esteira de Alexy, é que a constatação de que a análise lógica não é suficiente para justificar decisões, não significa necessariamente que a aplicação da lógica seja nociva ou desnecessária ao direito<sup>221</sup>. Ademais, rejeitam-se também as críticas de que o caráter eminentemente interpretativo do direito impede a utilização da lógica. Agora, na esteira de MacCormick: “se a presença da interpretação impedisse a utilização da lógica jurídica, a lógica em qualquer domínio prático ou empírico também estaria impedida”<sup>222</sup>. Acredita-se, então, segundo Atienza, MacCormick e Alexy, que a lógica quando aplicada ao direito, em especial ao contexto que aqui interessa de aplicação das normas e resolução de problemas jurídicos práticos, possibilita meios de controle das decisões judiciais que contribuem para preservação de um dos pilares do Estado de Direito, que é a segurança jurídica. O direito em um Estado pluralista

---

<sup>218</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

<sup>219</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 33.

<sup>220</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 40.

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 90.

precisa ser maleável, mas maleabilidade não pode significar arbitrariedade ou relativismo despropositado.

Assim, a partir desse momento se demonstrará porque o processo de justificação está de alguma forma relacionado à lógica. Pretende-se, agora, neste tópico, contextualizar a teoria da argumentação dentro de um movimento geral de aproximação e afastamento entre o direito e a lógica. Para tratar do tema, recorrer-se-á a classificação elaborada por Maranhão, segundo a qual a lógica se relaciona com o direito, em um processo de interação histórica, que teria passado por três distintas fases: (i) a lógica material; (ii) a lógica deôntica e; (iii) a lógica da argumentação. O autor destaca que cada uma das fases descritas corresponde a uma diferente concepção teórica e metodológica da aplicação do direito<sup>223</sup>.

A primeira fase, referente à ideia de lógica material, corresponde a um período que abrange especialmente a escola histórica alemã, a escola francesa da exegese e a escola da jurisprudência analítica inglesa. Algo que Atienza referencia como “formalismo jurídico”<sup>224</sup>. Segundo tal concepção, para a boa aplicação do direito seria necessária a elaboração de cânones interpretativos que permitissem a elucidação da vontade ou da intenção do legislador, a descoberta do verdadeiro “pensamento da lei”, uma vez que o sistema jurídico é completo e coerente, guardando uma resposta para cada caso, e apenas ao legislador é dado criar direito. O direito é um objeto cognoscível, estático que é válido por estar nos códigos, nas obras de doutrina e nas compilações de jurisprudência<sup>225</sup>.

A segunda fase, referente à lógica deôntica, por sua vez, corresponde a teoria positivista do direito, lógica-formal, ou, para Atienza, “normativismo jurídico”<sup>226</sup>. Nesse momento, reivindica-se para o direito um objeto puramente ideal, o direito positivo, e rejeita-se toda questão sobre o fundamento valorativo das normas e decisões. Segundo Maranhão, com a lógica deôntica confirmam-se critérios como a

---

<sup>223</sup> MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, “As Lógicas do Direito e os Direitos da Lógica”. In Schoueri (Coord.). **Direito Tributário**: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 97-125.

<sup>224</sup> “De formalismo jurídico se habla en muchos sentidos, pero casi siempre con una connotación peyorativa. El formalismo es (...) una actitud, un estilo que puede detectarse en la práctica del estudio, de la elaboración sistemática, de la aplicación, o de la interpretación del derecho. ATIENZA, Manuel. **El sentido...**, p. 276.

<sup>225</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit., 9-39.

<sup>226</sup> “La idea de que el derecho consiste fundamentalmente en normas es la concepción seguramente la más difundida del siglo XX y sin duda la más desarrollada desde de el punto de vista teórico”. ATIENZA, Manuel. **El sentido...**, p. 286.

completude e a consistência dos sistemas jurídicos<sup>227</sup>. Ao legislador caberia criar soluções normativas e ao aplicador apenas realizá-las, de maneira que a decisão por proceder de uma autoridade legítima ou por ser o resultado de uma simples aplicação de normas gerais, estaria já justificada<sup>228</sup>. O direito é alçado à categoria de ciência de normas, pelo esforço principal de Kelsen. A interpretação deve corresponder a uma atividade de conhecimento do sistema jurídico, um ato de elucidação ou compreensão<sup>229</sup>. Quando existe mais de uma escolha ao aplicador, a decisão é um ato de vontade e não uma decisão jurídica justificada<sup>230</sup>.

A terceira fase, referente à lógica da argumentação, por fim, é o momento ou a fase na qual se insere esse trabalho. Reconhece-se que a aplicação do direito exige mais do que a intuição da vontade de um legislador ideal (e irreal) ou da atuação de regras jurídicas pertencentes a um sistema completo. Assume-se que o legislador não pode dar conta de todas as hipóteses em que a norma se aplicará e nem de todas as hipóteses em que será necessária uma norma. Assume-se que o sistema de regras jurídicas e subsunção é útil, mas não é perfeito e as decisões judiciais não podem olvidar as valorações políticas e morais. Todavia, não se assume e nem se aceita que a decisão que implica mais do que subsunção implica necessariamente também, arbitrariedade.

Diante desse contexto, a lógica será imprescindível para auxiliar a criação de parâmetros que possibilitem o mínimo de racionalidade às decisões que empregam critérios morais, princípios e valores. O contexto em que se coloca a discussão é o contexto de utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Na discussão metodológica sobre a aplicação do direito, o caso concreto (o problema) se torna fator de relevância. Surge a necessidade, então, de saber qual a motivação da decisão em um plano constitucional e o temor de que essa motivação seja arbitrária ou parcial.

De acordo com Atienza, esse momento compreende uma concepção de direito ainda em status *nascendi* que agrega autores diversos, adeptos das diferentes teorias filosóficas de compreensão do mundo: “no se trata de nada

---

<sup>227</sup> MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Op. Cit., s/p.

<sup>228</sup> Idem.

<sup>229</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 91.

<sup>230</sup> Nesse ponto, Guastini chega a equiparar o posicionamento dos positivistas ao posicionamento dos realistas, na medida em que existe uma aceitação de que as decisões que admitem mais de uma resposta se dão por ato de vontade arbitrário. GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Trotta, 2008.



parecido a un movimiento pero en sus obras pueden detectarse una serie de coincidências”<sup>231</sup>. Estas coincidências têm em conta resolver o problema do direito nos Estados Constitucionais, resolver o problema dos princípios, da moral, da dinâmica da promoção da igualdade<sup>232</sup>. Estas coincidências derivam também de uma esperança geral na possibilidade de controle das decisões judiciais.

Daí a imprescindibilidade de se buscar novamente a lógica, numa nova dimensão, que é a dimensão argumentativa. Segundo Larenz, é preciso conceber que os valores são susceptíveis de fundamentação e podem ser controláveis racionalmente, pelo menos em alguma medida<sup>233</sup>. A lógica, portanto, ainda tem como contribuir com o direito e as decisões judiciais, em tempos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, para proteção da segurança jurídica e do Estado de Direito. Nas palavras de Maranhão: “Si hay realmente un<<por qué>>, i.e. se no estamos hablando de decisiones arbitrarias sino de elecciones justificadas, entonces ellas ciertamente están dentro del alcance de la lógica”<sup>234</sup>.

## 2.6 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E JUSTIFICAÇÃO EXTERNA – É CERTA A DISTINÇÃO ENTRE CASOS FÁCEIS E DIFÍCEIS

Claramente, o tópico pretende explicar a distinção entre os ditos casos fáceis e casos difíceis, relacionando a classificação com a distinção entre justificação interna e justificação externa, para defender que nos casos fáceis a aplicação da lógica dedutiva pode ser suficiente, enquanto que os casos difíceis dependem de argumentação reforçada, para justificar as premissas escolhidas. Comece-se, então, pela distinção entre os casos fáceis e os casos difíceis.

Diversos (no sentido de diferentes) são os casos em que o Poder Judiciário é chamado a aplicar o direito. Rotineiramente, esses casos de maneira efetiva não exigem do magistrado mais do que o conhecimento do ordenamento jurídico, especialmente das regras jurídicas e a aplicação dessas regras<sup>235</sup>. Para explicar a que espécie de caso está-se referindo, utilizar-se-á agora um exemplo trazido por

<sup>231</sup> ATIENZA, Manuel. **El sentido...**, p. 309.

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 142.

<sup>234</sup> MARANHÃO, Juliano. Op. Cit., s/p.

<sup>235</sup> DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 127.

Aarnio<sup>236</sup>. Imagine-se que existe uma lei que estipule o limite de velocidade a ser seguido em uma determinada via. Imagine-se, agora, que o condutor de um automóvel que trafega por essa via e excede o limite de velocidade previsto em lei, fica sujeito a uma penalidade. Em um caso como esse, à quem couber a missão de julgar a conduta do condutor que eventualmente seja acusado de exceder o limite de velocidade, caberá conhecer a legislação pertinente, averiguar a prova do excesso e, diante da sua constatação, aplicar a penalidade prevista. De acordo com Aarnio diz-se que o caso mencionado é um caso simples ou um caso rotineiro, primeiramente porque ele não exige um esforço argumentativo variado, depois porque essas decisões fazem parte da vida corrente e os casos dessa espécie são semelhantes e se repetem<sup>237</sup>. Normalmente as pessoas excederão a velocidade e toda vez que essa situação ocorrer, nos termos acima narrados, o resultado da aplicação da penalidade terá de ser o mesmo.

MacCormick concorda com a afirmação a respeito da existência de casos para os quais é suficiente a aplicação da lógica-dedutiva e casos que demandam esforço argumentativo diferenciado, no entanto, discorda da nomenclatura adotada por Dworkin e Aarnio. Para ele, a distinção seria mais bem colocada ao nomearem-se os casos ditos fáceis como casos claros e os casos ditos difíceis como casos problemáticos. Isso porque, segundo compreende ainda que um caso possa ser resolvido apenas pela aplicação da lógica-dedutiva, ele poderá ser extremamente complexo por seus próprios elementos<sup>238</sup>.

MacCormick também elucida uma questão importante na distinção. Não é que os casos fáceis e os casos difíceis possam ser separados *a priori* como categorias estanques. Na realidade, apenas será possível saber se um caso se enquadra em uma ou outra classificação, diante da forma pela qual ele é apresentado. Assim, o mero fato de ultrapassar a velocidade, conforme acima mencionado, pode originar um caso fácil. Todavia, caso essa conduta se dê, por exemplo, porque o condutor do veículo fugia de um criminoso que o tentava apanhar ou levava uma pessoa doente para o hospital, a avaliação do caso pode ser diferente (principalmente na situação de não existir uma regra que delimite as exceções).

---

<sup>236</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit., p. 01.

<sup>237</sup> Idem.

<sup>238</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 66 - 68.

Segundo MacCormick, de maneira muito simplificada, “um caso problema é um caso no qual surgiu um problema”<sup>239</sup>. Para os casos nos quais não surjam problemas, a identificação da conclusão deriva logicamente das premissas. De acordo com o autor, embora essa afirmação possa parecer “fora de moda”, o silogismo desempenha um papel relevante no pensamento jurídico, principalmente para a resolução dos casos não problemáticos (ou casos simples): “... às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada e nenhuma resposta em termos de justificação externa é necessária”<sup>240</sup>. Nesses casos fáceis ou não problemáticos, resolve-se a questão pela aplicação de uma regra jurídica, de acordo com a lógica-dedutiva.

Todavia, existem situações em que os casos são problematizados de tal forma que a aplicação da regra não é suficiente para resolvê-los, quer porque mais de uma norma pode ser aplicada ao caso, quer porque a mesma norma autoriza mais de uma interpretação. Nestas situações, que podem ser nomeadas difíceis – na linha de Dworkin, é exigido um esforço argumentativo que dê conta da justificação da escolha que se faz pela norma aplicada e pelo sentido dado à ela<sup>241</sup>. Casos difíceis ou problemáticos precisam de algo mais do que a correspondência entre premissas e conclusão. Precisam da justificação das premissas<sup>242</sup>.

De acordo com a doutrina de Dworkin os *hard cases* se caracterizam por não poderem ser resolvidos mediante uma regra de direito clara, pois nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, o que implica para o magistrado o dever de resolver o caso mediante a utilização de princípios<sup>243</sup>. Acompanhando a distinção de Dworkin, MacCormick a complementa, afirmando que nos casos difíceis o julgador para além da verificação dedutiva, pode se deparar com problemas de interpretação, problemas de avaliação, problemas de prova ou ainda problemas de classificação. Esses problemas farão com que os argumentos opostos apresentados pelas partes sejam igualmente fortes, o que exigirá do julgador a justificação da escolha das premissas fáticas ou normativas, mediante argumentos adicionais<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> Idem.

<sup>240</sup> Idem.

<sup>241</sup> TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, v. 2, n. 3, p. 154 - 171, 2011.

<sup>242</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação...**, p. 224.

<sup>243</sup> DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p.127.

<sup>244</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 65-68.

Essa distinção entre a justificação das decisões em casos fáceis e difíceis é trabalhada pela teoria da argumentação jurídica de maneira relacionada à distinção entre justificação interna e justificação externa. O autor da referida distinção é Wróblewski<sup>245</sup>, mas ela foi também acatada por Aarnio<sup>246</sup>, por Alexy<sup>247</sup>, por MacCormick<sup>248</sup>, por Atienza<sup>249</sup> e se tornou comum nos textos dos autores que tratam sobre a racionalidade e a justificação das decisões judiciais.

O contexto de justificação interna determina que a interpretação deriva das premissas de acordo com as regras de inferência aceitas. Então, a decisão judicial precisa ter uma espécie de organização interna que permita afirmar que considerando válidas as premissas adotadas, a conclusão decorre delas e com elas guarda sentido<sup>250</sup>. Alexy, por exemplo, defende que no contexto de justificação interna, a validade da conclusão em relação às premissas se apura mediante o silogismo ou métodos de lógica moderna: “a justificação interna diz respeito a questão de se uma opinião segue claramente as premissas aduzidas para justificá-la”<sup>251</sup>.

Segundo o mesmo autor, essa espécie de justificação é necessária em qualquer decisão judicial, inclusive porque delimita quais são as premissas que eventualmente precisarão ser justificadas externamente. Portanto, Alexy conceitua justificação interna como a determinação da validade da inferência realizada entre premissas e conclusão, essencialmente necessária em qualquer modalidade de decisão, mas especialmente suficiente na decisão dos casos ditos fáceis (claros ou rotineiros).

No entanto, a resolução dos casos fáceis e a justificação interna, pouca importância tem para a teoria da argumentação jurídica, conforme explica Aarnio “os problemas centrais da justificação jurídica são ligados a justificação externa”<sup>252</sup>. Essa justificação externa é propriamente a justificação das premissas utilizadas nos casos difíceis. Ou seja, quando haja mais de uma solução fundada em argumentos igualmente fortes, quando as regras jurídicas não apresentarem solução, ainda assim o magistrado terá de julgar e terá de expor os motivos do julgamento em um

<sup>245</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. Cit.,

<sup>246</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit. p. 23.

<sup>247</sup> ALEXY, **Teoria da argumentação...**, p. 218-224.

<sup>248</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 65-68.

<sup>249</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 39.

<sup>250</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 218.

<sup>251</sup> Idem.

<sup>252</sup> AARNIO, Aulis. Op. Cit., p. 167.

determinado sentido. Aí, nesse âmbito, de justificação das premissas, está-se falando de justificação externa<sup>253</sup>.

Esse tipo de premissa dependerá para sua fundamentação da argumentação jurídica ou o que Alexy chama de regras e formas de justificação externa<sup>254</sup>. Essas regras, visam propriamente a motivação do porquê e quando as premissas são aceitáveis<sup>255</sup>. Nessa perspectiva, cada um dos marcos teóricos apresentados (além de outro autores aqui não trabalhados ainda) elabora sua própria recomendação a respeito dos critérios que serviriam melhor ao controle da justificação externa, como explica Barroso:

existem incontáveis propostas de critérios para orientar a argumentação jurídica (...) a matéria, por suas implicações e complexidades, transformou-se em um domínio autônomo e altamente especializado<sup>256</sup>.

No que interessa propriamente ao tema trabalhado, as decisões do Supremo Tribunal Federal, é preciso mencionar que esse órgão, diferentemente dos demais, cotidianamente se depara com casos difíceis e, assim, com a necessidade de justificar as premissas utilizadas segundo a classificação comentada (que diferencia justificação interna e externa). Em especial, esse Tribunal se depara com casos difíceis cuja dificuldade está na adequação da premissa jurídica e não na identificação da premissa fática (embora, claro, possa isso acontecer em alguns poucos casos em que o Tribunal conserva ainda competências originárias em processos que admitem a análise de casos concretos). A constatação de que este Tribunal lida rotineiramente e principalmente com o Texto Constitucional, implica o reconhecimento de que trabalha com enunciados caracterizados pelos conceitos indeterminados e princípios. Ademais, a premissa jurídica em casos de controle de constitucionalidade é propriamente a Constituição que é um documento delimitado por opções morais e políticas<sup>257</sup>.

Todavia, essa constatação não implica na constatação de que as decisões do Supremo Tribunal Federal possam ser, por isso, menos jurídicas. Como explica

<sup>253</sup> DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 127.

<sup>254</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 224-225.

<sup>255</sup> PERAZZOLI, Fernando David. Justificação interna e justificação externa da decisão judicial: um aporte garantista. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, vol. 14, n. 20, 2007. p. 175- 191.

<sup>256</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso...**, p. 343.

<sup>257</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39.

Enterría nada “aparta el juez de su papel de intérprete y aplicador de una norma, en nuestro caso la Constitución, ni nada le libera de esa vinculación”<sup>258</sup>. O êxito da instituição, conforme explica o mesmo autor, radica exatamente na sua autenticidade e no rigor das teses jurídicas apresentadas por seus juízes<sup>259</sup>. Assim que, lidando com questões morais e políticas e com a peculiar redação do Texto Constitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos difíceis, exigem ainda mais justificação do tipo externo, justificação das premissas utilizadas.

\*\*\*

Portanto, para cumprir o desiderato desta dissertação, que é apontar critérios indispensáveis para o controle da racionalidade das decisões exaradas nos casos difíceis pelo Supremo Tribunal Federal e testá-los diante de alguns julgados, sem que o trabalho se fragilize diante das diversas possibilidades de análise dessas decisões, era preciso que se esclarecesse à que pressupostos a pesquisa está atrelada. Só será possível compreender a relevância dos critérios que serão expostos e a sua utilidade, se forem compartilhados esses pressupostos.

Assim, primeiramente convinha deixar clara a vinculação do texto à perspectiva de que o direito se exerce mediante a linguagem. Mais do que isso, o direito se realiza mediante uma linguagem na qual as expressões utilizadas podem guardar mais de um sentido ou diante de um caso específico não guardar sentido algum. É isso que faz com que as pessoas vivam conflitos jurídicos e os magistrados devam resolvê-los, em algumas situações, com demasiada dificuldade, por não encontrar de forma imediata uma regra que solucione o caso. É a linguagem que permite as partes defenderem pontos de vista divergentes, mas aceitáveis. E, se é assim, é somente pela linguagem que se poderá controlar as decisões judiciais, analisando as justificativas que o magistrado apresenta para a solução que propõe.

Nessa mesma linha de raciocínio, se apenas é possível controlar as decisões judiciais pela análise dos argumentos que o magistrado apresenta, e se a dissertação apresentada reflete sobre decisões judiciais emitidas em um Estado de

---

<sup>258</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Op. Cit., p. 230.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 205.

Direito, então existe um dever dos magistrados de motivar devidamente as decisões que emitem. Esse dever se agrava quando o magistrado se defronta com a análise dos ditos casos difíceis e, portanto, se agrava também nas decisões exaradas pelos Tribunais Superiores que são cotidianamente decisões de casos difíceis e implicam consequências práticas graves, na medida em que alteram sensivelmente a realidade pelos efeitos abrangentes que possuem.

De mesma forma, para compreender que se pretende controlar as decisões pelos argumentos apresentados publicamente pelo magistrado, então é preciso compreender que o que interessa, aqui, são esses argumentos e não qualquer experiência, pré-compreensão, conflito interno pelo qual aquele magistrado tenha passado no processo de decidir. É preciso, em outras palavras, aceitar a distinção (não aceita, por exemplo, pelas teorias hermenêuticas) entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. Pode ser, efetivamente, que um determinado ministro vote em um determinado sentido, tendo em conta uma vinculação ideológica a determinado partido político. Isso aqui não interessa. Apenas interessa se as razões que publicamente ele apresenta, para tanto, são aceitáveis.

Estes pressupostos se relacionam especificamente com o contexto da teoria da argumentação jurídica e se vinculam a conceitos que são trabalhados pelos expoentes desta teoria como, por exemplo, a noção de auditório de Perelman, a noção de coerência de Peczenik, a noção de justificação interna e externa de Wrobléswki. Cobia, portanto, indicar esse pano de fundo e, desta forma, defender que a adoção destes pressupostos está devidamente consolidada mediante uma corrente teórica que se desenvolve há pelo menos meio século. De mesma forma, a identificação da noção de lógica argumentativa é relevante para o trabalho porque revela a crença de que, superado o formalismo e o normativismo jurídico, ainda assim se acredita na possibilidade de controle das decisões judiciais. Ou seja, o contexto pós-positivista não é um contexto de arbitrariedade.

E, por fim, de forma mais específica, até para que seja delimitado o objeto de análise do quarto capítulo, era preciso também fixar que esse trabalho partilha da crença de que alguns casos se resolvem pela lógica-dedutiva e sendo repetitivos podem ser considerados casos fáceis, que não demandam um esforço argumentativo e, alguns casos não se resolvem apenas pela aplicação dessa lógica, sendo necessário recorrer a outros parâmetros. Portanto, partilha-se da crença na separação entre casos fáceis e difíceis. O que se defende não é uma separação

rígida (até mesmo porque após localizar a premissa é preciso de alguma forma aplicá-la e o recurso ao silogismo não deixa de ser uma forma de argumentação), mas se defende que uma separação flexível pode sim existir, na análise de cada caso e contribui para a organização e o “prestar de contas” do magistrado na eleição da solução para a controvérsia julgada.

Assim, fixados os pressupostos do trabalho, justificadas as premissas adotadas, torna-se mais segura a indicação dos critérios de controlabilidade das decisões. Evidentemente não se pretende com eles assegurar uma prova entre decisões corretas e equivocadas. O que se pretende, conforme ficará explícito, é uma aproximação entre decisões mais bem ou menos bem fundamentadas.



### III PARÂMETROS PERTINENTES E RECOMENDÁVEIS PARA A JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DAS DECISÕES

Conforme elucidado, a justificação externa das decisões corresponde à fundamentação das premissas, exatamente naqueles casos em que o recurso às regras jurídicas e à lógica-dedutiva não é suficiente para a legitimação da decisão. Nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que aqui interessam, é corriqueiro que não se possa lançar mão da aplicação de uma regra, exatamente porque o objeto da ação é o próprio questionamento da regra. De mesma forma, por lidar diretamente e principalmente com o Texto Constitucional, é comum que seja esse órgão o responsável por definir a resolução da colisão entre princípios e a elucidação do significado de conceitos abertos constitucionais. Ademais, não há como aplicar a regra quando o objeto da ação é mesmo a acusação de uma omissão do legislador<sup>260</sup>. Assim, o Supremo Tribunal Federal, pelas suas competências definidas constitucionalmente, se depara cotidianamente com casos difíceis, problematizados e deve justificar a escolha das premissas, não apenas a relação entre premissas e conclusão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina em direito constitucional, no Brasil, primeiramente esforçou-se em criticar o positivismo e defender a normatividade da Constituição<sup>261</sup>. Passado esse deslumbramento com os princípios, como explica Barroso, “o pensamento jurídico tem se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem”<sup>262</sup>. Assim, parece necessário reduzir a discricionariedade do magistrado diante da análise dos casos problemáticos, bem como elucidar o processo de justificação deste tipo de decisão, determinando alguns parâmetros para avaliação da sua correção e aceitabilidade.

Evidentemente não se pretende defender que a definição de critérios, seja capaz de por si tornar a decisão judicial, em casos problemáticos, racional e

<sup>260</sup> A atribuição do magistrado diante das técnicas de declaração de inconstitucionalidade e ponderação de princípios conforme já debatido no primeiro capítulo, acarretaram uma transformação no próprio conceito de jurisdição. O assunto é tratado por MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 24.

<sup>261</sup> PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral.** Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/share/d/download/artigo-pos-positivismo-sem-trauma.pdf>>. Acesso: 07/12//2012.

<sup>262</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, Rio de Janeiro, v. 02, n. 21, 2012. p. 01- 50.

controlável de maneira absoluta. Também não se pretende afirmar que a definição de critérios, com certeza, será capaz de indicar qual a melhor decisão ou a decisão correta. No entanto, afirma-se que a definição de critérios poderá selecionar argumentos melhores e impedir a decisão irracional, incontrolável, pior ou incorreta. Como afirma MacCormick: “... não é uma garantia de justiça perfeita, mas é certamente uma proteção contra as piores formas de injustiça”<sup>263</sup>. Não se afirma que os critérios aqui sugeridos são suficientes para a justificação de uma decisão, mas que são critérios cuja consideração é absolutamente indispensável em uma decisão judicial proferida por uma instituição pública em um Estado de Direito.

Esses critérios, que serão analisados mais além, foram extraídos da obra de Barroso<sup>264</sup>. Não se trata de uma obra específica sobre o tema e nem o autor se dedica a fundamentação e exposição dos critérios por mais de algumas páginas. O livro verdadeiramente é um curso de atualização geral de temas de direito constitucional, do qual a argumentação jurídica não é mais do que um tópico curto dentro de um capítulo que trata *novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional*. No entanto, como será demonstrado, a parte disso, os critérios de controlabilidade indicados pelo autor, sem maiores pretensões<sup>265</sup>, parecem efetivamente agregar o que de mais importante e mais habitual a doutrina especializada tem produzido sobre o tema.

Assim, primeiramente elucidar-se-á o panorama da produção doutrinária com relação à controlabilidade das decisões judiciais em *hard cases* e os critérios que tem sido por ela indicados, em especial, pela doutrina que maior repercussão tem no cenário brasileiro. Depois, apresentar-se-ão os critérios selecionados por Barroso e explicar-se-á porque foram eles selecionados para esse trabalho como os critérios mais adequados.

---

<sup>263</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 67.

<sup>264</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 339.

<sup>265</sup> O autor destaca, na exposição dos critérios que são “ilustrativos” e “brevemente” trabalhados. *Ibidem*, p. 341.

### 3.1 AS TEORIAS RECORRENTES NO BRASIL SOBRE O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASOS PROBLEMÁTICOS

No Brasil, algumas teorias a respeito do controle da objetividade das decisões, apresentadas como soluções para os problemas de discricionariedade nas decisões de casos difíceis, têm sido recomendadas pela doutrina, principalmente no contexto da guinada lingüística (hermenêutica e pragmática) e da compreensão da decisão enquanto discurso<sup>266</sup>. Essas propostas são decorrentes de diferentes matrizes teóricas, mas em comum se preocupam em refletir sobre a decisão judicial e a sua necessária fundamentação (e justificação) no contexto pós-positivista. Rejeita-se que a decisão de um caso complexo possa ser, em um Estado Democrático, mero ato de vontade e propõem-se formas de compreender o ato de decidir e verificar sua legitimidade.

As teorias aqui referidas podem ser didaticamente classificadas da seguinte maneira: a teoria hermenêutica narrativo-construtivista de Dworkin, a teoria hermenêutica filosófica de Gadamer transposta por Streck, a teoria argumentativa substancial de Alexy, a teoria argumentativa procedimental democrática de Habermas e a teoria sistêmica de Luhmann transposta por Neves<sup>267</sup>. Cada uma dessas teorias presta contribuições ao estudo da compreensão e da controlabilidade das decisões judiciais naqueles casos em que se busca, para além da regra, alguma solução valorativa, moral ou política. No entanto, nenhuma destas teorias será aqui utilizada de forma exclusiva ou integral para a análise de casos que se realizará no quarto capítulo. A intenção da apresentação de cada uma dessas teorias é a de demonstrar o panorama no qual se insere o trabalho, indicar categorias que serão utilizadas e rechaçar pontos de discordância.

Inicie-se, pois, por Dworkin. A resolução dos casos difíceis, para Dworkin, parte da rechaça a proposta de Hart para a resolução destes mesmos casos. De acordo com Hart naquelas situações em que a ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o julgador deverá criar o direito e resolver o caso de

---

<sup>266</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. Op. Cit., p. 137.

<sup>267</sup> A classificação indicada é trazida na obra de MARRAFON. Ibidem, p. 135. Todavia, por questão de completude, insere-se aqui ainda a teoria sistêmica de Luhmann naquela obra não tratada.

maneira discricionária<sup>268</sup>. Dworkin discorda dessa colocação, pois, para ele, ainda que nenhuma regra regule o caso a ser decidido, o caso deve ser decidido conforme o direito, “uma das partes pode ter o direito de sair vencedora”<sup>269</sup> e, cabe ao magistrado, mediante uma tarefa interpretativa e argumentativa, determinar a solução, que é de alguma forma vinculada pelo contexto no qual está inserido aquele magistrado.

Nesse ponto é necessário distinguir entre dois tipos de argumentos que poderiam ser utilizados para pensar um problema em um caso difícil: argumentos de política e argumentos de princípio<sup>270</sup>. Os argumentos de política teriam relação com um objetivo coletivo da comunidade, enquanto que os argumentos de princípio teriam relação com um direito de um grupo ou de um indivíduo. De acordo com Dworkin as decisões em casos difíceis devem ser solucionadas pela aplicação de argumentos de princípio e não por argumentos referentes à políticas<sup>271</sup>. Essa escolha favoreceria a defesa do ativismo judicial, mas isso não seria um problema, na medida em que as críticas voltadas contra essa postura ativista - violação à separação de poderes e à segurança jurídica-, são críticas baseadas em decisões sobre políticas e não sobre princípios.

Ainda, conforme acima mencionado, Dworkin defende uma teoria hermenêutica construtiva, o que significa dizer que o autor parte da compreensão do ato de julgar como um processo interpretativo, que se faz a partir da história institucional, procurando a melhor interpretação moral das práticas sociais existentes<sup>272</sup>. Todavia, esse processo interpretativo não fica absolutamente ou exclusivamente vinculado ao passado, ele também se volta para o futuro na medida em que informa a resolução dos novos casos, desde que assemelhados: “o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”<sup>273</sup>. Dworkin, portanto, parte da consideração da relevância dos julgados coerentes e da boa utilização dos precedentes, não para que engessem a interpretação, mas para que funcionem como orientação sobre a história institucional.

---

<sup>268</sup> HART, H. L. A. Op. Cit., p. 155 e ss.

<sup>269</sup> DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 127.

<sup>270</sup> Idem.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>272</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 87.

<sup>273</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 138.

Por fim, no que aqui interessa, o autor destaca a importância da compreensão de que os juízes em certas circunstâncias efetivamente terão de emitir julgamentos de moralidade política<sup>274</sup>, mas isso não significa que terão de emitir julgamentos subjetivos. Na perspectiva apresentada, o juiz deve ser capaz de analisar o conjunto de princípios e apontar para a solução que melhor referencie ou espelhe não a sua própria moral, mas a moral da comunidade. Esse juiz, capaz de encontrar a moral pública, capaz de fazer cumprir os direitos institucionais aceitando a integridade, será representado por Dworkin na figura do juiz Hércules “de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”<sup>275</sup>. Hércules, na decisão de um caso difícil, estaria habilitado a considerar as tradições morais da comunidade, conforme consideradas no passado e, assim, responder as questões que a história institucional deixa em aberto para o futuro, encontrando a única resposta correta, mediante os princípios da justiça, equidade e devido processo legal<sup>276</sup>.

Essa necessidade de encontrar a moral da comunidade pela análise de princípios e não de políticas é o que colocará o juiz Hércules em algumas situações, na obrigação de contrariar a vontade da maioria objetivando a manutenção dos princípios, advindos de um contexto moral no qual essa mesma maioria está inserida. Os princípios permitem a resolução dos casos difíceis com base em critérios morais e servem, também, exatamente, como forma de contenção da discricionariedade judicial (busca-se a moral da comunidade e não qualquer moral). Neste ponto é que está centrado o caráter contra-majoritário da teoria de Dworkin<sup>277</sup>.

Às críticas de que a técnica proposta encorajaria os magistrados a emitir juízos baseados em uma moralidade própria, Dworkin rebate argumentando que o fato de eventualmente se chegar a uma decisão injusta, não pode impedir a tentativa de se chegar a uma decisão justa. De mesmo modo, a consciência de que os juízes são falíveis não deve se prestar a retirar deles a função de julgar casos difíceis, mas pelo contrário, deve alertá-los da importância de julgar tais casos com atenção e humildade<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>276</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. Op. Cit., p. 140.

<sup>277</sup> A ideia foi mais tarde desenvolvida e reafirmada em NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

<sup>278</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 142.

Dworkin é sem dúvida um dos autores mais influentes do final do século XX no direito constitucional<sup>279</sup>. Compartilha-se com ele, nesse estudo, a compreensão de que a aproximação entre direito e moral não implica necessariamente a inserção de discricionariedade nos julgamentos. Também, a distinção entre casos fáceis e difíceis e o reconhecimento de força normativa aos princípios. Por fim, de importância nesta teoria, para os fins aqui trabalhados, compartilha-se com destaque a atenção colocada sobre os precedentes e a necessária coerência entre as decisões.

Paralelamente, ainda em uma perspectiva hermenêutica, destaca-se no Brasil, como referência a controlabilidade das decisões judiciais, a hermenêutica fenomenológica, apresentada por Streck. Unindo elementos da teoria de Heidegger e Gadamer, essa perspectiva defende que a justificação da decisão é relevante, todavia não elimina o primeiro passo na compreensão, que é o elemento hermenêutico, “o modo prático de ser no mundo que comanda a atividade compreensiva”<sup>280</sup>. Para essa corrente, a superação da tradicional separação entre sujeito e objeto, no plano de filosofia, deve ocasionar transformações também na compreensão do ato de julgar<sup>281</sup>.

Segundo menciona Streck, a dogmática jurídica tem explicado o direito a partir da afirmação de que o sentido pode ser apreensível, como se um conceito jurídico fosse algo autônomo, pré-existente, que pudesse ser conhecido. No entanto, essa explicação precisa ser contestada, na medida em que não existe um espaço entre aquele que compreende e aquilo que é compreendido: “há uma clivagem entre nós e mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso”<sup>282</sup>. Deste modo, na hermenêutica fenomenológica não existe qualquer espaço para dicotomias. Compreender é ao mesmo tempo explicitar, a descoberta e a justificação estão unidas num mesmo processo, “a partir desse suporte hermenêutico, a relação texto-norma, regra-princípio, *easy-hard cases* (...)

---

<sup>279</sup> ATIENZA, Manuel. **El sentido...**, p. 306.

<sup>280</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

<sup>281</sup> LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade da hermenêutica - contraponto à modernidade. In: Ricardo Marcelo Fonseca. (Org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, v. 1, p. 145-155.

<sup>282</sup> STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 140.

passa a ser vista à luz do novo paradigma que supera o paradigma fundado no esquema sujeito-objeto”<sup>283</sup>.

Assim, de acordo com Streck, pode-se reconhecer a existência e importância dos princípios (relacionados aos critérios morais), mas eles não são mandados de otimização ou cláusulas abertas a serem preenchidas pelo juiz, eles não “abrem” a interpretação. Diferentemente, na ótica agora exposta, os princípios servem exatamente como fechamento, como meio de evitar a discricionariedade judicial, na medida em que devem estar relacionados ontologicamente com o ser no mundo e a tradição que dali advém<sup>284</sup>. Como explica Gadamer, a interpretação está ela própria limitada pelo contexto no qual é esboçada: “A antecipação do sentido que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição”<sup>285</sup>.

De outro lado, ainda que a hermenêutica não seja subjetividade, ela também não é método. A relação com a tradição não é algo dado, não é objeto a ser conhecido, é de outra maneira, algo que está em contínua formação, que se vai instaurando pela participação dos intérpretes: “o círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”<sup>286</sup>. Com essa conclusão, a hermenêutica rompe com as teorias argumentativas ou analíticas, sugerindo que não são capazes de se livrar do paradigma metafísico que implica a criação de metacritérios e regras para a interpretação. Segundo Streck “compreender não é produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer, compreender é sim um modo de ser”<sup>287</sup>.

Para melhor elucidar a complexa teoria, convém ainda distingui-la de teorias hermenêuticas como a acima apresentada, elaborada por Dworkin. A diferença está clara, por exemplo, ante a crítica apresentada por Streck com relação à separação entre *easy* e *hard* cases, à denuncia que faz da insuficiência do Juiz Hércules e à negação quanto a possibilidade de buscar soluções para os casos complexos, fora da ordem jurídica positiva –para Streck em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, com uma Constituição principiológica, a busca por soluções externas ao

---

<sup>283</sup> Ibidem, p.142.

<sup>284</sup> Idem.

<sup>285</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 389.

<sup>286</sup> Idem.

<sup>287</sup> STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit., p. 177.

sistema seriam desnecessárias<sup>288</sup>. Daí que, para a hermenêutica fenomenológica seria possível encontrar a resposta correta de maneira conteudística (a partir da qualidade dos argumentos), para além da resposta aceitável de maneira meramente procedimental (atenta a estrutura do processo argumentativo), mediante a tradição jurídica construída por um paradigma constitucionalista próprio.

Para o que interessa ao trabalho analisado, a hermenêutica fenomenológica de Streck contribui com a crítica à insuficiência das colocações de Dworkin, especialmente em relação ao referido Juiz Hércules e a busca de recursos valorativos para fora do ordenamento jurídico. Também, a teoria auxilia na construção de controles para as decisões judiciais na medida em que implica um reconhecimento à importância do texto (eis que texto e norma não se separam), à existência de uma pré-compreensão do julgador ínsita à decisão e, especialmente, à compreensão de que o ato de interpretar é em si limitado pela tradição.

Importante também, para as reflexões a respeito da controlabilidade das decisões proferidas pela jurisdição constitucional, no Brasil, é a teoria discursiva, em sua vertente procedimentalista democrática, segundo a concepção principal de Habermas, agregada as contribuições de autores como Ely e Nino. O procedimentalismo democrático recusa, em essência, a proposta universalista hermenêutica, de que se pode encontrar de maneira geral princípios que pela tradição tenham identificação com a comunidade. De acordo com Habermas, em sociedades pós-convencionais, de moralidade fragmentada, marcadas pela pluralidade, não é possível entregar a decisão pela busca de uma determinada tradição, à um único magistrado<sup>289</sup>, pois ainda que se possa alcançar alguns consensos de fundo, tais consensos somente poderão se tomados em consideração se obtidos mediante um procedimento específico que os legitime (um procedimento democrático).

Ademais, não basta alcançar na decisão critérios socialmente admitidos, é preciso que a decisão ela própria esteja pautada em outros critérios também amplamente admitidos, como a obrigatoriedade de tratar as partes de maneira imparcial, o respeito à legalidade, a segurança jurídica e etc<sup>290</sup>. A decisão não basta

---

<sup>288</sup> Idem.

<sup>289</sup> HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>290</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.



que tenha o resultado correto, é preciso que seja capaz de demonstrar que chegou ao tal resultado também de maneira correta: “deve-se ancorar as exigências ideais feitas do direito no ideal político de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição ao invés de apoiá-la no ideal de personalidade de um juiz”<sup>291</sup>.

Essas críticas são apoiadas por Nino, segundo o qual, ainda que as decisões deliberativas tomadas em uma democracia não sejam infalíveis, elas são o modo mais confiável de alcançar uma decisão em uma democracia<sup>292</sup>. Ou seja, Nino afirma que decisões individuais podem ser corretas e que decisões majoritárias podem ser equivocadas, o que importa não é exatamente o resultado do processo, mas as condições nas quais esse resultado foi auferido<sup>293</sup>. Daí a importância do valor epistêmico da democracia e a necessidade de protegerem-se os direitos de liberdade e igualdade, para que as decisões democráticas não sejam tomadas de maneira distorcida e as pessoas que sofrem limitações materiais, por exemplo, acabem por ter limitação também ao acesso para participação nas decisões públicas<sup>294</sup>. De qualquer maneira, toda essa proteção ao processo deliberativo democrático deve implicar, como resultado, uma atuação mais restrita do juiz:

Os juízes e debates jurisdicionais, ao contrário dos debates populares e legislativos (...) não podem fundamentar suas decisões com argumentos que não pertençam à esfera pública”<sup>295</sup>.

Para Habermas, de mesma forma, não há que se buscar resolver problemas jurídicos pelo recurso a parâmetros substantivos. A justiça não se alcança por essa maneira, mas pelo fortalecimento dos mecanismos de diálogo democrático, que permitirão maior consolidação do consenso procedimentalmente obtido, a respeito do que a comunidade compreende como elementos para uma vida boa<sup>296</sup>. Trazendo essa discussão para o âmbito da jurisdição constitucional, tem-se que o Tribunal Constitucional não deve mediante a decisão buscar encontrar por si próprio ou pela interpretação que faz das normas, parâmetros de moralidade. Na verdade, a

<sup>291</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p. 278.

<sup>292</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitucion...**, p. 253.

<sup>293</sup> GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011.

<sup>294</sup> GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>295</sup> GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. **Araucaria**, Sevilla, v.7, n. 14, ago./dez. 2005.

<sup>296</sup> ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.145 e ss.

atribuição do Judiciário diante de casos complexos seria a de atuar exatamente na medida necessária para proteger os procedimentos democráticos e a efetiva vontade política de uma determinada comunidade<sup>297</sup>.

É como se posiciona Ely, propondo que a jurisdição constitucional apenas interfira em decisões morais e políticas com a finalidade de facilitar a representação das minorias e desbloquear os canais de mudança política. Não se deve confiar muito poder aos magistrados nessa esfera, haja vista que “a sociedade não tomou a decisão de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor as decisões populares aos valores dos juristas de primeiro escalão”<sup>298</sup>.

Especificamente com relação à legitimidade da decisão judicial, Habermas defende que se deve fugir da busca pela justiça ou pela única decisão correta e procurar por uma racionalidade aceitável dos argumentos. De acordo com a sua tese, a manutenção de condições procedimentais e pragmáticas que garantam a exposição e debate dos bons argumentos e informações relevantes, em um determinado caso, deve ser um caminho para a seleção da decisão que esteja melhor amparada racionalmente. A pré-compreensão do magistrado não é capaz de colocar limites a indeterminação da decisão, apenas a pré-compreensão compartilhada intersubjetivamente pode fazer isso<sup>299</sup>. No mesmo sentido Souza Neto alerta que “a legitimação do conteúdo das normas jurídicas só pode ser remetida à própria vontade dos que são por elas governados”<sup>300</sup> e complementa o raciocínio afirmando que a decisão contramajoritária é aceitável, mas quando se der em benefício da própria manutenção da democracia<sup>301</sup>.

Concordando com Gunther<sup>302</sup>, Habermas explica que não se pode ignorar a distinção entre o momento de elaboração de uma determinada norma e o momento de aplicação desta mesma norma à um caso concreto. Apreender esta distinção é também um ponto fundamental para compreender que a simples validade da norma no plano abstrato, não corresponde à correção da sua aplicação no plano concreto.

---

<sup>297</sup> Idem.

<sup>298</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>299</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação**..., p. 91-107.

<sup>300</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 07.

<sup>301</sup> Idem.

<sup>302</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

A teoria procedimental lançada por Habermas é mais do que isso. Ela implica que no momento de decisão, considerando a tensão entre segurança jurídica e direitos humanos, se valorize também a reflexão sobre as diversas posições divergentes, as questões fáticas e jurídicas conforme colocadas pelas partes. Essa compreensão implica a conscientização de que uma decisão deve estar fundada em condições de aceitabilidade racional (relacionadas à história institucional, à positividade e etc), mas também deve aceitar situações que não se contentam com o tratamento destinado aos casos semelhantes<sup>303</sup>.

Diante de um quadro assim, ao invés de buscar um critério moral externo, que colocaria em risco a legitimidade do próprio julgador, porque ele mesmo é legitimado por um procedimento democrático, o jurista precisa considerar as questões morais que estão institucionalizadas conforme o direito. Em um caso penal, por exemplo, existem determinadas normas que asseguram a possibilidade de defesa, a produção de provas, a avaliação das provas, a fundamentação das sentenças e etc. O discurso, portanto, neste âmbito, fica de alguma forma, limitado pelo procedimento, se torna objetivo e controlável<sup>304</sup>. Todavia, ao mesmo tempo, o discurso fica protegido (embora não fique imune) de subjetividades calcadas em compreensões morais parciais e pessoais.

A teoria discursiva deliberativa tem alguns pontos de extrema relevância para o trabalho analisado. Primeiramente, destaca-se por retirar do magistrado toda a responsabilidade pelo ato de decisão. Ele não deve buscar por si só, mediante a tradição, os valores da comunidade que auxiliam na resolução do caso. Pelo contrário, ele deve utilizar um procedimento para fazer isso e deve buscar essa moralidade exatamente no resultado de um processo democrático. Ademais, a teoria discursiva traz a relevância da análise da argumentação, de como se chega à justificação da decisão através da exposição de bons argumentos.

Calcado na teoria discursiva, mas em viés substancialista<sup>305</sup>, muito sucesso no direito brasileiro tem feito a doutrina construída por Alexy no que se refere a necessidade racionalizar as decisões em casos complexos, especialmente diante

---

<sup>303</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p. 269 e ss.

<sup>304</sup> Ibidem, p. 293-295.

<sup>305</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. Op. Cit., p. 150 e ss.

do conflito entre direitos fundamentais<sup>306</sup>. Alexy, como já mencionado no capítulo anterior, construiu uma relevante teoria da argumentação, partindo da tese do caso especial. Para o autor, os discursos jurídicos são parte dos discursos práticos morais ligados ao direito, daí que, as regras gerais do discurso prático devem ser complementadas por argumentos especiais do discurso jurídico<sup>307</sup>. O discurso jurídico é limitado pelo seu caráter institucional e autoritário (lei, precedente e dogmática), mas de outro lado pode ser aberto e crítico, na medida em que está sempre condicionado pela argumentação. É nesse ponto, aberto e crítico, que se pode aproximar ou identificar uma relação direta entre o direito e a moral<sup>308</sup>.

Essa é uma primeira parte da sua obra. Outra contribuição efetiva ao controle das decisões judiciais, mais recente, está fundamentada na sua teoria sobre os princípios e a ponderação desses princípios por meio do método da proporcionalidade. Segundo defende o autor, tanto regras quanto princípios são espécies de normas, na medida em que ambos emitem expressões deónticas básicas de ordem, permissão ou proibição. No entanto, os princípios jurídicos são qualitativamente diferentes das regras, na medida em que podem ser caracterizados como mandados de otimização, ou seja, “princípios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”<sup>309</sup>. As regras são diferentes, elas apenas podem ser cumpridas ou não. Partindo dessa diferenciação o autor defende que direitos fundamentais podem ser regras ou podem ser princípios. É essa confirmação que permite afirmar que o caráter principiológico dos direitos fundamentais lhes confere flexibilidade (para serem relativizados) nos casos de colisão<sup>310</sup>.

Ou seja, princípios são determinações *a priori*, que a depender do caso concreto de colisão poderão ser restringidos, mediante a ponderação, pois os princípios podem ceder uns diante dos outros, como explica Alexy “bajo ciertas

---

<sup>306</sup> Uma busca simples de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal, utilizando o verbete “ponderação” aponta pelo menos 1.276 (mil duzentos e setenta e seis) resultados. Pesquisando pelo verbete “proporcionalidade”, outro conceito chave de sua obra, obteve-se 3.975 (três mil novecentos e setenta e cinco) resultados. É um atestado da popularidade da utilização do dito método na jurisprudência do país.

<sup>307</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 200-201.

<sup>308</sup> ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa**, Alicante, n. 24, p.671-687, 2001. Disponível em: <[http://ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/dox\\_a24\\_27.pdf](http://ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/dox_a24_27.pdf)>. Acesso em: 07/12/2012.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 06.

<sup>310</sup> VIGO, Rodolfo. Balance de la teoria discursiva de Robert Alexy. **Doxa**, Alicante, n. 26, p. 01-54, 1989. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD44747684.pdf>>. Acesso em: 07/12/2012.

circunstâncias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestion de la precedência puede ser solucionada de manera inversa<sup>311</sup>. É isso que significa dizer que diante dos casos concretos os princípios podem ter pesos diferenciados. Esse peso deve ser auferido naquele momento da decisão (não é algo pré-determinado no âmbito da norma) e a solução, a norma extraída para esse caso específico, de que um determinado direito deve se sobrepôr à outro, pode não se aplicar diante de outra situação<sup>312</sup>.

Portanto, a colisão entre princípios deverá ser resolvida por um método e esse método é a ponderação que leva em conta a máxima da proporcionalidade. A colisão entre princípios não se resolve com a declaração de invalidade de um deles, mas com a decisão sobre qual dos dois deve prevalecer tendo em conta a conformação típica do caso e as circunstâncias específicas<sup>313</sup>. O princípio da proporcionalidade que auxilia a ponderação se coloca em três diversas condições: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras condições estão relacionadas ao caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas (o meio empregado deve se prestar a proteger algum direito ou bem e deve se aplicar da maneira mais amena possível), já a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, está relacionada ao caráter dos princípios como mandados de otimização com relação a possibilidades jurídicas. Assim, quanto maior a interferência realizada em um determinado direito fundamental, o fundamento da intromissão deve ser tanto maior<sup>314</sup>.

A teoria de Alexy é de extrema relevância no Brasil e em muito pode auxiliar a pesquisa. Primeiramente porque como que unindo pontos divergentes acrescenta algo de material, de substancial, a noção da teoria discursiva procedimentalista democrática, mantendo a preocupação com a existência de um método controlável, mas admitindo a inserção de critérios morais no ato de decidir. Aqui, interessam da sua teoria essencialmente as noções relacionadas à teoria da argumentação: distinção entre contexto de descoberta e justificação e distinção entre justificação interna e externa. Especialmente, tomar-se-á em conta também a relevância da apreciação dos elementos do caso para a formulação da resposta judicial.

---

<sup>311</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los...**, p. 89.

<sup>312</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>313</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los...**, p. 92.

<sup>314</sup> ATIENZA, Manuel. **Entrevista...**, p. 06.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a importância auferida no debate pela teoria sistêmica apresentada por Luhmann e, no Brasil, transposta especialmente por Neves. De acordo com a teoria em comento, o direito é um subsistema social, tal qual a economia, a arte, a ciência, a religião e, como cada um desses subsistemas, possui uma maneira específica de tomar decisões. O direito, como subsistema deontológico, se move por um código próprio de “direito/não direito” e as decisões jurídicas, de mesma forma, são realizadas tendo em conta a referida distinção<sup>315</sup>. A decisão colabora para que o direito seja sempre também um sistema dinâmico que altera os outros sistemas e se altera a partir dos seus próprios elementos (autopoiese e auto-referência)<sup>316</sup>.

Para o autor, a decisão judicial é em si algo impossível<sup>317</sup>. Para que se determinem as premissas normativas ocorre uma escolha, para que se determinem as premissas fáticas novamente é necessária uma escolha, para obter dessa conjunção uma conclusão, também é necessária uma escolha. Ou seja, a decisão é o resultado de outras decisões, mas se não implicasse outras decisões, todas inovadoras, não seria em si uma decisão, apenas uma repetição, como esclarecem Simioni e Bahia: “A decisão jurídica é impossível de ser decidida e paradoxalmente por ser impossível é que ela exige uma decisão. Se não fosse impossível, não exigiria uma decisão”<sup>318</sup>. A decisão jurídica então é um paradoxo entre a impossibilidade de decidir e a obrigatoriedade de decidir, na medida em que o próprio direito indica como cânone a inafastabilidade do Poder Judiciário.

Logo, existem aquelas situações nas quais o julgador apenas repete operações anteriormente realizadas, essa operação é uma repetição, não é uma decisão. O que se pode considerar efetivamente decisão, para Luhmann, são as situações nas quais não é possível a atividade de repetição e por isso mesmo é necessária uma atividade de diferenciação, de inovação, de criação e de

---

<sup>315</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

<sup>316</sup> MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <[http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/luhmann\\_05.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf)>. Acesso em: 19/12/2012.

<sup>317</sup> PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe e SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann: operação, diferença e abertura**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2261.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf)>. Acesso em: 09/12/2012.

<sup>318</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto e BAHIA, Alexandre Gustavo Mello Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 59. p. 61-88, dez. 2009.

justificação<sup>319</sup>. A mera repetição prescinde da justificação, a própria justificação se repete, mas a decisão inovadora, essa precisa dar motivos à inovação, motivos que são até o momento desconhecidos, mas que não poderão ser arbitrários ou incompreensíveis, pois a inovação precisa ser tolerada pela estrutura.

A justificação da decisão, portanto, deve ser feita a partir de elementos do próprio sistema, pois a utilização de elementos externos pode causar a corrupção da decisão, como ocorre, por exemplo, quando se decide uma questão jurídica com fundamento em um argumento religioso. No entanto, pode ser que mesmo as regras vigentes, aplicadas segundo métodos dedutivos corretos, não correspondam à resultados claros, e o terceiro imparcial, o julgador, deva lançar mão de critérios argumentativos pertinentes a valores: “los tribunales tienen que decidir sobre estos casos (...) neste contexto se discute la influencia de las argumentaciones morales en la decisión de los hard cases”<sup>320</sup>.

O que se defende não é a utilização de referências externas diretamente para a resolução do problema jurídico, mas o recurso a um filtro que tem a função de integrar questões políticas e questões jurídicas, um filtro que admite a interpenetração permanente entre a política e o direito e, esse filtro, que faz um “acoplamento estrutural” entre fatores externos e internos ao direito é, para Luhmann, a Constituição. A Constituição, ao mesmo tempo em que permite a passagem de apoios externos ao direito, limita essa passagem e impede a sua validade imediata, servindo como ponto de ligação e separação entre o direito e a política: “como forma de dois lados inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas”<sup>321</sup>. Ou seja, a decisão exige o recurso à Constituição, como forma de resolver-se de maneira inovadora em relação com o plano valorativo, mas sem se descolar do próprio sistema do direito.

Aqui, a partir dessa compreensão da importância da Constituição, Neves delimita exatamente como pode ser concebida a interpretação judicial na teoria sistêmica. Segundo o referido autor, não se trata de uma perspectiva decisionista que incita a buscar arbitrariamente valores e pesá-los e nem se trata de uma perspectiva que atribuí a um único juiz hipotético a tarefa de encontrar a única

---

<sup>319</sup> Ibidem.

<sup>320</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Herder, 2006. p. 376.

<sup>321</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 97-98.

resposta correta. A existência de mais de uma decisão possível é admitida, conforme esclarece o autor: “a possibilidade de mais de uma decisão justificável parece-me auto-evidente (...) o problema está em delimitar o que é justificável ou não”<sup>322</sup>. Neves apresenta então algumas colocações sobre critérios a serem observados na resolução de casos difíceis.

Primeiramente, o intérprete deve buscar o que o autor nomeia de congruência, que é a linearidade com relação às decisões anteriormente proferidas. Depois, deve antever que as outras soluções tratadas no mesmo sistema possam ser semelhantes a apresentada, o que considera como uma reorientação das expectativas. Ambas as condições estão relacionadas no plano interno, respectivamente como modelos de auto-validação e hetero-referência. No plano externo, referente à hetero-validação, é preciso considerar que os sentidos são construídos também socialmente. O sentido impulsionado pela decisão judicial poderá indicar reflexos na esfera pública, suscitando, por exemplo, a reforma ou o debate a respeito da legislação. As condições referidas pelo autor, para distinguir a decisão como justificável, possibilitam o controle a partir de dois pontos estratégicos do conjunto: “Uma enfatiza a redução da complexidade e seletividade imprescindíveis à continuidade do sistema jurídico e à sua adequação ao ambiente. A outra aponta para a relevância da esfera pública pluralista”<sup>323</sup>.

A teoria apresentada interessa a este trabalho pela consideração que presta à Constituição, especialmente revelando sua função de filtro, para o direito, de elementos externos ao sistema, mas que são absolutamente imprescindíveis na resolução dos casos difíceis. É como o reconhecimento de que as decisões jurídicas não se esgotam dentro do sistema, mas que o acesso aos elementos externos apenas pode ser feito mediante um portal específico que é a Constituição. Ademais, a teoria comentada ainda compartilha com este trabalho a compreensão de que são possíveis diversas decisões, todavia apenas algumas são justificáveis. Por fim, ressalte-se o valor dedicado a coerência das decisões com os precedentes, a sua aplicabilidade aos casos semelhantes como fator de atualização do sistema e o diálogo com a esfera pública.

Concluindo o tópico, é preciso esclarecer que cada uma das teorias indicadas é complexa e cada um dos autores trabalhados tem peculiaridades.

---

<sup>322</sup> Ibidem, p. 207.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 213.



Assim, realizou-se um esforço de concentração e simplificação, para apontar as bases de cada linha de pensamento, no que interessa ao trabalho desenvolvido, com a intenção de demonstrar que existe conhecimento das diversas propostas e opta-se pela proposta de Barroso de maneira consciente, sem ignorar as demais.

Ademais, sabe-se que existe um risco em reunir autores dentro de uma mesma classificação, como aqui foi feito, quando, por exemplo, aponta-se Streck, Gadamer e Heidegger em uma mesma perspectiva. Sabe-se que cada um dos autores possui originalidade, mas a reunião se dá em virtude da necessidade de compilação, que permite dar sequência a esta dissertação, que não é uma dissertação sobre todas as propostas de controle de racionalidade das decisões judiciais que tiveram influência no Brasil ou sobre a obra de cada um dos autores indicados, o que exigiria pesquisa diversa.

Intentou-se, portanto, apresentar um panorama das ditas correntes de pensamento, no que de mais relevante trazem ao estudo da controlabilidade das decisões judiciais no Brasil. Verificou-se que muito embora apresentem divergências pontuais todas as teorias parecem ter a preocupação de limitar a discricionariedade do magistrado no momento de decidir a respeito de um caso difícil, lançando mão de algo além das regras e das decisões anteriormente aplicadas. Essas teorias auxiliarão no desenvolvimento dos critérios de controlabilidade que se pretende indicar e explicar a partir de agora.

### 3.2 OS CRITÉRIOS CONCILIADORES PROPOSTOS POR BARROSO

As teorias acima referidas contribuem cada qual com a sua importância, para o debate brasileiro a respeito da possibilidade de controle das decisões judiciais proferidas em casos difíceis. Cada um dos autores indicados foi citado e estudado pela doutrina e jurisprudência, tendo algumas das suas categorias sido internalizadas pelo inconsciente coletivo do direito brasileiro. Na realidade, os autores costumam ser utilizados conjuntamente, naquilo que interessa ao interlocutor, sem muitos cuidados com a compreensão geral da obra de cada um ou

indicação de suas impossibilidades e incompatibilidades<sup>324</sup>. Isso não é completamente ruim, se daí puder se afirmar que o direito brasileiro está a preparar a sua própria forma de controle das decisões judiciais.

Barroso, em sua obra *“Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”* acaba por sintetizar alguns dos critérios acima mencionados, indicando o que segundo ele seriam condições a serem tomadas em consideração no momento da elaboração de decisões judiciais sobre casos difíceis:

...por ilustração, são estudados brevemente três parâmetros que se consideram pertinentes e recomendáveis: a) a necessidade de fundamentação normativa; b) o respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas de decisão<sup>325</sup>.

Os critérios indicados contêm elementos das diversas teorias apresentadas, mas estão especialmente relacionados com a teoria da argumentação, em virtude das premissas compartilhadas. Convém, nesse sentido, explicar que os critérios são indicados em capítulo da obra intitulado “argumentação jurídica”, no qual Barroso declara que compreende o mundo jurídico como algo feito de linguagem, racionalidade e convencimento<sup>326</sup>. Segundo ele, as decisões em casos complexos demandam valorações morais e políticas e devem ser justificadas mediante a indicação de razões. Assim é a argumentação jurídica o meio que propicia o controle da racionalidade das decisões judiciais: “trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta”<sup>327</sup>.

Os critérios recomendados por Barroso para o controle das decisões judiciais em casos difíceis serão aqui apresentados e com eles se pretende trabalhar para examinar a controlabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal que serão selecionadas. Optou-se por tais critérios e não por outros (de qualquer uma das teorias apresentadas no item 3.1, ou ainda que qualquer dos autores de teoria da argumentação indicados), tendo em conta os fatores seguintes: (i) Barroso compartilha as premissas do trabalho apresentado com relação às premissas dos teóricos da argumentação (diferenciação entre contexto de descoberta e justificação, distinção entre casos fáceis e difíceis, distinção entre justificação interna e externa,

<sup>324</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Op. Cit., p. 116-117.

<sup>325</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 340.

<sup>326</sup> Ibidem, p. 339.

<sup>327</sup> Ibidem, p. 340.

consideração da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática)<sup>328</sup>; (ii) os critérios indicados por Barroso parecem conter o que de mais relevante está presente nos critérios desenvolvidos pelas teorias analisadas e especialmente o que essas teorias têm em comum (importância destinada ao texto da norma, importância destinada à Constituição como limite dos juízos morais, observância dos precedentes e coerência em relação aos demais casos semelhantes julgados) e; (iii) Barroso insere dentre os critérios a serem observados o critério da análise de consequências da decisão, que não está dentre os critérios apresentados pelas teorias citadas correntemente, mas que é de extrema relevância nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista os efeitos que produz, e que está já na teoria da argumentação de um dos principais autores da corrente, Neil MacCormick.

Ademais, Barroso é um autor nacional que vive as decisões que serão debatidas no quarto capítulo, inclusive frequentemente atuando como procurador no Supremo Tribunal Federal, no julgamento de casos difíceis. Está diretamente conectado com as peculiaridades e necessidades do contexto jurídico nacional e pode, portanto, melhor dialogar com os casos julgados no Brasil, do que o autor estrangeiro que escreve para outra realidade<sup>329</sup>.

Sabe-se que a obra referida, de onde se extraem os critérios mencionados, não é uma obra específica sobre o tema e que, eventualmente, talvez, o autor não tenha pretendido esgotar a questão ou propriamente não tenha se dedicado ao tema como parte mais essencial de seu trabalho. Tanto é que os critérios indicados são apresentados pelo próprio Barroso como critérios “ilustrativos”<sup>330</sup>. Não se pretende colocar palavras na boca do autor. O trabalho apresentado apenas concorda com os critérios apresentados e deles tentará extrair o máximo, para contribuir com o estudo do tema. Deste modo, cada um dos critérios apontados será analisado sob a ótica de Barroso, mas também sob a ótica de outros autores que com tais critérios

---

<sup>328</sup> Idem.

<sup>329</sup> Barroso atua cotidianamente no Supremo Tribunal Federal sendo procurador em diversas causas da maior relevância como a extradição de Cesare Battisti, a discussão pelo reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, a viabilidade das pesquisas científicas com células tronco-embrionárias, entre outras discussões jurídicas polêmicas e inevitáveis tratadas naquele tribunal.

<sup>330</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 340.

trabalham<sup>331</sup>. Apresente-se, pois, cada um dos critérios indicados, com as suas especificidades.

### 3.2.1 Necessidade de fundamentação normativa

O primeiro critério indicado por Barroso é a necessidade de fundamentação normativa, ou seja, uma decisão sobre casos difíceis, para ser racional e aceitável, precisa estar pautada em algum elemento jurídico compartilhado: norma jurídica, categoria aceita de maneira geral pela dogmática jurídica ou jurisprudência consolidada. É preciso que a decisão tenha sustentação em elementos jurídicos compartilhados e não em impressões pessoais do magistrado a respeito da justiça ou elementos extrajurídicos, como a religião ou a arte. Nas palavras do autor: “a argumentação jurídica deve preservar exatamente o seu caráter jurídico, não se trata de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política”<sup>332</sup>.

Nesse ponto, percebe-se, primeiramente, a relevância do respeito e da deferência do Poder Judiciário em relação ao direito positivo. O magistrado deve respeito às opções que cabem aos poderes políticos e a sua função é também zelar pela boa aplicação dessas opções, representadas por normas. As normas jurídicas cumprem um papel fundamental na persecução de um dos principais objetivos do Estado de Direito que é a segurança jurídica. Assim, existindo norma válida aplicável ao caso, ela não pode ser ignorada:

... juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar as normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda

---

<sup>331</sup> Os critérios apresentados por Barroso podem ser encontrados de maneira muito similar na obra de MacCormick. Todavia, naquele texto dividem-se em universalidade, consistência/coerência e consequências. Aqui, opta-se pela classificação segundo elaborada por Barroso, principalmente porque concordar-se com a união dos critérios de universalidade e coerência em um mesmo item, sob a condição de integridade do direito. Depois, porque a obra de MacCormick traz uma preocupação especial com a valoração dos fatos, que aqui não nos interessa, em virtude de as decisões do Supremo Tribunal Federal, que serão analisadas, estarem produzidas em processos objetivos nos quais a questão fática não é relevante. Ademais, o critério de coerência de MacCormick está relacionado com a coerência interna da decisão o que não se concorda nesse trabalho, eis que parte-se do pressuposto de que a coerência interna está no plano da justificativa interna, do qual aqui não se ocupará o teste de controlabilidade a ser realizado no último capítulo.

<sup>332</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 341.

quando desempenhem uma função criativa do direito (...) deverão fazê-lo a luz dos valores compartilhados<sup>333</sup>.

Aqui, note-se, não se trata de um retorno ao paradigma positivista. Em verdade, quando se reitera a necessidade de referência ao direito positivo, nesta categoria está sendo inserida a própria Constituição e os valores que dela se extrai. Para além da Constituição, está-se inserindo a legislação infraconstitucional, que é fruto da deliberação e do procedimento legislativo, previsto na própria Constituição e, ainda, os conceitos e categorias amplamente reconhecidos e compartilhados pela dogmática jurídica e jurisprudência. Enfim, está-se afirmando que a decisão não pode estar de acordo apenas com o que o magistrado intui, mas como que ele intui da leitura do direito, podendo demonstrar argumentativamente essa relação.

Barroso indica as bases filosóficas desse critério, afirmando que se espera do magistrado, na solução dos casos difíceis, que perquiria uma decisão a partir de princípios (não de políticas), tal qual recomenda Dworkin, e que esses princípios se revelem na decisão por meio de argumentos de razão pública, na forma colocada por Rawls. O que diferencia propriamente uma decisão exarada pelo Poder Judiciário de uma decisão exarada pelos outros poderes seria exatamente esse recurso às razões de direito, estacadas nas normas constitucionais, na legislação infraconstitucional, na dogmática jurídica e nos precedentes. Um legislador eventualmente pode votar segundo suas convicções religiosas, de um administrador até mesmo se espera que atue segundo a sua convicção ideológica política, mas de um julgador se espera que atue conforme o direito.

É por isso que Barroso se ampara aqui, nas teses de Dworkin e Rawls. Dworkin porque elucidou o funcionamento da decisão judicial, ao distinguir princípios de políticas e deixou claro que é um equívoco entender que se a decisão pressupõe algo para além da aplicação da regra, ou seja, pressupõe um caso difícil, o juiz está sendo convocado a atuar como um legislador delegado. A tese de Dworkin, com a qual aqui se concorda, é a de que os juízes não devem atuar como legisladores na falta de legislação ou na impossibilidade de aplicá-la, muito pelo contrário, eles devem atuar como juízes. Ou seja, os juízes não devem estar preocupados em raciocinar como um legislador antecipando o melhor para a coletividade, mas devem

---

<sup>333</sup> BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 4, n. 37, mar. 2004. p. 21.

raciocinar como um juiz e antecipar o melhor para o respeito ou a proteção de um indivíduo ou de um grupo<sup>334</sup>, se assim determinar a Constituição.

Rawls também contribui para a elucidação do critério, a partir da noção de razão pública e a importância da Suprema Corte como estabilizadora e propagadora dessa espécie de razão. De acordo com o autor, existe uma diferença básica entre as razões das diversas associações presentes em uma sociedade, como igrejas, universidades, comunidades científicas e grupos profissionais e as razões públicas, as razões que se determinam por meio do Estado. Isso porque, as razões não públicas são razões à que se adere com naturalidade e voluntariedade, no que se compreende como transfundo cultural de uma determinada sociedade civil. Todavia, as razões públicas são razões a que se adere diante da autoridade do governo e de maneira não opcional. É em virtude da existência de uma razão pública em uma democracia que se pode exercer a razão não pública. Assim que pela liberdade religiosa, enquanto valor consistente da razão pública, se pode professar crenças de maneira voluntária, assim como pela liberdade de convicção e expressão, enquanto valor consistente da razão pública, se pode optar por tal e qual partido político ou discurso ideológico<sup>335</sup>.

O conteúdo da razão pública é, então, uma determinada concepção de justiça, que em um Estado Liberal estabelece direitos, liberdades e oportunidades básicas, dá prioridade à eles diante de opções de bem coletivo e sustenta medidas que proporcionem o acesso de todos de maneira igualitária ao exercício daqueles direitos, liberdades e oportunidades<sup>336</sup>. Trazendo essa concepção para o debate que aqui interessa, a controlabilidade das decisões judiciais, extrai-se que diante de uma situação complexa, na qual o magistrado se veja confrontado com a necessidade de buscar critérios valorativos, ele não deve encontrá-los em doutrinas de largo alcance, religiosas ou filosóficas, que à ele como indivíduo sejam suficientes como reveladoras da verdade. Tampouco deve o magistrado valer-se de qualquer teoria econômica ou intelectual especialmente elaborada. Para Rawls essas decisões devem pautar-se em verdades, de aceitação geral, que estejam disponíveis a todos os cidadãos<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p.129.

<sup>335</sup> RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Sérgio Rene Madero Baez. México: Fondo de cultura econômica, 2006. p. 204-234.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 219.

Todos os cidadãos, aqui, não quer dizer maioria dos cidadãos. Essa razão pública depende, portanto, de uma referência à Lei Constitucional que é a Lei Superior e não pode ser fulminada pela legislação. Uma das funções mais relevantes da Suprema Corte é exatamente a de ser um órgão contramajoritário, embora isso não queira dizer que seja um órgão contrademocrático. Assim, a razão pública a ser utilizada pela Suprema Corte não é a razão pessoal de cada magistrado, mas também não pode ser uma razão geral da comunidade, ela deve ser uma razão referente a valores políticos que na opinião do magistrado exponham a compreensão mais razoável de uma concepção pública de justiça<sup>338</sup>.

Portanto, mesmo diante de um caso complexo, em que a regra a ser aplicada pelo magistrado não seja evidente, em que deva ele de forma inventiva chegar à solução, essa solução deve ser justificada mediante o recurso ao direito posto, constitucionalmente. Ademais, o magistrado deve também respeito às opções dos poderes políticos, embora isso não signifique subserviência absoluta. O juiz está, portanto, algo limitado pela função que exerce dentro de uma ordem democrática e algo limitado pelo procedimento no qual está inserido dentro de um processo judicial, tendo que fundamentar suas decisões de forma jurídica, em fontes de direito<sup>339</sup>.

Aqui se toma algo da noção de Habermas quanto à vinculação da decisão pelo processo, pois o magistrado terá de alguma forma que apresentar uma premissa normativa, terá de analisar os fatos conforme demonstrados pelas provas, as partes devem apresentar suas razões e exerce o controle dessas limitações, assim como o exerce todo o sistema recursal. De outro lado, daqui se toma algo também da teoria de Luhmann, especialmente com relação à necessidade de buscar respostas aos casos complexos, no acoplamento estrutural do sistema jurídico que é a Constituição, não se podendo buscar de maneira imediata elementos externos aos direito. Ainda, se pode falar em uma relação do critério enunciado com a teoria de Alexy na medida em que dizer que o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático implica dizer que é caso especial porque é limitado e é limitado

---

<sup>338</sup> Idem.

<sup>339</sup> "... ela constitui uma tarefa jurídica (a interpretação constitucional). Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes." BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 10/12/2012. p. 18.

porque se vincula ao direito (norma, dogmática e precedentes). Sabendo-se, evidentemente, das divergências de base entre os autores referidos, apenas indica-se pontos de aproximação que podem ser aproveitados, não se está afirmando que convirjam definitivamente com relação ao critério apontado ou que tenham esboçado, em algum momento de suas obras, alguma preocupação com isto.

Então, de acordo com o critério adotado, que se pretende aplicar no quarto capítulo para identificar a controlabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, nos julgados selecionados, para que uma decisão em casos difíceis seja passível de análise e controle, é preciso que o magistrado no momento de justificação preocupe-se primeiramente em fundamentar a decisão em uma determinada premissa normativa. É preciso que tome em consideração como embasamento da sua escolha algum dispositivo, algum conceito, algum parâmetro constitucional, legal, doutrinário ou jurisprudencial que faça referência à um alicerce jurídico.

Ou seja, o magistrado deve recusar o raciocínio meramente político que se preocupa com o atendimento da coletividade e impacto geral, porque o raciocínio jurídico deve buscar princípios e não políticas. Depois, o magistrado deve recusar também razões que não sejam públicas, em outras palavras, deve recusar razões que possam ser válidas para ele ou um determinado grupo social, mas não possam ser válidas para todo o grupo, quando analisadas de um ponto de vista constitucional.

### 3.2.2 Dever de preservação da coerência e universalidade do sistema

O segundo critério escolhido por Barroso diz respeito à harmonização entre a decisão judicial e todo o sistema no qual ela está envolvida. É um critério especialmente preocupado com a questão temporal, a atualização do direito, a inovação do direito e ao mesmo tempo, a preservação das expectativas fundadas das partes e a proteção da segurança jurídica, além do tratamento igualitário dos



jurisdicionados<sup>340</sup>. A noção de coerência implica que a decisão seja internamente equilibrada e harmônica, ou seja, que das premissas utilizadas decorra a conclusão, mas implica também que a decisão esteja de acordo com o ordenamento no qual está inserida. Uma decisão é tanto mais justificada, quanto mais inserida esteja dentro de uma estrutura que a suporte e o direito tanto mais suporta as decisões, quanto mais força argumentativa tiverem, como explicam Alexy e Peczenik: “Generally, it can be said that the concept of justification is related to that of support. Justification in a strong sense includes support and additional requirements. A central one is that of coherence”<sup>341</sup>.

Especialmente, além da noção geral de coerência, uma decisão deve guardar relação com as decisões anteriores, o que significa dizer que quando outros casos semelhantes houverem sido decididos em um determinado sentido é preciso tomar em consideração esse sentido como ponto de partida, sem quebrar de maneira abrupta um histórico institucional de decisão. De outro lado, se a decisão está sendo proferida para o caso determinado, é preciso que o magistrado faça um esforço de adivinhação para presumir que essa solução possa ser repetida em outros casos semelhantes que eventualmente venham a acontecer. É o que se costuma chamar de parâmetro de universalidade, a decisão precisa ter uma vocação para se tornar universalizável diante dos casos correlatos e futuros. O critério, então, reúne de maneira destacada a questão da coerência em relação aos precedentes e a questão da universalidade, como afirma Barroso: “o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência da ordem jurídica. Suas decisões, portanto, não devem ser casuísticas ou idiossincráticas”<sup>342</sup>. Esses critérios aparecem nas contribuições de outros autores que escrevem sobre o tema e serão mais bem apreciados a partir de agora.

Primeiramente, tratar-se-á do critério relativo à coerência das decisões, em relação aos precedentes anteriormente exarados em casos semelhantes. Esse critério é sem dúvida especialmente relevante na obra de Dworkin, na qual o autor se refere à ideia de integridade do direito, partindo da construção do que enuncia como romance em cadeia<sup>343</sup>. Juízes são autores e críticos. Na sua tarefa de interpretar o direito estudam as decisões anteriormente proferidas, refletem sobre a

---

<sup>340</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 342.

<sup>341</sup> ALEXY, Robert e PECZENIK, Aleksander. Op. Cit. p. 144.

<sup>342</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...** p. 343.

<sup>343</sup> DWORKIN, Ronald. **O império...**, p. 276.

sua manutenção, inserem um pouco de si na decisão atual e assim influenciam a tarefa de outros juízes que futuramente estudarão e refletirão sobre essa decisão na criação de outras decisões<sup>344</sup>.

Fazendo uma relação entre o direito e a literatura Dworkin propõe a compreensão do ato de julgar como a da realização de um romance em cadeia. O romance em cadeia seria uma espécie literária que é iniciada por um autor e complementada por outros. Cada autor estuda o capítulo anterior e cria o seu próprio a partir daquele. Para tanto, é preciso que elabore as diversas interpretações que poderiam ser coerentes com o que até o momento foi já desenvolvido e escolha, dentre elas, a que lhe parece melhor: “cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (...) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar”<sup>345</sup>.

Dworkin sugere que essa continuação do romance se dê mediante uma dimensão de adequação, segundo a qual o intérprete não deve escrever um novo capítulo se entende que esse capítulo não poderia ter decorrido de maneira lógica do anterior. Além disso, na hipótese de o intérprete considerar a pertinência de mais de uma continuação, deve optar pela leitura que melhor se ajusta à obra em desenvolvimento. O mesmo aconteceria na tarefa de julgar casos difíceis. É evidente que o juiz não está livre para dar ao caso a resolução que bem entenda se essa decisão contraria o todo, mas também é evidente que o juiz não está vinculado a um resultado pré-determinado. Ele deve buscar uma solução que possa dar continuidade ao sistema, sendo a mais adequada dentre as diversas soluções que se mostrem possíveis<sup>346</sup>.

A noção de coerência é ponto fulcral também na obra de outros autores preocupados com a atribuição de controlabilidade às decisões judiciais proferidas em casos difíceis, entre eles Gunther. O autor mencionado, partindo da obra Habermas para o estudo do discurso jurídico, chegou a uma concepção original da idéia de coerência, partindo da distinção entre o contexto de elaboração e o contexto de aplicação das normas. Segundo ele, existe uma racionalidade diferente que

---

<sup>344</sup> Ibidem, p. 275.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 276.

<sup>346</sup> Aqui é importante deixar claro que a exposição da teoria de Dworkin não implica uma concordância com a tese da resposta correta. Parte-se da compreensão de que “a decisão mais adequada dentre as diversas soluções” é aquela que assim se coloque para o juiz da causa, desde que ele tenha capacidade de fundamentá-la pela argumentação. Não se descarta a existência de outras decisões adequadas e justificáveis.

valida as normas no momento da sua elaboração e não corresponde a mesma racionalidade que deve ser utilizada para a validação da norma no momento de sua aplicação diante de um caso concreto: “los criterios que sirven para dilucidar la validez de una norma no coinciden con los utilizados para indicar la adecuación de una norma válida a una determinada situación.”<sup>347</sup>

Isso é assim porque na aplicação da norma perante uma situação concreta é possível que se apresente uma hipótese ainda não prevista quando da elaboração da norma, que demandará do intérprete não apenas a confirmação da validade da norma que se pretende aplicar, mas o sopesamento e a compreensão de todas as circunstâncias especiais de cada caso<sup>348</sup>. Essa necessidade de atualização do sistema jurídico diante da situação inovadora do caso concreto, remete a necessidade da verificação da ideia de coerência - segundo a qual a decisão não deve se desprender abruptamente do passado e pode ser repetida em casos semelhantes no futuro. Nas palavras do autor: “somos dependientes de la historia puesto que ella solo nos produce situaciones imprevisibles, que nos fuerza cada vez a una interpretacion diferente...”<sup>349</sup>.

Para Gunther, apenas se admite que uma norma seja aplicada em um caso complexo, quando pela análise de todas as características da situação se possa garantir a interpretação coerente e adequada. É a verificação das circunstâncias que permite a identificação da situação de dificuldade do julgamento e a necessidade do recurso aquela norma. Aqui não se coloca mais em discussão a validade da norma, mas a adequação da sua aplicação<sup>350</sup>, para aquele caso específico, mediante uma escolha que se faz diante de um “conjunto desordenado de princípios válidos que son aceptados en gran parte por los participantes y que en cada situación de aplicación particular se ordena mediante un esfuerzo reconstrutivo comum”<sup>351</sup>. Essas decisões evidentemente possuem limitações, devido ao meio institucional em que estão inseridas. O tempo para a decisão é escasso, assim como o saber com relação às circunstancias do caso julgado não há de ser completo. A decisão será guiada por princípios, precedentes e pela dogmática. A coerência justifica a

---

<sup>347</sup> GÜNTHER, Klaus. **Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica.** Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em: <<http://digital.csic.es/bitstream/10261/28949/1/Gunther%20-%20Velasco%20Doxa.pdf>> . Acesso em: 10 /12/ 2012.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 272.

<sup>349</sup> Ibidem, p. 294.

<sup>350</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>351</sup> Ibidem, p. 294.

seletividade da interpretação: “Para que não haja uma escolha arbitrária das características situacionais, a adequação de uma norma exige que a seletividade da interpretação seja justificada nos discursos de aplicação”<sup>352</sup>.

É o próprio Günther que ao tratar do tema da coerência, faz referência à MacCormick, autor que será agora tratado<sup>353</sup>. A idéia de MacCormick sobre a coerência das decisões judiciais é básica: as normas devem ser coerentes entre si e, a decisão jurídica, sendo ela também uma norma, deve estar em harmonia com as demais normas existentes no ordenamento. Não se trata apenas de avaliar uma não contradição entre as regras do ordenamento jurídico. Aqui a noção vai além. A ideia é a de que as regras pertencem a um conjunto e são ordenadas por um sentido, esse sentido é o que deve informar as interpretações nos casos complexos (o que pode se dar por uma aplicação de princípios ou analogia)<sup>354</sup>.

Não se trata apenas de vincular-se ao passado, obedecendo cegamente aos precedentes. Como a coerência tem, além de uma dimensão normativa, uma dimensão narrativa (pertinente aos fatos) pode ser que o atendimento ao ideal de coerência se dê exatamente pelo rompimento com o passado para adequar a decisão ao sistema atual<sup>355</sup>. Portanto, existe uma importância para o autor, de compreender os precedentes, o sistema normativo e, ainda, os fatos apresentados para responder com uma decisão que se harmonize a todo o contexto: “o contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável”<sup>356</sup>.

Outros autores relevantes no que se refere ainda ao critério de racionalidade mediante a coerência são Peczenik e Alexy. Em artigo específico sobre o tema eles chegam mesmo a enunciar dez critérios que seriam capazes de, balanceados, fundamentar uma noção de coerência<sup>357</sup>. Aqui, notadamente com relação às implicações práticas da coerência na justificação das decisões, os autores afirmam que a atenção à coerência permite que a dogmática jurídica crie um sistema de

---

<sup>352</sup>CHUEIRI, Vera Karam e SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista Estudos Jurídicos**, a. 16, n. 23, p. 176-197, 2012. p. 177.

<sup>353</sup> O autor faz referência também a Aarnio e Pecnezick indicando que partem do pressuposto de que a decisão deve ser coerente com valores preferenciais para um determinado auditório. GÜNTHER, Klaus. **Un concepto...**, p. 301.

<sup>354</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 247.

<sup>355</sup> ATIENZA. Manuel. **As razões...**, p. 128.

<sup>356</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 31.

<sup>357</sup> ALEXY, Robert e PECZENIK, Aleksander. Op. Cit., 143.

conceitos aceitos que coletam, testam e assim, melhoram as expressões que devem ser utilizadas pelos juristas através das diferentes gerações. Sendo assim, a coerência contribui ao mesmo tempo para a estabilidade e para o progresso, considerando que a reflexão reiterada a respeito de um mesmo conceito faz com que surjam novas ideias aperfeiçoadas do tema. Por fim, a noção de coerência facilita a tarefa de julgar, pois o julgador poderá lançar mão de uma argumentação que já está parcialmente construída não precisando partir do zero<sup>358</sup>.

Alexy referindo-se a questão da coerência em relação aos precedentes nas decisões sobre direitos fundamentais levanta algumas colaborações pertinentes, que aqui não podem ser ignoradas. Segundo ele, existindo um precedente favorável ou contrário à decisão, é preciso considerá-lo. Além disso, para divergir de um precedente o intérprete deve necessariamente arcar com o dever de argumentar a contento. Isso porque, cada decisão gera uma regra de decisão, que nos casos suficientemente iguais deve ser aplicada<sup>359</sup>. Essa constatação, nada mais é do que o afirmado até agora, o intérprete precisa respeitar a construção jurisprudencial anterior, mas havendo uma situação inovadora, precisa respeitar o sistema diante da nova circunstância que se apresenta: “por mas densa que sea la red de las reglas de decision, los nuevos casos presentan siempre nuevas características que pueden ser utilizadas como razones para una diferenciación”<sup>360</sup>.

Depois dessa análise da ideia de coerência, convém apresentar também análise detalhada da ideia de universalidade. Essa determinação incita que a decisão guarde em si uma premissa que possibilite a sua repetição nos casos semelhantes. A decisão deve ser vocacionada, portanto, à proliferação. Não é possível que a decisão se aplique tão somente na situação dos autos em análise, mas em um exercício de adivinhação, não se possa prever a sua aplicação para outras situações semelhantes. Em Alexy, a ideia de universalidade aparece dentre as regras enunciadas para o discurso prático geral: “todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes”<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>359</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos...**, p. 537.

<sup>360</sup> Ibidem, p. 539.

<sup>361</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 187.

É exatamente a ideia de universalidade que permite à rejeição ao relativismo nas decisões que envolvem a máxima da ponderação<sup>362</sup>. Outro autor que trabalhou com especificidade o tema foi MacCormick, sugerindo que toda premissa lógica adotada em uma decisão deve ser possível de repetir, assim: se A + B resulta C, então, sempre que ocorrer A+B, deve-se estar disposto a aplicação do resultado C. De acordo com esse raciocínio, ainda que existam algumas situações excepcionais, também a exceção deve ser universalizável<sup>363</sup>. Importante, ainda, segundo o autor, é a distinção entre a noção de universalidade e generalidade, considerando que o contrário de universal é particular enquanto que o contrário de geral é específico. Daí que algo pode ser mais ou menos geral, todavia não pode ser mais ou menos universal. Ou é universal ou não é universal. Em direito, as decisões devem ser universais, para os casos semelhantes.

Claro que com isso não se pretende engessar o direito. Sabe-se que os casos são diversos. Mas, a questão da universalidade não pretende se aplicar aos casos diversos, apenas aos casos semelhantes<sup>364</sup>. Um exemplo trazido pelo autor é explicado por Atienza e clarifica a noção de universalidade. Suponha-se que existe uma lei britânica que determina que todas as pessoas tem direito a uma casa protegida. Analisando a lei, assim, em princípio, não se sabe se ela se aplica apenas aos britânicos ou também aos estrangeiros. Suponha-se agora que um estrangeiro requer o benefício e um determinado Tribunal o nega alegando, como fundamento, que a lei se aplica apenas aos britânicos. Esse Tribunal deve estar disposto a aplicar a mesma solução a cada vez que um indivíduo estrangeiro, seja espanhol, seja canadense, seja o que for, requeira a concessão do benefício<sup>365</sup>.

O segundo critério, portanto, é um critério preocupado com a harmonia do sistema e visa a atender aos básicos postulados do Estado de Direito, que são a igualdade entre jurisdicionados, a segurança jurídica, a uniformidade das decisões. Esse critério possui duas principais facetas, uma relacionada à coerência, especialmente na análise dos precedentes e atualização dos mesmos, e outra faceta direcionada a ideia de universalidade, que determina a preocupação em não exarar

---

<sup>362</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**- RS, v. 27, n. 58, p. 9-34, dez./2003.

<sup>363</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, ROESLER, Cláudia Rosane e JESUS, Ricardo Antonio Rezende. A noção de coerência na teoria da argumentação de jurídica de Neil MacCormick **Revista NEJ** - Eletrônica, v. 16, n. 2, p. 207-22, mai-ago 2011. p. 213.

<sup>364</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 121.

<sup>365</sup> ATIENZA, Manuel. **A razões...**, p. 127.

decisões casuísticas. Fecha-se com a explicação proposta por Barroso, que sintetiza o examinado: “o juiz não pode ignorar a história, as sinalizações pretéritas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados”<sup>366</sup>.

### 3.2.3 A análise dos efeitos sobre a realidade

O terceiro critério recomendado por Barroso diz respeito à preocupação que o magistrado deve demonstrar com o impacto real que a decisão terá para além do caso julgado. Especialmente em um órgão como o Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, mesmo aquelas com efeitos “*inter partes*”, influenciam decisões futuras de outros órgãos e cujas escolhas podem comprometer projetos políticos dos outros poderes e causar impactos gerais na sociedade, não se pode ignorar tais efeitos. É como explica o autor “o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação”<sup>367</sup>.

Neste ponto, poderia haver uma perplexidade com relação à proposta apresentada, haja vista que se tem defendido, desde sempre nesse trabalho, que o Judiciário deve resolver os casos que lhe são apresentados na perspectiva dos princípios e não na perspectiva das políticas. Ou seja, se tem assumido como premissa que o Judiciário não tem condições de avaliar os impactos práticos da decisão, porque não é estruturado para isto, além de ter exatamente a missão contrária, que é a defender os direitos, ainda que contrariem a finalidade objetivada em uma análise geral, para o bem de toda a comunidade. Nesse contexto defender uma posição consequencialista poderia parecer contraditório. Não é. Barroso deixa claro que o consequencialismo à que adere não é nem um tipo de consequencialismo na linha de Maquiavel, em que fins justificam meios<sup>368</sup>, também não é um consequencialismo na linha utilitarista de Bentham, que defende a

---

<sup>366</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 344.

<sup>367</sup> *Idem*.

<sup>368</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Edson Bini. 18 ed. São Paulo: Hemus, 2006.

maximização da utilidade<sup>369</sup> ou tampouco o consequencialismo pragmatista da escola econômica do direito<sup>370</sup>.

A ideia de preocupação com os impactos práticos da decisão aqui é diferente, é um consequencialismo do tipo defendido por MacCormick. Esse tipo de consequencialismo tenta mediar as tradicionais soluções que se colocam diante da questão dos impactos reais da decisão: a posição que defende que a decisão apenas deve tomar em conta sua própria correção, independentemente dos efeitos que possa causar ea posição que defende que a decisão em si pode ser justificada por promover um determinado estado de coisas<sup>371</sup>. O que se defende é o meio termo, em uma linha segundo a qual o magistrado não pode ignorar os efeitos da decisão na realidade, muito embora não possa julgar levando em conta apenas os referidos efeitos:

A avaliação das conseqüências prováveis pode consubstanciar-se em um imperativo de boa aplicação do direito considerado em seu conjunto, e não em uma indagação inteiramente metajurídica<sup>372</sup>.

Explore-se então a ideia de consequencialismo exibida, que se fundamenta na doutrina de MacCormick. Essa ideia se volta principalmente a noção de que a decisão judicial não basta que seja correta, coerente e fundamentada, é preciso que para além de ter sentido diante do ordenamento jurídico, ela tenha sentido diante do mundo. Todavia, o que se espera do magistrado não é que procure esse sentido tentando adivinhar ou prever os efeitos concretos de sua decisão. Essa tarefa de intentar transformar a realidade mediante atos não é do Judiciário, mas dos outros poderes políticos e, ainda assim, se exerce com muita dificuldade. O que se espera não é que o magistrado se preocupe com as conseqüências gerais da sua decisão, mas que se preocupe com as conseqüências jurídicas dela: “em todos os casos nós estamos lidando com problemas jurídicos, não com questões morais ou políticas tomadas em estado bruto”<sup>373</sup>.

---

<sup>369</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

<sup>370</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>371</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...**, p. 196.

<sup>372</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso...**, p. 345.

<sup>373</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 137.



Então, quando se afirma que o juiz deve antecipar os efeitos de sua decisão, não se está afirmando que deva planejar politicamente à sociedade ou que deva intentar adivinhar efeitos diretos e imediatos na vida das partes. O que se afirma é um dever inerente a responsabilidade de julgar, que corresponde a indagar quais as consequências de uma decisão em um determinado sentido, sabendo que ela sendo um precedente ocasionará várias outras decisões naquele mesmo sentido:

...como uma pessoa prudente e cautelosa qualquer juiz deve olhar o conjunto de situações possíveis que terão de ser cobertas, do ponto de vista jurídico pela sentença proposta<sup>374</sup>.

As pessoas pautam-se, em alguma medida, no que entendem do direito e de como os tribunais o declaram. As pessoas, na maioria das circunstâncias, acompanham a leitura que se faz dos institutos jurídicos e esforçam-se para segui-la no cotidiano, evitando encontrar-se fora do direito. O magistrado precisa estar consciente de que a decisão por ele proferida, repetida diversas vezes e firmada no entendimento geral, deve ter o condão de fazer cumprir o direito, para além daquele caso específico que esta sendo colocado a prova<sup>375</sup>.

Exemplifique-se, para que fique evidente o que até aqui se defendeu. No caso julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, *Collin VS. Smith*, o Partido Nazista Americano reivindicava o direito, que lhe havia sido negado pela Corte de Illinois, de realizar passeada por um bairro judeu, usando vestes militares e exibindo suásticas e imagens de Hitler. A Suprema Corte Norte Americana então, considerando o direito constitucional à liberdade de expressão, considerando que o direito de expressar uma determinada orientação política não poderia sucumbir ao descontentamento da maioria da população local, efetivamente decidiu e confirmou o requerimento do Partido Nazista<sup>376</sup>, autorizando a realização da passeata.

Em um primeiro momento a decisão referida pode estar correta e justificada. A liberdade de expressão é um direito a ser protegido e cabe ao Judiciário efetivar a proteção deste direito ainda que isso signifique contrariar uma larga parcela da população, ou uma parcela específica, como no caso. Todavia, na situação analisada, a decisão proferida, uma vez cumprida e reiterada em casos

---

<sup>374</sup> Idem.

<sup>375</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>376</sup> ARGUELLES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito:** Subsídios para uma compatibilização. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>. Acesso em: 10/12/2012.

semelhantes, traria consequências que contrariariam a própria noção de liberdade de expressão. Isso porque, a veiculação de discursos de ódio nazistas dentro de bairros judeus, implica ofensa e violência, e o Estado não pode cancelar o desrespeito mútuo. Tanto é assim que, no caso comentado, o que aconteceu foi que diversos judeus de todo o mundo manifestaram a intenção de comparecer a passeata para impedi-la, ao que as autoridades locais se manifestaram afirmando que nenhuma segurança dariam aos manifestantes, e a situação de perigo foi dissipada por uma desistência dos nazistas<sup>377</sup>.

Outras situações são citadas para tratar esse tipo de consequencialismo, pela doutrina brasileira. Arguelles e Barroso referem-se, ambos, ao julgamento da ADI 1946 – DF. Neste julgado cabia ao Supremo Tribunal Federal considerar se o artigo 14 da Emenda Constitucional nº. 20/98<sup>378</sup>, que limitava o custeio da previdência social aos benefícios do artigo 201 da Constituição Federal, ao valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), poderia aplicar-se validamente nas situações de licença à gestante. A ideia que resultou vencedora, e que confirma o consequencialismo aqui defendido, foi a de que, embora a limitação pudesse ser considerada constitucional, de um ponto de vista isolado, por proteger os cofres públicos e ao mesmo tempo proteger também o recebimento do benefício pelo empregado, ainda que custeado pelo empregador, em termos práticos se revelaria inconstitucional, por suas consequências. Isso porque, considerando o benefício mencionado, os empregadores poderiam deixar de empregar mulheres em período fértil dando preferência aos homens. Ademais, os empregadores poderiam precaver-se sempre pagando salários abaixo de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para não precisar complementar o valor, no caso da concessão da licença. Isso acabaria por causar uma violação à Constituição, na medida em que implicaria uma violação da igualdade entre os gêneros e a proteção do mercado de trabalho da mulher<sup>379</sup>.

Então, o que se pretende aqui afirmar, é que no momento de resolver um caso difícil o magistrado deve ter em conta que a decisão faz parte de um contexto,

---

<sup>377</sup> Sobre o tema, veja-se: as informações do blog direitos humanos. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2009/03/19/passeata-nazista-em-bairro-judeu-o-caso-skokie/>>. Acesso em: 10/12/2012.

<sup>378</sup> Emenda nº. 20/98 Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

<sup>379</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 347.

e se ela assegura um determinado valor constitucional em uma análise isolada, pode confrontar outro em uma análise geral. Todavia, para que seja possível a aplicação desse critério não diretamente institucional<sup>380</sup>, não basta que o julgador se refira à consequência do cumprimento de qualquer meta que considere relevante, como alerta Arguelles: “a vinculação básica do juiz é com o direito e não com uma eficiência econômica, estabilidade política ou qualquer outro estado de coisas desejável”<sup>381</sup>. O mesmo defende MacCormick, afirmando que os valores com os quais devemos testar as consequências jurídicas são sempre aqueles do ramo jurídico em questão<sup>382</sup>, não são os valores que parecem mais interessantes ao magistrado, não é uma abertura para a discricionariedade.

Aqui, pode-se novamente traçar uma relação com a análise dos princípios e com a ideia procedimentalista. Os valores que podem fundamentar uma decisão que atenda a análise das consequências, são “pontos de apoio objetiváveis cuja validade deve ser reconhecida pelos participantes da argumentação”<sup>383</sup>. Ou seja, esses parâmetros devem ser buscados na própria Constituição, pois a decisão precisa ser reconduzida ao ordenamento jurídico necessariamente. Para ela não basta a mera fundamentação econômica, política, social e etc<sup>384</sup>. Se assim puder julgar o magistrado, ele estará cumprindo o ordenamento, fomentando certas condutas constitucionalmente esperadas e inibindo outras, que se tornam inconstitucionais.

Portanto a ideia consequentialista aqui defendida tem alguns pontos de relevância. Primeiramente, não se confunde de forma alguma com utilitarismo ou pragmatismo, pois não leva em conta unicamente o benefício das partes, nem leva em conta unicamente o valor utilidade (ou qualquer valor de maneira exclusiva). Ademais, não se trata de esperar do magistrado um agir probabilístico tal qual é feito pelos poderes políticos. O que se espera do magistrado é que busque antecipar as consequências jurídicas (e tão somente jurídicas) de sua decisão. É um consequentialismo que está entre as razões substantivas e finalistas, sem reconhecer exclusivismos a nenhum dos referidos tipos, sabendo que a missão do julgador é concentrar-se no caso que está julgando, especificamente, mas sabendo

---

<sup>380</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 01, n. 5. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/12/2004.

<sup>381</sup> ARGUELLES, Diego Werneck. Op. Cit., p.03.

<sup>382</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 153.

<sup>383</sup> ARGUELLES, Diego Werneck. Op. Cit., p. 05.

<sup>384</sup> Idem.

que decidir sem tomar em consideração os resultados da decisão, pode significar, em muitos casos, decidir inconstitucionalmente.

\*\*\*

Assim, os três critérios que serão testados no último capítulo, são critérios considerados indispensáveis para a construção de uma decisão judicial, em casos difíceis, que seja controlável. Não se está afirmando que são critérios suficientes, mas se está afirmando que são indispensáveis. A confirmação da sua observação na confecção das decisões não garante a correção da decisão, mas a sua não observação pode revelar o equívoco.

De mesmo modo, esses critérios não são infalíveis. Verificar o seu preenchimento não é algo que se faça por uma operação exata e, ainda que verificados, não garantem a correção da decisão. Mas, de qualquer forma, de uma maneira probabilística, parece mais correto que é fundamentada uma decisão que se refere a uma premissa normativa do que uma decisão que se refere a uma premissa não compartilhada pelo direito, como uma premissa religiosa. Parece mais correto que é fundamentada uma decisão que respeita os precedentes e se aplica na medida do princípio da universalidade, do que uma decisão casuística. Parece mais correto que é fundamentada uma decisão que pondera os efeitos práticos do seu cumprimento, do que uma decisão que os ignora.

De tal modo, resumidamente, os critérios apontados delimitam o seguinte: primeiramente uma decisão deve fundamentar-se no direito, o que implica o respeito à norma constitucional, a legislação infraconstitucional, à jurisprudência consolidada, aos conceitos compartilhados pela doutrina; depois, uma decisão deve ser coerente, o que significa que não pode romper com uma tradição institucional desenvolvida, sem a devida motivação, mas, ao mesmo tempo, que pode romper com essa mesma tradição se necessário, diante do contexto do caso e da presente compreensão do caso. Ademais, a decisão deve ser vocacionada a repetir-se nos casos semelhantes; Por fim, o magistrado deve verificar se ao produzir a decisão os efeitos necessários, continuará ela cumprindo e respeitando o ordenamento jurídico, o que significa dizer que as consequências jurídicas devem ser consideradas, pois de nada adianta a

decisão que protege o direito em um caso específico, mas, fazendo-se precedente e sendo repetida em larga escala, acaba por afrontar outros direitos protegidos.

Os critérios serão testados no capítulo seguinte. Pretende-se verificar se o Supremo Tribunal Federal os tem levado em consideração em alguns casos relevantes recentemente julgados e como isso ocorre. Não se está afirmando que exista qualquer dever para o Supremo Tribunal Federal de analisar tais critérios, mas os critérios são relevantes e poderiam ser analisados. A finalidade, portanto, será verificar se esses critérios são levados em consideração e, sendo, de que forma isso é feito e quais as consequências para a fundamentação dos acórdãos.

#### IV ANÁLISE DE CASOS RELEVANTES A PARTIR DOS CRITÉRIOS INDICADOS

O Poder Judiciário e seu órgão de cúpula, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, legitimam-se mais do que pela definição constitucional de competências atribuídas (o Judiciário decide as questões relevantes porque a Constituição assim determina), pela qualidade argumentativa das suas decisões. A possibilidade de fundamentar, apresentar argumentos, debater teses, é o que efetivamente convence o auditório sobre a legitimidade da decisão e a necessidade de observá-la e cumpri-la. Da referida qualificação técnica para formular decisões de acordo com o direito e do dever de demonstrar essa relação a cada voto, decorre o caráter persuasivo da decisão, importante para convencer as partes, importante para satisfazer a comunidade, importante, no jogo institucional, para dificultar aos poderes políticos formular repetidas vezes um ato invalidado pelo Poder Judiciário<sup>385</sup>.

A motivação das decisões pela argumentação jurídica, todavia, não é um objetivo simples de ser alcançado. Para separar bons e maus argumentos, a definição do que é bom e do que é mau, como razão, deve estar amparada em critérios e, estes critérios também devem ser eles próprios fundamentados. A indicação dos critérios que balizarão a análise dos argumentos que será feita a partir de agora e a sua justificação foi objeto de estudo no terceiro capítulo.

O capítulo agora versado se ocupará de demonstrar, a partir da análise de julgamentos selecionados, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, como a utilização dos critérios defendidos, (i) fundamentação em premissas jurídicas, (ii) harmonização entre as decisões anterior e futuramente proferidas para casos semelhantes e; (iii) identificação das eventuais conseqüências jurídicas da decisão, podem colaborar para a produção de decisões mais bem fundamentadas, cuja racionalidade é viável controlar.

A intenção, portanto, é realizar um estudo de julgados, uma análise de votos proferidos em julgados, uma pesquisa sobre argumentos desenvolvidos pelos Ministros em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, nos quais tenha

---

<sup>385</sup> Nesse sentido, manifesta-se Virgílio Afonso da Silva: “Decidir em única e última instância (soberania parlamentar) é muito diferente de decidir após o pronunciamento de um tribunal em um determinado sentido (contrário às intenções do legislador). A decisão do tribunal necessariamente cria um “ônus deliberativo”, que muitas vezes é difícil de ser superado”. SILVA, Virgílio Afonso. **O STF...**, p. 213.

sidorelevante o debate, a partir de algum dos critérios indicados. Pretende-se apontar praticamente como a utilização dos critérios pode auxiliar na seleção de argumentos juridicamente relevantes e antecipar algumas questões complexas que podem surgir da proposta apresentada.

Para tanto, explica-se como foram selecionados os casos analisados. Primeiramente, delimitou-se temporalmente o objeto de pesquisa e fixou-se o estudo em julgamentos ocorridos no ano de 2011, pois se tratavam dos casos mais recentes à época da determinação do conteúdo da pesquisa. Depois, delimitou-se qualitativamente a pesquisa e fixou-se o estudo apenas em relação aos casos indicados como mais relevantes pelo Supremo Tribunal Federal, em seu relatório de atividades do ano de 2011<sup>386</sup>. A determinação da análise apenas sobre tais casos se deu em virtude de que para a finalidade do trabalho, que é a análise de argumentos, interessam os casos relevantes, em que efetivamente a maioria dos Ministros lavra voto e participa dos debates.

Realizada a leitura de tais casos, foram identificados aqueles nos quais os critérios indicados por Barroso de alguma forma apoiaram as conclusões dos Ministros, sugerindo pautas para a análise detalhada. Diante de tais considerações, selecionou-se: (i) para exemplificar e debater a importância da delimitação e compreensão da fixação da decisão em premissa normativa, a ADC 29<sup>387</sup>, sobre a constitucionalidade de aspectos da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 35/2010) e o HC 106212<sup>388</sup> referente à aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9095/99) aos crimes de violência contra a mulher (Lei 11340/06); (ii) para demonstrar a relevância do atendimento ao critério que recomenda a harmonia da jurisprudência e integridade do direito, a ADI 4274<sup>389</sup>, referente à legalidade das

---

<sup>386</sup> Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecacastfrelatorio/anexo/relatorio\\_de\\_gestao\\_2011\\_site\\_stf.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecacastfrelatorio/anexo/relatorio_de_gestao_2011_site_stf.pdf)> Acesso em: 18/01/2013.

<sup>387</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 29. Partido Popular Socialista versus Presidente da República e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4065372>>. Acesso em: 18/01/2013.

<sup>388</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 106212. Defensoria Pública da União versus Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3985151>>. Acesso em: 18/01/2013.

<sup>389</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4274. Procuradora Geral da República versus Presidente da República e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691530>>. Acesso em: 18/01/2013.

manifestações favoráveis a liberação do consumo da maconha e o MS 30260<sup>390</sup>, sobre o pertencimento das vagas de suplência as coligações partidárias e; (iii) para demonstrar a preocupação com as consequências e impactos práticos da decisão, a ADI 4167<sup>391</sup> referente ao piso salarial nacional dos professores da rede pública e a ADI 4543<sup>392</sup>, que tratou da inconstitucionalidade da Lei nº. 12034/2009, que determinava o regresso ao sistema de voto impresso.

O que se pretende é o estudo dos casos apresentados e se está apresentando como ele foi organizado, haja vista a extensão do material trabalhado. Assim, é preciso apontar, desde já, algumas questões de método. A exploração de seis casos não indicará um panorama geral de toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, então, o que se faz, é apresentar os resultados da pesquisa apenas sobre os seis casos analisados. Em momento algum se afirmará que o Supremo Tribunal Federal julga de tal ou qual maneira de forma genérica ou cotidiana, mas, apenas, que assim o fez nos casos selecionados. De outro lado, sabe-se que não existe qualquer dever para o Supremo Tribunal Federal de levar em consideração os critérios aqui indicados, então, não se está afirmando que esses critérios são levados em consideração pelos Ministros, não se está testando as decisões como certas ou erradas a partir dos critérios, nem se está afirmando que os critérios apontados são capazes de garantir a qualidade da decisão ou a decisão correta. Apenas, a título exemplificativo, se quer demonstrar como o debate sobre os critérios indicados surge nas decisões e como pode contribuir para o refinamento da qualidade argumentativa, considerando a decisão como resultado de um processo deliberativo, tomado por uma instituição pública, em um Estado de Direito Constitucional.

Por fim, não se pretende conferir um caráter empírico à análise. Sabe-se que uma análise de julgados implica de alguma forma a seleção dos argumentos que

---

<sup>390</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. MS 30260. Carlos Victor da Rocha Mendes versus Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. 30 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4014471>. Acesso em: 18/01/2013.

<sup>391</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4167. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e outros versus Presidente da República e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa 24 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2645108>>. Acesso em 18/01/2013.

<sup>392</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4543. Procurador Geral da República versus Presidente da República e outros. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. 19 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4019347>>. Acesso em: 18/01/2012.



serão comentados. Esse trabalho não deixa de ser um estudo feito por alguém (com suas pré-compreensões) e as conclusões dele extraídas, embora não sejam meramente opinativas, inevitavelmente terão algo das impressões desse alguém, em particular.

#### 4.1 A FUNDAMENTAÇÃO EM PREMISSE NORMATIVA: ADC 29 E HC106212

Antes de tudo, far-se-á a exposição de cada caso e da razão pela qual foi enquadrado como caso relevante para a verificação da importância da fixação de premissas normativas (e não políticas, econômicas, religiosas) na determinação da motivação da decisão judicial. Para verificação da relevância deste primeiro critério, realizou-se a leitura de todo o acórdão, extraído-se, dos diversos votos, exemplos de argumentos que tomam como ponto de partida premissas que não são jurídicas.

As premissas que não são jurídicas não podem ser consideradas como fundamentos para bons argumentos, pois são pouco convincentes, uma vez que não podem ser partilhadas pela comunidade constitucional plural. Desatendem, assim, por exemplo, a recomendação de Dworkin quanto à utilização, pelas Cortes Constitucionais, de razões de princípio e desatendem, também, a recomendação de Rawls com relação à utilização de razões públicas<sup>393</sup>. Como tais premissas aparecem nos julgados comentados e prejudicam a fundamentação, ficará demonstrado a seguir.

A ADC 29 trata da questão da constitucionalidade de aspectos da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 35/2010), especialmente a possibilidade de aplicarem-se as hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei a atos e fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Argumentava-se, contrariamente a aplicação da legislação, o princípio da presunção de inocência e irretroatividade da lei que prevê sanção. Favoravelmente, alegava-se que o art. 14 § 9º da Constituição

---

<sup>393</sup> Sobre o tema tratou-se especificamente no terceiro capítulo. Sobre a recomendação de Dworkin, quanto à utilização de razões de princípio nas decisões constitucionais, cf. DWORKIN, Ronald. **Levando...**, p. 129. Quanto à recomendação de Rawls, sobre a necessidade de utilização de razões públicas nas decisões constitucionais, cf. RAWLS, John. **Liberalismo...**, p. 204.

Federal<sup>394</sup>, que faz referência à necessidade de verificação da vida pregressa dos candidatos é anterior à Lei nº. 35/2010 e autoriza sua aplicação. Além disso, não caberia a argumentação pela irretroatividade por não se tratar de hipótese de sanção (perda ou suspensão de direitos políticos), mas de mera situação de inelegibilidade.

Nesse julgado, a importância da delimitação de uma premissa normativa que fundamente a decisão, está principalmente na manutenção da independência do Tribunal, tendo em vista a pressão sofrida diante da possibilidade de declarar inconstitucional uma lei criada mediante iniciativa popular. Gera-se, nessa situação, que será analisada, a discussão a respeito da importância da opinião pública e se o atendimento a esse tipo de juízo é suficiente para fundamentar uma decisão jurídica.

O HC 106202, por sua vez, versa sobre a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº. 11340/06<sup>395</sup>, segundo o qual, no caso de crimes cometidos contra a mulher, não se aplicamos benefícios concedidos ao réu pela Lei nº. 9099/95, tais como a possibilidade de suspensão condicional. A Defensoria Pública, argumentando pelo princípio do favorecimento do réu (aplicação da lei mais benéfica), pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11340/06 e a concessão da suspensão da penalidade que determinou 15 (quinze) dias de prisão (substituídos por pena restritiva de direitos) para o impetrante. De outro lado, a autoridade coatora e o Ministério Público, defendendo a proteção da família e a especial intenção veiculada pela Lei Maria da Penha na preservação da integridade da mulher, pleiteavam a manutenção da penalidade e a declaração de constitucionalidade da norma.

O caso é relevante para o estudo do primeiro critério (utilização de premissa normativa) como se demonstrará, porque nas diversas manifestações dos Ministros, em muitas situações, os argumentos utilizados partem de constatações pessoais e emocionadas. Quer-se discutir, pela análise do caso, até que ponto a introdução de argumentos retóricos, extraídos de experiências pessoais, pode prejudicar a qualidade argumentativa do debate e da decisão.

---

<sup>394</sup>Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

<sup>395</sup>Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Passa-se, então, para a análise de cada um dos casos, confrontando-os com os fundamentos teóricos que embasam o critério defendido. Assim, primeiramente, analisar-se-á a ADC 29, na perspectiva da ideia de motivação por princípios explicitada por Dworkin. Depois, analisar-se-á o HC 106202, diante da recomendação de Rawls, em relação à fundamentação das decisões dos Tribunais Superiores por razões públicas.

#### 4.1.1 Opinião Pública não é premissa adequada para embasar decisão judicial: ADC 29

Na análise da ADC 29, o tema de interesse é o confronto entre as premissas jurídicas e a eventual necessidade que o órgão jurisdicional teria de atender, de sopesar como premissa, a orientação da opinião pública. O assunto aparece, primeiramente, no voto do relator Ministro Luiz Fux, para quem a jurisprudência, fixada pelo Supremo Tribunal Federal, com relação à aplicação do princípio da presunção de inocência em matéria eleitoral precisa ser modificada, diante da desilusão da população com a política majoritária: “são notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país”<sup>396</sup>.

O Ministro afirma que perante as cobranças da sociedade civil pela ética no manejo da coisa pública, ou se alinha a interpretação da noção de presunção de inocência ao “estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição”<sup>397</sup>. Para ele, é fator de relevância a crítica feita pela sociedade civil, inclusive mediante a imprensa, contra a resistência do Poder Judiciário em alterar sua jurisprudência sobre o tema. Assim, ainda que a Corte Constitucional não deva se furtar diante da sua função contramajoritária, a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional depende da responsividade à opinião pública. O raciocínio fica claro, no momento dos debates, quando o relator declara que ao

---

<sup>396</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 23.

<sup>397</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 25.

Supremo Tribunal Federal pode ser possível ir contra a vontade parlamentar, mas não contra a vontade da população:

...a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal contramajoritário, para bater no peito e dizer que ele julga contra a vontade do povo, não tem a menor procedência. O Supremo Tribunal Federal pode ser contramajoritário quando decide contra a maioria parlamentar, quando decide direitos da minoria. O Supremo Tribunal Federal não é contramajoritário para ir contra a opinião da população, sobre o que ela entende a respeito da presunção de inocência (...) Evidentemente ela não nos pauta, mas temos que ouvi-la porque todo poder emana do povo e é em seu nome exercido”<sup>398</sup>

O Ministro Joaquim Barbosa também se expressa sobre o tema, defendendo a importância da legislação por ter sido ela criada mediante iniciativa popular e argumenta que a leitura que julga pela inconstitucionalidade da norma visa privilegiar uma minoria eleita em detrimento da sociedade que espera a moralização da política<sup>399</sup>. A Ministra Rosa Weber segue a mesma linha de raciocínio, depois de louvar os esforços hercúleos da população para a elaboração e aprovação da lei em discussão, apresenta sua opinião com relação à influência da opinião pública na determinação do resultado do julgamento: “... sendo essa Corte uma instituição contramajoritária, seus julgamentos não se vinculam às aspirações da maioria. Mas, igualmente não deve ser o Supremo Tribunal Federal insensível às elas”<sup>400</sup>.

Tais afirmações, embora não sejam exatamente o ancoradouro (*a ratio decidendi*<sup>401</sup>) da decisão em análise, aqui interessam especialmente porque permitem a problematização da ideia do julgamento, mediante razões fixadas em premissas normativas e não normativas. Ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal deve responder às demandas da opinião pública e que tal opinião é suficiente à modificação da jurisprudência da Corte, ainda que esta não seja a principal fundamentação do voto, repita-se, o Ministro Luiz Fux colocou em discussão a natureza da razão apresentada (para fixar o voto e alterar a jurisprudência). Orientar

<sup>398</sup> ADC 29, 16.02.2012, p.127.

<sup>399</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 58.

<sup>400</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 155.

<sup>401</sup> Trata-se aqui o termo *ratio decidendi* pela sua definição segundo as disciplinas de processo: “conjunto de fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo julgador no caso” DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed., v. 2. Salvador: JusPodvim, 2009. p. 381.

a decisão no sentido de preservar os interesses da opinião pública, é orientar a decisão com base em premissa política e não em premissa normativa<sup>402</sup>.

A possível inclinação do Supremo Tribunal Federal a esta espécie de argumento choca-se com o critério aqui defendido de que as decisões judiciais pautem-se em premissas normativas e não de outra natureza. Defender a opinião pública como fator relevante para a elaboração da convicção judicial pode representar um risco à controlabilidade da decisão, haja vista a dificuldade de definir o que é a opinião pública, além da possibilidade de desvirtuar o papel independente do Poder Judiciário, frente às demandas da maioria.

Para Pereira é preciso afastar essa espécie de análise política, da decisão judicial. Segundo ela, leituras conciliatórias, como a da Ministra Rosa Weber, que buscam um meio termo entre a consideração da opinião pública e a realização da função contra-majoritária, não são capazes de resolver a questão e ainda a escondem: “uma visão intermediária entre os dois extremos, no sentido de que os tribunais devem ouvir a opinião pública, mas decidir segundo suas consciências encerra um truísmo que não soluciona o conflito, mas o evidencia”<sup>403</sup>. Tomar em conta a opinião pública como fator de motivação da decisão judicial pode ser escolha problemática em diversos sentidos, desde o acirramento entre as posturas dos Ministros, que dificulta o consenso (eis que a opção pela opinião pública torna uns julgadores mais populares que outros e exalta as disputas pessoais), até a restrição à liberdade de convicção dos magistrados que proferem seus votos em ambiente de pressão<sup>404</sup>.

O que se pretende afirmar não é que o Supremo Tribunal Federal deva ser completamente avesso às reações populares. Todavia, embora não se possa ignorá-los, os clamores populares não devem constar nos votos como fatores motivadores, como razões justificativas da decisão. Primeiramente, porque, no caso, identificar o que seja a opinião pública já um passo deveras dificultoso. A opinião

---

<sup>402</sup> A questão é reconhecida nessa forma pelo próprio Ministro Luiz Lux em artigo publicado, veja-se: “A opinião pública é variável e apaixonada e, no âmbito jurídico, deve prevalecer a contenção do magistrado, tal como na visão lúdica enunciada por Calamandrei: o cidadão decide com a paixão ao passo que ao juiz incumbe fazer prevalecer a razão jurídica”. E complementa: “pretenso constitucionalismo popular corre o severo risco de encantar momentaneamente; passar pela história como um meteoro da paixão sem deixar vestígios, senão o único: o de criar a escola do “direito passional”, em nome do qual se morre e se mata, mesmo sem razão”. Cf. FUX, Luiz. **Meteoro da paixão**. O Globo, 16 jan. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/moreno/posts/2012/01/16/meteoro-da-paixao-426650.asp>>. Acesso em: 19/01/2013.

<sup>403</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit., s/p.

<sup>404</sup> Idem.

pública pode ser opinião da maioria da população, mas pode ser também a opinião de uma minoria politizada e influente, pode ser a opinião indicada pela mídia, ou a opinião medida por pesquisa de opinião<sup>405</sup>. É complicado afirmar que o Supremo Tribunal Federal conhece a vontade da opinião pública, por saber que a iniciativa do projeto de lei auferiu apoio mediante muitas assinaturas populares, quando se sabe, também, que o projeto sofreu diversos ajustes nas Casas Legislativas. Ao lançar mão da opinião pública como base de motivação da decisão, o julgador acaba por se valer de critério sem delimitação contundente, que por não estar baseado em premissa normativa, é fragilizado<sup>406</sup>.

Fazendo contraponto ao argumento selecionado, o Ministro Gilmar Mendes se manifesta explicando o que compreende por função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Para o citado Ministro, a Corte “pode e deve decidir contra a opinião popular”<sup>407</sup>, sendo essa a sua função didático-pedagógica, na medida em que protege a população de si mesma. Rechaçando o posicionamento adotado pelo relator, segundo o qual a influência da opinião pública na decisão seria determinante, em virtude do necessário reconhecimento do sentimento constitucional em uma sociedade aberta de intérpretes, Gilmar Mendes afirma que “o argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional”<sup>408</sup>. Para ele, não é papel do Supremo Tribunal Federal relativizar princípios constitucionais para responder ao anseio popular, até mesmo porque, a pressão popular que demandou a lei debatida, pode limitar-se a uma maioria temporária, que não deve se sobrepor a outra maioria temporária, que no momento do pleito, elege os políticos de ficha suja:

é completamente equivocado, portanto, utilizar a “vontade do povo” ou a “opinião pública” para se “relativizar” o princípio da presunção de inocência (...) Não podemos proceder a uma tal relativização levando em conta uma suposta maioria popular momentânea (...) Não se deve esquecer ademais

---

<sup>405</sup> Sobre as diversas concepções possíveis de opinião pública, veja-se: HOWLETT, Michael. A dialética da opinião pública: efeitos recíprocos da opinião pública em sociedades democráticas contemporâneas. **Opinião Pública**, Campinas, v. 6, n. 2, p. 167-186, 2000.

<sup>406</sup> Na posição de HOWLETT a melhor forma de conhecer a opinião pública é efetivamente por uma pesquisa de opinião pública determinada e atualizada. Outros meios revelam opinião pública como petições, protestos e etc., mas tais mecanismos podem identificar a opinião de um número pouco expressivo de pessoas. Os meios de comunicação também podem ser um caminho, mas a mídia tende a criar a opinião pública mais do que revelá-la. *Ibidem*, p. 175.

<sup>407</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 128.

<sup>408</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 279.

que essa tal “opinião pública” ou essa imprecisa “vontade do povo” é a mesma que elege os candidatos ficha suja. (...) Certamente, a Jurisdição Constitucional não pode se basear em critério tão fluido e tão falacioso para tomar decisões a respeito de princípios<sup>409</sup>.

O debate apresentado serve, portanto, para indicar a necessidade de que a decisão se estabeleça com base em premissas normativas, que se refiram à Constituição, à legislação, à doutrina e à jurisprudência consolidada. O demonstrado também corrobora a relação entre a necessidade do estabelecimento de premissas normativas e a utilização de razões de princípio e não razões de política, na construção das decisões judiciais.

Auferir a opinião pública é uma tarefa política, que se guia por razões políticas, na medida em que essa tarefa visa “fomentar ou proteger algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”<sup>410</sup>. Não é essa a tarefa do Poder Judiciário. O Poder Judiciário deve encontrar razões de princípio, diante da Constituição, ainda que a legislação em causa, como no caso a Lei da Ficha Limpa, recomendada por iniciativa popular, derive de uma razão política<sup>411</sup>.

A tarefa de auferir a vontade da população é operada através do processo político e, o resultado deste processo político é recebido juridicamente pelo Poder Judiciário, na forma de legislação. O magistrado deve prestar respeito à legislação, elaborada dentro do esquema de competências de cada Poder e apenas se voltar contra ela quando desafie inconstitucionalidade. Não cabe ao juiz perquirir a vontade da população em lugar do político eleito, como menciona Dworkin: “um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política (...) encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento”<sup>412</sup>.

Assim, da análise do julgamento da ADC 29 extrai-se o debate a respeito das premissas que fundamentam a decisão judicial validamente e reafirma-se o critério indicado por Barroso segundo o qual a decisão judicial deve basear-se em premissas normativas. As premissas de espécie diversa, religiosas, políticas, econômicas, entre outras variações, dificultam a verificação da objetividade do argumento e fragilizam a decisão. No caso, ao seguir premissa política, tentando consolidar a opinião pública mediante a decisão judicial, o julgador fragilizou a fundamentação da decisão, na medida em que permitiu diversos questionamentos a

---

<sup>409</sup> ADC 29, 16.02.2012, p. 286.

<sup>410</sup> DWORKIN, **Levando...**, p. 129.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 134.

respeito do que seja a opinião pública e da possibilidade que tem o magistrado de auferi-la melhor que o legislador.

#### 4.1.2 Impressão pessoal não é premissa adequada para embasar decisão judicial: HC106212

O outro caso que se pretende analisar, HC 1062012, também proporciona a análise e defesa do critério indicado, que é a exigência de premissa normativa como fundamentação das decisões judiciais. Na situação, agora em debate, o Tribunal determinou a não aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº. 9099/95) às situações que envolvem violência contra a mulher e, conseqüentemente, denegou a ordem pleiteada pelo requerente, para aplicar ao seu caso a suspensão condicional. Aqui, embora a decisão tenha sido pautada em premissas normativas (dispositivos constitucionais e legais, doutrina e jurisprudência), parcela dos Ministros julgadores utilizou, também, como fundamento para seus votos, ainda que de maneira retórica, a narrativa de experiências de ordem pessoal e argumentos emocionais, sem validade como razão pública. A análise desses argumentos e a demonstração da razão pela qual não podem ser considerados bons argumentos, para uma decisão jurídica, é o que se realizará, a partir daqui<sup>413</sup>.

É de notar que se tratando de disciplina pertinente a proteção dos direitos da mulher, a sensibilidade do tema não inibe a importância da fundamentação jurídica dos votos, da busca pela mais convincente fundamentação. As razões que não são públicas, embora não contaminem a validade de um acórdão pautado em outros fundamentos, confundem o objeto do julgamento. Em verdade, aos jurisdicionados, não interessa a opinião pessoal dos julgadores<sup>414</sup>.

Tudo isso se afirma na esteira de Rawls e na defesa que faz da Suprema Corte como entidade exemplar de razão pública. Para o autor, é a utilização de

---

<sup>413</sup>Não se está afirmando que o acórdão esteja equivocado em seu resultado ou mal fundamentado em seu conteúdo. O que se pretende debater são passagens dos votos, em alguma medida excepcionais, ancoradas em premissas não normativas, que serão aqui apresentadas como exemplos de argumentos frágeis, que não se prestam a embasar devidamente uma decisão em matéria constitucional.

<sup>414</sup>RAWLS, John. **Liberalismo...**, p. 224.



argumentos de razão pública que distancia o Poder Judiciário das demais esferas de poder estatal:

...es tarea de los magistrados tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretacion de la Constitucion que puedan dar, utilizando sus conocimientos acerca de la aplicación de la Constitucion y de los casos<sup>415</sup>.

Portanto, um Tribunal Constitucional como o Supremo Tribunal Federal deve encontrar as razões de sua decisão na Constituição, nas leis, nos casos constitucionais precedentes, enfim, em uma concepção pública de justiça, alheia as concepções pessoais advindas das experiências vividas por cada um. O argumento ficará mais claro, a partir da análise dos votos.

No caso em apreciação, em que se debatia a aplicação da Lei nº. 9099/95 às contravenções penais ocasionadas sob o manto da Lei Maria da Penha – na situação versada a contravenção de “vias de fato”- pouco se debateu sobre a celeuma jurídica apresentada, sobre o confronto entre o teor da Lei Maria da Penha e o princípio do *in dubio pro réu*. A questão foi resolvida principalmente pelo apoio que cada Ministro prestou às mulheres, seu papel social, a proteção das crianças e a maternidade.

Isso fica claro, primeiramente, na análise do voto do Ministro Dias Toffoli. O julgador, em determinado momento de seu voto afirma que o dispositivo atacado, que não permite a aplicação da Lei nº. 9099/95 aos delitos de violência contra a mulher, é constitucional, entre outras razões, porque as “maiores violências e atrocidades” ocorrem no seio da família<sup>416</sup>. O argumento é prontamente questionável, pois para concordar com ele deve-se, antes, concordar a respeito do que são as maiores violências e atrocidades. Mas, esse tipo de juízo não é objetivo, é pessoal. Alguém pode considerar que “maior violência e atrocidade” é um latrocínio, outro que é um genocídio. O argumento não tem contundência diante de pessoas diferentes. Sendo assim, não pode ser um bom argumento para uma decisão judicial. Para que seja um bom argumento judicial, na visão de Rawls, uma razão pública, deve ser possível pensar que aquele ponto de vista pode ser por todos subscrito racionalmente<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Idem.

<sup>416</sup> HC 106212, 13.06.2012, p. 14.

<sup>417</sup> RAWLS, John. **Liberalismo...**, p. 228.

Continuando a análise do julgado, a Ministra Carmén Lúcia, por sua vez, posicionou-se na defesa dos direitos das mulheres, por sua condição de mulher: “para nós, mulheres, (...) o preconceito continua, o preconceito gera raiva, raiva gera violência (...) não é a carne de uma de nós, até porque, quando uma de nós é atingida, todas as mulheres do mundo são”<sup>418</sup>. Em seguida, para demonstrar a razão de seu voto, exemplificou o argumento descrevendo experiências que ela própria vivenciou: “o preconceito se passa no olhar da pessoa, no carro ao lado, quando uma de nós está no carro oficial, porque não se imagina que uma de nós possa ser titular do carro”<sup>419</sup>. Neste voto, que tem três laudas e apenas uma referência à premissa normativa clara (art. 226 § 8º) e duas referências à doutrina (indicação de Norberto Bobbio – sem identificação de obra- e indicação do autor literário Paulo Mendes Campos- também sem identificação de obra)<sup>420</sup>, é difícil sustentar a racionalidade dos argumentos.

Não se está aqui argumentando que não existam razões para defender a constitucionalidade do dispositivo em causa, nem se está alegando que a Ministra citada não tenha apresentado essas razões. O que se está argumentando é que razões como as acima referidas e transcritas, não colaboram para o aprimoramento do julgado e, além de tudo, o prejudicam. Novamente, sobre o tema, Rawls:

Los Magistrados de la Suprema Corte no pueden, por supuesto, invocar su propia moral personal, ni los ideales e virtudes de la moralidade en general. Deberan considerar esos valores e ideales ajenos al caso constitucional. De igual manera, tampoco pueden invocar sus puntos de vista religiosos o filosóficos<sup>421</sup>.

Outro ponto que vale ser mencionado, considerando o estudo aqui direcionado, são os argumentos veiculados pelo Ministro Ayres Britto, sobre a sua crença na superioridade divina das mulheres, extraída de uma visão criacionista:

É curiosa a discrepância entre a ordem social, desfavorecedora das mulheres, e a ordem divina, digamos assim- porque salta aos olhos – para quem é criacionista, e eu sou criacionista, que a obra-prima da criação é a mulher. (...) As mulheres tem premonição. Deus, quando criou a mulher, não se permitiu terceirizar<sup>422</sup>.

---

<sup>418</sup> HC 106212, 13.06.2012, p. 17.

<sup>419</sup> HC 106212, 13.06.2012, p. 17-18.

<sup>420</sup> HC 106212, 13.06.2012, p. 19-20.

<sup>421</sup> RAWLS, John. **Liberalismo...**, p. 224.

<sup>422</sup> HC 106212, 13.06.2012, p. 26.

Aqui, novamente, arrisca-se a solidez do julgado, pois a espécie de argumento apresentado acaba por inculcar no jurisdicionado, no caso, o impetrante do habeas corpus, que a motivação da determinação da constitucionalidade do dispositivo deriva de uma razão religiosa e não, propriamente, de uma razão jurídica. Esta razão religiosa não é uma boa razão, porque é uma razão pautada em uma premissa divina e, nesse trabalho, se defende que a decisão seja pautada em razões de índole normativa e que o julgador deve abster-se de voluntarismos, senso comum ou sentido pessoal de justiça<sup>423</sup>.

O caso analisado, portanto, demonstra mais uma vez a importância da delimitação de premissas normativas. Pode-se não aceitar o argumento da superioridade divina das mulheres (muçulmanos dificilmente aceitariam esse tipo de argumentação), por se tratar de uma premissa religiosa; pode-se questionar se efetivamente uma Ministra do Supremo Tribunal Federal sofre preconceito quando está em um carro oficial (ou se essa circunstância é uma impressão pessoal que ela tem) por se tratar da narrativa de uma experiência individual (pode-se questionar, inclusive, se é verdade); mas, o argumento de que o art. 226 § 8º<sup>424</sup> determina a proteção da mulher e de que esse dispositivo informa a elaboração e a aplicação da legislação infraconstitucional, qualquer indivíduo deve aceitar como razoável, pois ainda que eventualmente equivocado, se fundamenta em premissa compartilhada, que é o Texto Constitucional e a supremacia deste Texto em uma ordem pós-positivista.

Então, o estudo dos julgados selecionados demonstra que premissas não normativas não devem ser utilizadas como razões para a fundamentação de decisões judiciais, porque comumente são questionáveis de diversos pontos de vista e se colocam para além da possibilidade de demonstração do magistrado. Ademais, ainda que o julgado esteja escorado em outras premissas, a utilização de premissas políticas, religiosas, pessoais, como argumento retórico prejudica a decisão, pois cria suspeitas de parcialidade e gera pontos de fragilidade no acórdão, passíveis de críticas e recursos.

---

<sup>423</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 343.

<sup>424</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

#### 4.2A COERENCIA E UNIVERSALIDADE: MS 30260 E ADIN 2474

A partir de agora será feita a análise de outros dois julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal, todavia, conferindo ênfase a importância da preservação da coerência e universalidade das decisões, segunda premissa destacada por Barroso. De acordo com o autor, o órgão de cúpula do Poder Judiciário deve atentar-se para as construções jurisprudenciais anteriores, para os parâmetros de interpretação já fixados, correspondendo às expectativas dos jurisdicionados e a algum parâmetro de previsibilidade, além de atender a segurança jurídica e uniformidade de julgados. De outro lado, o Tribunal precisa estar atento ao momento de rever sua jurisprudência, diante de circunstância fática ou conjuntura social diversa, preocupando-se também com a possibilidade de a decisão proferida ultrapassar o caso específico analisado e tornar-se precedente aplicável a outros casos semelhantes<sup>425</sup>.

A metodologia utilizada será semelhante à indicada no tópico anterior, tendo sido realizada inicialmente a leitura de todo o acórdão debatido, a partir do que foram selecionados excertos dos votos dos Ministros para análise detalhada em cotejo com pontos importantes da doutrina que baliza o critério trabalhado. Todavia, diferentemente do que se fez na apresentação do critério anterior, sobre a importância da premissa normativa, agora os excertos selecionados não serão exemplos de argumentos que fragilizam a decisão, pelo contrário, a seleção versou sobre aqueles argumentos que, fazendo referência a julgados anteriores, técnicas de utilização de precedentes e preocupação com criação de jurisprudência futura, contribuem para a demonstração da complexidade que a observância do critério implica.

Trabalhar-se-á, primeiramente, com o MS 30260 que versa sobre celeuma a respeito do preenchimento de vaga de suplente na Câmara dos Deputados, se por candidato indicado pela coligação eleitoral ou pelo partido do mandatário titular. Explica-se. Nas eleições ocorridas em 2010, o Partido Socialista Brasileiro-PSB e o Partido da Mobilização Nacional – PMN uniram-se mediante coligação, obtendo votos para eleger três deputados federais, pelo Estado do Rio de Janeiro. Tendo um

---

<sup>425</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 346.

dos deputados eleitos se tornado Secretário da Ciência e Tecnologia do mesmo Estado, surgiu uma vaga a ser preenchida por suplente e o Presidente da Câmara empossou o próximo candidato mais votado da coligação. Argumentando que o Supremo Tribunal Federal havia firmado precedente (MS 26602)<sup>426</sup> no sentido de que o mandato pertence ao partido, o candidato mais votado do mesmo partido do deputado titular da vaga, impetrou o *writ* defendendo que a suplência pertence também ao partido e não a coligação. O caso é pertinente, na medida em que provocou os Ministros a debaterem quanto à importância das decisões precedentes, a identificação entre os casos julgados e os limites da revisão de jurisprudência.

O outro caso a ser analisado neste tópico é a ADIN 4274, referente à liberação das passeatas em defesa da legalização ou descriminalização do uso da maconha. A ação proposta pela Procuradoria Geral de República tentava dar interpretação conforme ao § 2º do art. 33 da Lei nº. 11343/2006<sup>427</sup>, para que nenhuma manifestação em defesa da legalização de drogas pudesse ser criminalizada, por se tratar de exercício do direito à liberdade de expressão. O julgamento é de interesse para essa dissertação, na medida em que foi objeto dos debates a possibilidade de aplicar novamente o mesmo raciocínio empregado ao caso, para situações futuras. Preocuparam-se os Ministros com a criação de um precedente, fundando na liberdade de expressão, que permitisse, por exemplo, no futuro, a liberação de passeatas em defesa de outras condutas criminosas, mais graves que o consumo de entorpecentes. O caso volta-se então para a discussão da integridade do direito na sua perspectiva de pretensão de universalidade.

Os tópicos seguintes se ocuparão, então, da análise dos dois casos apresentados. Primeiramente, os votos proferidos no MS 30260, auxiliarão na verificação de um problema decorrente da falta de unicidade nos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, a dificuldade de compreender qual a *ratio decidendi* dos precedentes, esse caso será vislumbrado principalmente a partir da perspectiva

---

<sup>426</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. MS 26602. Partido Popular Socialista versus Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministro Eros Grau. 04 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513855>>. Acesso em: 19/01/2013.

<sup>427</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

de coerência na obra de Dworkin<sup>428</sup>. Depois, pela análise a ADI 4274, ficará clara a importância da delimitação correta dos termos da decisão, para que se evite a proliferação de jurisprudência baseada em comandos genéricos, que podem resultar em decisão futura cuja fundamentação amparada em acórdão do Supremo Tribunal Federal, não representa o entendimento do órgão. O caso será analisado especialmente na perspectiva do princípio da universalidade, descrito na obra de Alexy<sup>429</sup>.

#### 4.2.1 Várias interpretações de um mesmo precedente: MS 30260

O caso que se pretende debater tem seu ponto de interesse especificamente determinado pela dificuldade de interpretação de precedente exarado pelo Supremo Tribunal Federal, como se passa a explicar. No Mandado de Segurança nº 26602, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, decidindo a questão relativa à infidelidade partidária, fixou a posição de que o mandato parlamentar pertence ao partido político<sup>430</sup>. É em virtude desse pertencimento que havendo a mudança partidária, sem que exista nenhuma hipótese justificativa- como a perseguição política ou a quebra dos compromissos do programa partidário pelo partido - o candidato eleito infiel à legenda perde o mandato. O mandato não pertence ao candidato, mas ao partido que viabilizou a sua candidatura.

O precedente está bem fixado para a situação que pretende determinar e sendo um precedente da mais alta Corte do país, espera-se que seja aplicado e confrontado com outras situações. Na hipótese estudada, tendo o partido alcançado o cargo mediante coligação partidária e, tendo esse cargo ficado vago, questiona-se como se dá o preenchimento da cadeira pelo segundo candidato mais votado, se avaliando a lista de candidatos da coligação ou avaliando a lista de candidatos do partido. O caso é relevante na medida em que demonstra a necessidade da reflexão a respeito da elaboração de uma técnica para consideração e interpretação dos

---

<sup>428</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão...**, p. 238.

<sup>429</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 262.

<sup>430</sup> "A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato". MS 26602, 04.10.2007, ementa.

precedentes do Supremo Tribunal Federal. Embora, no caso, todos os Ministros demonstrem uma preocupação com a análise do julgado anterior e com a coerência no tratamento do tema, invariavelmente chegam a conclusões muito diversas sobre o alcance e a aplicabilidade do precedente e produzem incoerências entre si.

A relatora dos autos, Ministra Carmén Lúcia, entende que o precedente referente à infidelidade partidária se aplica para determinar que a vaga deve pertencer à coligação. Para ela, embora a questão pareça distinta, as premissas e a solução usadas naquela situação (MS 26602), podem ser repetidas no MS 30260 pois, se a afirmação de que o mandato pertencia ao partido adveio da convicção de que o partido representa uma ideologia compartilhada pelos eleitores, o mesmo raciocínio se aplica as coligações que são espécies de superpartidos<sup>431</sup>. Portanto, para a julgadora não existe incompatibilidade entre os julgados confrontados:

...seja realçado, ainda uma vez, que tal entendimento não contraria as decisões proferidas por este Supremo Tribunal no julgamento dos MS 26602/DF, MS 26603/DF e MS 26604/DF<sup>432</sup>.

A mesma compreensão, com relação à compatibilidade entre o precedente e a leitura teórica de acordo com a qual o mandato pertence, em caso de vacância, à coligação, é defendida pelo Ministro Luiz Fux, para quem, entender de maneira diversa seria tomar a conclusão proferida pelo Tribunal, de que o mandato pertence ao partido, de maneira literal e descontextualizada<sup>433</sup>. Portanto, existe uma primeira posição, firmada por alguns Ministros, que entende que o precedente firmado no MS 26602, segundo o qual o mandato parlamentar pertence ao partido é aplicável ao caso em análise, na medida em que as coligações são superpartidos e estando os partidos à elas filiados voluntariamente, à elas por consequência pertence o mandato.

Essa leitura foi contraposta por tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes, que também votou pela denegação da segurança, mas com base em outros fundamentos, por compreender diferentemente o precedente em debate. Para Gilmar Mendes, a partir da decisão fixada no MS nº. 26602, teria surgido um processo de inconstitucionalização do regime das coligações, tendo aquela decisão sido o primeiro passo em direção à reforma política nacional. Segundo afirma, após o

---

<sup>431</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 32.

<sup>432</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 39.

<sup>433</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 62.

julgado precedente “o atual regime legal de coligações nas eleições proporcionais tornou-se incompatível com a noção forte de mandato partidário no sistema proporcional”<sup>434</sup>. Assim, entregar os mandatos às coligações contrariaria o precedente, porque o precedente tornou inconstitucional o regime das coligações.

Portanto, para Gilmar Mendes, o precedente não se aplica ao caso das suplências. Todavia, a supressão das coligações orientada pelo precedente demanda uma série de reformas legislativas e elaboração de opções políticas ainda não concretizadas, que impedem a supressão das coligações de imediato. Deste modo, atualmente é preciso consignar que o regime das coligações é “ainda constitucional”<sup>435</sup>. Essa é uma segunda posição notada no Tribunal.

O Ministro Ayres Britto, de outro lado, inaugura terceira posição, pois diferentemente daqueles que compreendem que o precedente se aplica ao caso e, também, diferentemente de Gilmar Mendes, que entende que a aplicação do precedente ao caso determinaria a exclusão das coligações, o Ministro Britto alerta que o precedente não se aplica ao caso, por não ter com ele relação. Para o julgador, o mandato pertence ao partido em uma situação muito específica que é a questão da fidelidade partidária e, essa conclusão, nada tem de identificação com a questão do preenchimento de suplência: “... o mandato pertence ao partido e ao candidato (...) para fins de fidelidade eleitoral, só para esse fim. É outro tema, não tem nada a ver com o preenchimento de vaga por suplentes”<sup>436</sup>. O voto está consoante ao posicionamento de Celso de Mello, para quem, muito embora o Tribunal já tenha se pronunciado a respeito de diversas questões importantes pertinentes ao regime das eleições proporcionais, sobre a questão em debate, nunca se posicionou, o que impediria a aplicação do precedente com o fundamento da decisão: “considerados os fundamentos que deram suporte a tais julgamentos o Plenário do Supremo Tribunal Federal não apreciou, neles, o tema concernente à ordem de convocação dos suplentes na hipótese de coligações partidárias”<sup>437</sup>.

Marco Aurélio, por fim, adere ainda a uma quarta tese diferente. Entende que o mandato é do partido, inclusive para a questão da suplência, que tal decorre do precedente exarado no MS 26602 e que o fato de a Presidência do Congresso Nacional conferir a posse da suplência ao candidato mais votado da coligação, e

---

<sup>434</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 125.

<sup>435</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 125-126.

<sup>436</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 131.

<sup>437</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 156.



não do partido, configura afronta direta a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal “começo lastimando os tempos estranhos vivenciados no Brasil e refiro-me a circunstância de decisões deste Tribunal não serem respeitadas (...) por um órgão como é a Câmara dos Deputados”<sup>438</sup>. Marco Aurélio foi voto vencido, tendo deferido a segurança, para assegurar ao partido a vaga de suplente.

O que se demonstra com a indicação de todos esses votos, é que muito embora exista uma preocupação do Tribunal com a verificação de seus precedentes e coerência das suas decisões, uma preocupação de cada Ministro em explicar como o precedente se aplica ou não ao caso, não existe um método ou uma maneira uniforme de compreensão e interpretação do Tribunal a respeito da sua própria jurisprudência. O fenômeno é agravado, como bem nota Silva, pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ser um órgão em que se uniformiza apenas o resultado, não existindo um dever de coerência na fundamentação dos votos, pois cada Ministro registra um posicionamento independente<sup>439</sup>.

Se o Tribunal não possui uma visão institucional a respeito de um tema, se torna difícil notar no acórdão qual é o posicionamento do Tribunal e, portanto, qual é o precedente. Provavelmente os Ministros que participaram do caso julgado em análise (MS 30260) terão dificuldade de interpretar o precedente que acabaram de gerar, no futuro, porque efetivamente para cada Ministro a decisão possui fundamentação diversa<sup>440</sup>. Esse não é um problema propriamente relacionado a questão da avaliação dos precedentes, é um problema que advém da própria estrutura de julgar do Supremo Tribunal Federal, na qual os Ministros pouco interagem<sup>441</sup>. De qualquer forma, resulta em acórdãos internamente incoerentes que dificultam a interpretação futura e aí sim, se tornam um problema propriamente relacionado a ideia de coerência. A crítica é lançada por Silva: “é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale como instituição, de forma clara, objetiva, institucional e, sempre que possível, única”<sup>442</sup>.

Dworkin ao trabalhar com a noção de coerência entre os julgados anteriores e futuros, direciona o que seria mais relevante na análise do passado, para produzir decisões coerentes no presente e sugere o recurso a parâmetros da interpretação

<sup>438</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 146.

<sup>439</sup> SILVA, Virgílio Afonso. **O STF...**, p. 217.

<sup>440</sup> Idem.

<sup>441</sup> “... é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas”. SILVA, Virgílio Afonso. Ibidem, p. 219.

<sup>442</sup> Ibidem, p. 211.

literária para alcançar esse mister. Uma das colocações do autor, nesse viés relevante, incita que o julgador importe-se com a criação coletiva do direito que existiu antes dele “ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente”<sup>443</sup>. Isso porque, o autor alerta que em algumas situações, como a apreciada, caberá ao julgador escolher entre várias teorias sobre o significado de uma decisão anterior.

Então, Dworkin reflete sobre a possibilidade de mais de uma interpretação com relação ao ajuste da história doutrinal ao caso julgado. Assim como um poema comporta muitas leituras, também dois princípios diferentes podem encontrar fundamento em um mesmo caso<sup>444</sup>. A solução proposta por Dworkin está na teoria substantiva:

... os juízes desenvolvem uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões de que dependerá a interpretação em casos específicos e chamam isso de filosofia política<sup>445</sup>.

Günther também auxilia na compreensão da situação e na solução do impasse. A máxima da integridade de Dworkin, conforme indicado por Günther, é o tratamento coerente dos princípios, destinando aos casos iguais terapêutica igual, o que exige “em cada decisão a respeito de normas jurídicas, um exame coerente”<sup>446</sup>. Portanto, não se trata de averiguar uma norma isolada ou um determinado excerto de voto de caso precedente, mas de criar uma interpretação que consiga um contexto de justificação abrangente<sup>447</sup>. Se a ideia de integridade corresponde a tratar os casos iguais de forma igual é preciso primeiramente definir o que é um caso igual.

Para além de definir se efetivamente o caso indicado como precedente vincula o caso analisado, também é preciso ter em consideração a participação do senso que cada juiz individualmente volta à questão:

---

<sup>443</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão...**, p. 238.

<sup>444</sup> Idem.

<sup>445</sup> Ibidem, p. 241.

<sup>446</sup> GUNTHER, Klaus. **Teoria...**, p. 408.

<sup>447</sup> Ibidem, p. 411.

... o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do direito, do qual dependerá cada aspecto da sua abordagem da interpretação incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência<sup>448</sup>.

Assim que, parece, na linha mencionada pelo autor, a concepção que cada Ministro apresenta a respeito do sistema político nacional influencia a sua posição com relação a aplicabilidade do precedente no caso. A Ministra Carmén Lúcia, por exemplo, que defende a aplicação do precedente tratando coligações como partidos, parte da constatação de que as coligações são saudáveis ao sistema eleitoral brasileiro: “tem se mostrado na prática um eficiente instrumento para aumentar o valor e a visibilidade das agremiações partidária menores...”<sup>449</sup>. De outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual o precedente teria determinado a eliminação das coligações, execra o instituto: “as coligações proporcionais (...) acabam transformando esses partidos de menor expressão em legendas de aluguel para os partidos politicamente dominantes”<sup>450</sup>. O Ministro Marco Aurélio, voto divergente, aclarou que pretendia proteger o mandato ao partido, pois “a coligação no Brasil não é norteadada por similitudes de programas partidários”<sup>451</sup>. Ou seja, a compreensão do precedente parece depender da compreensão de outras questões, que estão para além do âmbito jurídico.

Defende-se aqui que a análise de precedentes deve fixar-se, primeiramente, em uma elaboração detalhada da jurisprudência como um elemento complexo, na forma recomendada por Dworkin, fugindo à averiguação de um precedente de maneira isolada. Depois, sugere-se que o precedente indicado verse efetivamente sobre matéria correlata e situação fática semelhante, o que apenas poderá ser descoberto pela análise completa de todas as implicações do caso julgado. Por fim, caracterizando-se situação diferenciada (fática ou contextual) abre-se margem para a superação do precedente, preservando-se, de qualquer maneira, as expectativas

---

<sup>448</sup> Idem.

<sup>449</sup> MS 30260, 27.04.2011, p.16.

<sup>450</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 112.

<sup>451</sup> MS 30260, 27.04.2011, p. 151.

justificadas dos jurisdicionados<sup>452</sup>. O precedente não deve servir apenas como mecanismo retórico de apoio das conclusões pré-determinadas.

#### 4.2.2 A pretensão de universalidade da decisão: ADI 4274

Conforme mencionado no capítulo anterior, para que uma decisão possa ser considerada coerente com o sistema normativo, é necessário que para além de respeitar as orientações anteriormente emitidas sobre o tema, também tenha em conta a preocupação com a sua aplicação posterior. Ou seja, é necessário que o julgador realize um exercício de adivinhação, com relação ao precedente criado, conjecturando se os termos nos quais está sendo fixado poderão ser aplicados aos casos semelhantes que eventualmente surjam no futuro. A decisão deve ter pretensão de universalidade, não pode ser uma decisão idiossincrática, cuja orientação não é válida para os casos de maneira geral<sup>453</sup>. A compreensão deriva basicamente das colocações de Alexy, enquadrando-se como uma das regras básicas do discurso prático em geral “(1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes”<sup>454</sup>. O argumento poderá ser mais bem explicado pela análise do julgamento da ADI 4274.

A ação direta de inconstitucionalidade versada, proposta pela Procuradoria Geral da República, tinha como objetivo obter interpretação conforme do dispositivo legal que tipifica o crime de apologia às drogas, haja vista que tal legislação estaria sendo utilizada para fundamentar a proibição de manifestações favoráveis à legalização ou descriminalização de entorpecentes. A interpretação inconstitucional estaria afrontando o direito à liberdade de expressão, direito à liberdade de imprensa e direito de reunião. A discussão é interessante na medida em que incitou debate

---

<sup>452</sup> As recomendações aqui infirmadas podem ser encontradas na obra de Alexy. Segundo o autor menciona, para a utilização dos precedentes duas regras podem ser utilizadas: (i) se um precedente pode ser citado favoravelmente ou contrariamente a uma decisão, deve ser usado e (ii) quem deseja utilizar o precedente, deve ter o encargo da argumentação pertinente. E “é certo que os argumentos práticos gerais representam um papel essencial nessas situações. Mas, a parte disso, todos os argumentos adicionais possíveis no discurso jurídico são admissíveis”. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 262.

<sup>453</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 346.

<sup>454</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 187.

entre os Ministros com relação à extensão dos fundamentos da decisão e os perigos que eventual má delimitação da *ratio decidendi* poderia causar no futuro. Explica-se.

O relator, Ministro Ayres Britto, votando pela procedência da ação, fixou o entendimento de que o direito à informação é absolutamente necessário à comunicação humana e a liberdade de reunião viabiliza a obtenção de informação. Ademais, a liberdade de reunião admitiria, segundo a Constituição, única restrição, nas situações de reuniões com propósitos violentos: “a única vedação constitucional, na matéria, direciona-se para uma reunião cuja base de inspiração e termos de convocação revelem propósitos e métodos de violência física, armada”<sup>455</sup>. Assim, afirmou em seu voto, que no âmbito dos direitos fundamentais “quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja”<sup>456</sup> desde que o faça de forma pacífica e, ainda, que “tudo é franqueado ao ser humano no uso de sua liberdade de pensamento, de expressão e de informação”<sup>457</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, demonstrou preocupação com a fundamentação indicada no voto do relator e, em seu pronunciamento, afirmou que o direito à liberdade de reunião se trata de direito com reserva legal implícita, ou seja, direito que demanda outras restrições além daquelas previstas pela própria Constituição. Nesse sentido, para o que aqui interessa, questionou a fundamentação do voto exposto pelo relator, confrontando-a com precedente exarado pelo Tribunal, que teria considerado criminosa a expressão de ideias racistas:

...não me parece inclusive, a partir de algumas premissas que nós estabelecemos no caso Ellwanger – que se possa extrair do texto constitucional que toda e qualquer reunião pode ser permitida<sup>458</sup>.

Segundo o julgador, haveria uma incompatibilidade entre o decidido naquele caso (quanto à natureza criminosa da conduta de racismo mediante o exercício da liberdade de expressão<sup>459</sup>) e a conclusão agora encontrada pelo órgão jurisdicional, quanto a legalidade da defesa da legalização da maconha, também pela liberdade de expressão<sup>460</sup>. Gilmar Mendes ressaltou, assim, a importância da sua posição em

<sup>455</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 8.

<sup>456</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 9.

<sup>457</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 9-10.

<sup>458</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 17.

<sup>459</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82424. Siegfried Ellwanger versus Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 set. 2003. Disponível em: <TP://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 19/01/2013 .

<sup>460</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 18.

defesa da circunscrição do objeto da ação, argumentando que a *ratio decidendi* deveria ser bem delimitada, para que futuramente (em um exercício imaginativo da utilização do precedente criado) não surgissem defesas no sentido de que a liberdade de reunião não contempla limitação em relação ao conteúdo da manifestação:

... eu fico a imaginar, por exemplo, um grupo qualquer (...) que passasse a defender, Presidente, sem querer chocar, a pedofilia, a descriminalização da pedofilia. E aí dir-se-ia: é aceitável? Não é aceitável? Como nós vamos operar com essa idéia, se quisessem fazer uma reunião aqui na Praça dos Três Poderes com esse objetivo?<sup>461</sup>

A partir de então, o Tribunal demonstrou que não existiria uma posição dominante sobre o tema, sobre a aplicação do precedente, futuramente, para outros casos (como a passeata pela legalização da pedofilia, sugerida pelo Ministro). Ayres Britto mencionou que, segundo o voto apresentado, efetivamente a passeata pró-pedofilia seria possível, pois uma lei não pode blindar a discussão sobre o seu próprio conteúdo<sup>462</sup>. Celso de Mello concordou com a posição<sup>463</sup>. Luiz Fux, no entanto, argumentou que se trataria de outro caso difícil, mas que tal manifestação não passaria pelo teste de razoabilidade e proporcionalidade<sup>464</sup>. O Ministro Ricardo Lewandowski foi além argumentando que nesse caso então haveria um atentado contra a paz social<sup>465</sup>. O que ficou claro, unicamente, diante da provocação do Ministro Gilmar Mendes, é que o Tribunal apenas estava decidido com relação a liberação das passeatas relativas a discussão das drogas, mas não estava decidido sobre a liberação de passeatas para a defesa da descriminalização de outros tipos penais.

A importância da discussão está na consciência do Tribunal a respeito da delimitação objetiva dos fatores determinantes da decisão, como explicitado por Gilmar Mendes: "...talvez seja preciso ter um certo cuidado para deixar isso claro, a fim de que, a partir de fundamentos determinantes, não se extraia que há a possibilidade de um direito de características ilimitadas"<sup>466</sup>. Fixados os debates, o Tribunal decidiu de maneira unânime, mas especificando que, no caso, a viabilidade

<sup>461</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 20.

<sup>462</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 20-21.

<sup>463</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 21.

<sup>464</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 21.

<sup>465</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 21.

<sup>466</sup> ADI 4274, 23.11.2011, p. 24.

da reunião era cancelada, especificamente, para a defesa da descriminalização ou legalização de substâncias entorpecentes.

O dever de coerência do Tribunal com relação à sua jurisprudência, portanto, não se volta apenas para o passado. Um argumento bem colocado em uma decisão sobre casos difíceis deve ser um argumento possível de se repetir em situações semelhantes. Se o Tribunal está convicto de que, como afirmava o relator, quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja, desde que de forma pacífica, e aplica tal entendimento diante daqueles que pretendem discutir a legalização de uma determinada substância entorpecente, deve estar preparado para declarar que quem quer que seja, pode se reunir para o que quer que seja desde que de forma pacífica, diante daqueles que pretendam defender a descriminalização da pedofilia, ou do homicídio ou do estupro.

Se o Tribunal não está preparado para isso, deve delimitar de maneira mais clara a fundamentação utilizada, como de fato o fez, circunscrevendo que tal afirmação se aplica apenas aos casos de passeatas para a defesa da liberação de drogas. É o que se extrai da colocação de Alexy: “O princípio de justiça formal requer o cumprimento de uma regra que estabeleça a obrigação de tratar de certo modo todas as pessoas que pertencem a dada categoria”<sup>467</sup>.

Assim, indica-se pelo exemplo apresentado, que o precedente fixado precisa ser universalizável, ou seja, é preciso que se admita que o mesmo argumento se repita diante dos casos futuros semelhantes. É preciso tratar de maneira igual os casos iguais. Essa última afirmação depende, todavia, da possibilidade de delimitar aquilo que é igual e aquilo que é diferente. Alexy adverte, nesse sentido, que nunca dois casos serão absolutamente idênticos, a chave estará em descobrir diante das diversas diferenças, quais são as diferenças relevantes<sup>468</sup>.

Portanto, da análise dos casos exemplificativos da importância do critério da integridade e da coerência extrai-se que o dever de análise de precedentes não depende apenas de um esforço do intérprete na interpretação dos casos anteriormente analisados, mas principalmente no esforço do Tribunal de confeccionar decisões claras com relação ao posicionamento tomado e suas razões. Aqui, a análise depende do estudo de outros fatores, pertinentes aos julgados do Supremo Tribunal Federal, como a formula da deliberação do colegiado e busca por

---

<sup>467</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação...**, p. 219.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 259.

um entendimento unívoco com relação às razões e não apenas ao resultado. De outro lado, vislumbrou-se, também, que a boa determinação das razões e da compreensão do Tribunal em um caso, auxilia no cumprimento da coerência em relação à aplicação do precedente em casos futuros. Conjecturando sobre eventuais situações que poderão ser submetidas ao mesmo entendimento é possível antecipar conflitos e melhor delimitar o precedente. De mesmo modo, o exercício da adivinhação previsto pela universalidade evita a elaboração de decisões idiossincráticas que apenas tem aplicação diante da situação julgada.

#### 4.3 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA: ADI 4167 E ADI 4543

O último critério indicado por Barroso como relevante para a determinação de um argumento racional ou aceitável em uma decisão judicial para casos difíceis, volta-se para a análise das consequências que essa decisão pode ter no plano da realidade. Mediante tal critério o autor busca um meio termo entre a posição que entende que as consequências não interessam ao Judiciário, que apenas deve preocupar-se em produzir uma decisão adequada ao direito, e a posição que defende que para além do direito a decisão deve pautar-se por fins, podendo ter como exclusiva fundamentação as consequências que pretende alcançar<sup>469</sup>.

O tipo de consequencialismo proposto, como já indicado, se diferencia de outros tipos de defesa de decisões pautadas por consequências (como o utilitarismo ou a escola econômica do direito), pois não se volta a um único critério de avaliação possível, como o prazer ou a satisfação de preferências. É um consequencialismo que se pauta pelas consequências jurídicas, pelas implicações que a decisão poderá gerar praticamente e como essas implicações se adequam ou não a um estado esperado pelos padrões constitucionais<sup>470</sup>.

Os casos trabalhados a partir de agora aclararão a complexidade da posição referida. A ideia é, assim como no tópico anterior, indicar a partir da leitura do acórdão completo, argumentos presentes nos votos dos Ministros que possam exemplificar a importância do critério anunciado. Assim, da apresentação de

---

<sup>469</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 347.

<sup>470</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 139.



argumentos consequencialistas<sup>471</sup> utilizados pelos Ministros, se comentará se são bem empregados e como a sua correta utilização pode contribuir para uma decisão mais bem fundamentada<sup>472</sup>.

Trabalhar-se-á com duas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI 4167 e a ADI 4543. No primeiro caso, segundo o que aqui interessa, discutia-se a constitucionalidade da Lei nº.11738/2008, especialmente naqueles dispositivos<sup>473</sup> em que determinava a criação de um piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, vinculado a uma jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, especificava que este piso estava atrelado ao vencimento inicial do profissional (não contabilizando, portanto, vantagens e promoções) e, ainda, prescrevia que no máximo 2/3 (dois terços) da jornada de trabalho do professor poderiam ser destinados a atividades de interação com o educando. Os Estados Membros, propositores da ação, argumentavam como tese mais relevante, que a legislação determinaria o aumento de contratações e de pagamentos que não poderiam ser custeados segundo o orçamento em disposição. O caso é relevante, porque provocou nos Ministros o debate sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal deixar-se influenciar por argumentos de ordem econômica, diante da análise da constitucionalidade de uma norma.

O outro caso a ser analisado, ADI 4543, versava sobre a inconstitucionalidade da Lei nº. 12034/09, que determinava para as próximas eleições nacionais a instalação do sistema de voto impresso em complementação ao sistema de voto eletrônico. O Congresso Nacional argumentava que a questão era política e teria sido devidamente debatida e votada no Parlamento. A Procuradoria

---

<sup>471</sup> Argumentos consequencialistas, aqui, são na mesma perspectiva de Arguelles “razões para a tomada de uma decisão específica a partir da avaliação dos possíveis efeitos desta decisão”. ARGUELLES, Diego Werneck. Op. Cit., p. 05.

<sup>472</sup> O debate sobre a adoção de uma postura consequencialista pelo Supremo Tribunal Federal tem sido notado na doutrina, como demonstra Falcão: ““Eu sou atento às consequências das minhas decisões!”, disse Barbosa. “Todos nós somos!”, respondeu Mendes. Essa aparente concordância retórica encobre um necessário debate. Na verdade, o mundo judicial, aqui e alhures, está dividido entre consequencialistas e formalistas”. FALCÃO, Joaquim. **Empatias e Consequencialismos no STF**. Folha de São Paulo. 25. Mai. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/empatias-e-consequencialismos-no-stf>>. Acesso em 19/01/2013.

<sup>473</sup> Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio (...) § 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais. (...) § 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Geral da República alegava que o voto impresso colocaria em risco o sigilo do voto. No que aqui importa, com relação ao juízo das consequências da decisão, o acórdão é relevante, porque nele se discute a importância de preservar fundamentos normativos, ainda que os fundamentos consequencialistas sejam consideráveis.

#### 4.3.1 A análise de consequências como fundamento relevante: ADI 4167

A causa em comento lança um desafio sobre a questão da análise das consequências da decisão. Isso porque se ocupa da tradicional discussão sobre os limites entre a constitucionalidade de uma medida e a viabilidade prática e financeira desta mesma medida se tornar efetiva. A essa temática normalmente se responde afirmando que o magistrado não deve realizar avaliação política, bastando que verifique a questão jurídica referente a constitucionalidade, mas, em demandas julgadas por Tribunais Constitucionais, especialmente em ação objetiva com efeitos *erga omnes*, o juízo sobre a constitucionalidade pode estar explicitado, exatamente, nos efeitos possivelmente advindos da decisão<sup>474</sup>.

No caso, depois de o Congresso Nacional exarar legislação determinando um piso salarial nacional aos professores da educação básica, vincular esse piso salarial à determinada jornada de trabalho e ao vencimento inicial (sem contabilização de vantagens), alguns Estados insurgiram-se perante o Supremo Tribunal Federal, argumentando que o cumprimento da medida resultaria desequilíbrio financeiro tamanho, que poderia prejudicar políticas públicas cujo orçamento já estaria programado. A decisão, então, pela constitucionalidade da legislação, poderia ser correta, do ponto de vista técnico-jurídico, mas suas consequências a tornariam inconstitucional, porque o desequilíbrio orçamentário afetaria, inclusive, a posição de independência dos Estados no sistema federativo. De outro lado, o Congresso Nacional argumentava que o cumprimento da norma era viável (afinal os Estados a teriam aprovado por seus senadores) e as consequências práticas advindas da declaração da sua constitucionalidade não poderia ser outra

---

<sup>474</sup> “O fato é que decisões do STF têm impactos diferentes em segmentos sociais diferentes - por renda, educação, sexo, religião, ideologia etc. Não são para todos iguais. Avaliar as consequências de suas decisões é mais do que uma inevitabilidade para o juiz. É fator de responsabilidade e legitimação do próprio tribunal”. FALCÃO, Joaquim. Op. Cit., s/p.

senão a esperada valorização da educação e dos profissionais da área correspondente.

O relator dos autos, Ministro Joaquim Barbosa, ponderou em sua fundamentação a verificação das consequências que a decisão poderia causar. Segundo ele, ao declarar a inconstitucionalidade da norma, com relação à vinculação entre piso salarial e jornada de trabalho, o Tribunal estaria arriscando a criação de distorções regionais e a potencialização do conflito judicial. De outro lado, ao declarar a constitucionalidade da norma, o Tribunal corresponderia para o fortalecimento e aprimoramento dos serviços educacionais públicos<sup>475</sup>.

Nesse voto, é relevante notar: a análise consequencialista, para o relator, tem importância em relação ao contexto social, tanto que afirma votar pela constitucionalidade, considerando que a consequência desse voto é a valorização do ensino e que a consequência de voto contrário seria o acirramento das desigualdades regionais. Todavia, diferentemente, com relação à análise de consequências voltadas ao impacto no orçamento, Joaquim Barbosa impõe limitações, afirmando que esse tipo de análise e previsão, dependeria de dados específicos referentes aos exercícios financeiros: “não é possível em caráter geral e abstrato presumir a falta de recursos”<sup>476</sup>.

O Ministro Luiz Fux vota em sentido similar, corroborando a argumentação de que a finalidade da decisão é a valorização dos profissionais da educação e que “a jurisprudência desta Corte não se sensibiliza com esses argumentos de natureza econômica para o fim de não declarar ou de declarar a inconstitucionalidade de lei”<sup>477</sup>. O Ministro Ricardo Lewandowski concorda com o posicionamento, argumentando que a apreciação do impacto orçamentário já teria sido devidamente realizada no Congresso Nacional<sup>478</sup>.

A divergência, que se pretende analisar, foi inaugurada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e pautou-se, também, em argumentos consequencialistas. O julgador, primeiramente, alertou para a relevância de uma circunstância prática que é a pobreza dos cofres estaduais e argumentou que considerando essa circunstância seria possível antever as consequências da decisão no plano fático: “é fácil adivinhar o resultado das medidas que (...) vão refletir no estado de penúria dos

---

<sup>475</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p.13.

<sup>476</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p.18.

<sup>477</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p. 21.

<sup>478</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p. 78.

estados”<sup>479</sup>. Para ele, caso os Estados sofram um abalo muito forte em suas economias, a legislação que tem como finalidade valorizar a educação poderia apresentar o resultado exatamente contrário:

...é claro que isso terá inevitável impacto sobre as finanças dos Estados, com resultados que podemos até projetar na prática. Pode ser que, no limite, venha a acontecer o que já acontece em determinados setores: uma impossibilidade de expansão dos serviços de educação. É uma das consequências básicas: a paralisia do sistema por impossibilidade<sup>480</sup>.

Ademais, ainda segundo o Ministro Gilmar Mendes, ao terem suas finanças desequilibradas, a tendência dos Estados é majorar os impostos o que seria prejudicial para a população: “Questiono como se aumenta receita de um ente federativo. Não é trabalhando mais (...) não é dormindo um pouco menos (...) O Estado, na verdade, obtém a sua receita de base tributária, aumentando tributo”<sup>481</sup>. Para o julgador, o Tribunal precisa estar atento as medidas forjadas com boas intenções, mas que na prática produzem efeitos perversos.

A posição divergente foi corroborada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, especialmente contrário ao fato de ter a legislação, partindo da União, vinculado Estados e Municípios, o que configuraria uma violação ao pacto federativo. De acordo com o posicionamento do julgador, o resultado do acórdão, na prática, seria a abertura de uma brecha jurídica para o exercício abusivo dos poderes da União, a criação de uma autorização para a violação da autonomia dos entes federados: “porque hoje se faz considerando o que apontei como uma bandeira nobre, a necessidade de voltar os olhos para a categoria profissional dos professores. E amanhã? Não sei o que poderá ocorrer”<sup>482</sup>.

A questão em debate no presente caso, com relação à análise dos resultados da decisão, não está em si na pertinência da avaliação das consequências do julgado, mas em que espécies de consequências uma decisão jurídica pode pautar-se. Verifica-se que os Ministros em seus votos ponderam quanto às consequências da decisão, todavia, existe uma diferenciação no tratamento da espécie de consequência. Enquanto juízos imaginativos referentes a possíveis consequências comportamentais são aceitos (como a valorização do

---

<sup>479</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p. 42.

<sup>480</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p. 42.

<sup>481</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p. 49.

<sup>482</sup> ADI 4167, 27.04.2011, p. 63.

trabalho do professor), juízos imaginativos referentes a impactos no orçamento não são considerados bons argumentos. Mas, ainda que se analisassem apenas as consequências comportamentais, no caso, uma dificuldade se manteria, afinal enquanto o Ministro Joaquim Barbosa previu como consequência da decisão a valorização do Professor, o Ministro Gilmar Mendes, como explicado, previu exatamente o efeito inverso.

A noção consequencialista que aqui se defende, inspirada pela doutrina de MacCormick, nega a distinção entre espécies de consequências a serem analisadas, porque nega que exista um critério último de valor relevante<sup>483</sup>. Assim, discorda da posição segundo a qual alguns critérios podem ser reconhecidos e outros não, como é a posição do Ministro Joaquim Barbosa. É contraditório, segundo essa perspectiva do consequencialismo, defender que a consideração dos efeitos da decisão, diante do provável acirramento das desigualdades regionais pela invalidação da legislação, seja uma consideração correta, enquanto que a consideração referente a quebra dos cofres dos Estados, no caso da manutenção da legislação, seja um consideração incorreta.

A premissa aqui adotada é a de que não existe um valor determinado a ser protegido, esse valor dependerá das circunstâncias fáticas e da celeuma jurídica em questão, como explica MacCormick: “Na medida em que o consequencialismo seja tomado de modo a incluir esse tipo de raciocínio focado em um único valor, há fundamentos adicionais para duvidar dele”<sup>484</sup>. É certo que o critério econômico não deve prestar-se a ser o único fundamento da decisão (assim como nenhuma consequência deve ser o único fundamento da decisão), mas ignorá-lo seria ignorar o dever de prudência e responsabilidade da Corte<sup>485</sup>. Portanto, nesse sentido, contrariamente ao que afirmou o Ministro Luiz Fux, a Corte não deve ser “insensível” aos argumentos econômicos. Um Estado Membro com deficiências financeiras é um prejuízo para a Federação e para os administrados. O argumento, portanto, não é puramente econômico.

Focalizar a decisão em critérios consequencialistas, sejam eles relacionados à economia, ao comportamento social ou ao diálogo institucional, é uma tarefa

---

<sup>483</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...**, p. 136.

<sup>484</sup> Idem.

<sup>485</sup> Idem.

complicada, porque sempre é complicado prever consequências a longo prazo. Veja-se, quanto à isto, MacCormick:

...projetos destinados a gerar certos estados de coisas falham frequentemente em virtude de efeitos colaterais não previstos (...) Juízes e juristas, ademais, são muito mal aparelhados para esse tipo de avaliação<sup>486</sup>.

Também, descartar o valor econômico, sob a argumentação de que a questão já teria sido discutida no Congresso Nacional não convém, porque tal argumentação seria suficiente, inclusive, para afastar qualquer espécie de controle de constitucionalidade das normas produzidas no Congresso Nacional, afinal, todas as outras questões trazidas pela legislação em análise, para debate no Supremo Tribunal Federal, também foram objeto de avaliação pelo Congresso Nacional.

A proposta de MacCormick é que se defina o critério a ser sopesado na análise de consequências, como um critério jurídico, que se importa com a consequência que a decisão trará para o comportamento das pessoas. Essas previsões são especialmente e reconhecidamente conjecturais, por isso costumam funcionar de maneira melhor diante de áreas nas quais as pessoas mais frequentemente pautam suas condutas pelo direito (direito tributário, direito notarial, direito empresarial)<sup>487</sup>.

O que se afirma então é que a análise das consequências será uma análise de valor e deve importar, na resolução do caso, os valores que orientam o sistema jurídico em questão:

A justiça que os sistemas jurídicos almejam assinala um papel central à preservação do respeito adequado por aqueles valores presentes nos arranjos entre as pessoas e na aplicação de tutelas e penas adequadas quando estes são violados<sup>488</sup>.

Então a análise das consequências também deve estar relacionada a análise da preservação dos valores jurídicos mais relevantes. No caso, por exemplo, para desconsiderar a análise do impacto financeiro alguns argumentos foram relevantes, como o argumento de que a própria lei trazia um mecanismo de compensação, o argumento de que houve um tempo para a adaptação dos Estados

---

<sup>486</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>487</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>488</sup> Ibidem, p. 150.

ao novo sistema e o argumento de que outras classes de servidores recebem vencimentos muito mais elevados e à elas não se opõe a situação de penúria dos cofres públicos. O que se quer afirmar, portanto, é que o argumento consequential econômico pode ser afastado por outros argumentos, mas não pela afirmação de que é um argumento consequentialista a ser desconsiderado, porque defende o valor econômico.

Em suma, a ideia de consequentialismo que se apresenta, determina que as consequências práticas da decisão devem ser colocadas em análise, não existindo, em princípio, qualquer valor mais importante ou determinante, uma vez que também isso deve ser definido de maneira argumentativa. Conclui-se, pois, com MacCormick:

... os valores contra os quais devemos testar as consequências jurídicas são aqueles que o ramo do direito em questão considera relevante. E se essa for uma resposta excessivamente abstrata, lembrem-se do papel que o constitucionalismo ou o respeito a uma Constituição<sup>489</sup> como o fundamento escrito de um corpo político teve em *Marbury v Madison*.

Do exemplo citado destaca-se, então, que uma decisão não deve pautar-se em uma análise exclusivamente voltada a sua correção no plano abstrato, voltando às costas a realidade na qual os efeitos da decisão terão de repercutir. De outro lado, a análise consequentialista não se presta a excluir qualquer valor jurídico de sua consideração, não tendo também o objetivo de fundamentar a decisão na consecução de uma finalidade pré-determinada. O magistrado deve estar atento as consequências que podem advir da decisão por ele tomada e, para tanto, deve considerar essas consequências a partir dos valores constitucionais que defende, não excluindo de antemão qualquer argumento sem ponderá-lo e rechaçá-lo por outro argumento.

#### 4.3.2 A importância de fundamentos jurídicos para além da análise de consequências: ADI 4543

Explicou-se, desde o terceiro capítulo, que a defesa consequentialista é uma defesa de tese intermediária. Parte do pressuposto de que uma decisão não

---

<sup>489</sup> Ibidem, p. 152.

deve ser pautada apenas em sua correção técnica, mas, também, não deve ser pautada apenas na defesa dos fins que pretende atingir. Ou seja, uma decisão precisa estar tecnicamente amparada no direito, mas não deve ser indiferente aos efeitos práticos que pode resultar.

No caso analisado no tópico anterior, intentou-se demonstrar a importância da análise de toda espécie de consequências. Não basta que o Tribunal declare a constitucionalidade da norma, que é num primeiro plano compatível com o Texto Constitucional, sem tomar em consideração que os impactos reais da decisão podem torná-la, inclusive, contrária ao Texto Constitucional. Agora, a partir da análise do caso debatido na ADI 4543, demonstrar-se-á que, de outro lado, mesmo que as consequências sejam de importância considerável, elas não se bastam para fundamentar a decisão, é preciso que tais consequências estejam acompanhadas de argumentos jurídicos que as corroborem.

Na ADI 4543 discutia-se a constitucionalidade de legislação criada pelo Parlamento, definindo o retorno do sistema de voto impresso nas eleições, em complemento ao sistema de voto eletrônico. A legislação mencionada explicitava que o voto impresso pela urna eletrônica se prestaria a conferência pelo eleitor por assinatura digital, o que favoreceria ao eleitor, por exemplo, lembrar em quem votou. A Procuradoria Geral da República atacava a legislação, argumentando que a possibilidade de conferência visual do voto em papel era também a possibilidade da violação do sigilo, além de que o voto impresso seria muito mais caro aos cofres públicos e atrasaria o tempo de votação e a apuração dos resultados.

No voto da Ministra relatora, entre outros argumentos, nota-se a importância conferida à eficiência do sistema de votação. Segundo afirma, uma tese relevante à defesa do sistema eletrônico seria a aplicação do princípio do não retrocesso, ou seja, uma vez alcançado um modelo de votação que assegura o direito de voto sigiloso, não se admitiria o retorno a modelo superado. As consequências da admissão da lei em debate seriam muitas: a necessidade de compra de impressoras novas, netbooks (acréscimo de R\$ 350 milhões), módulos impressores internos (R\$ 316 milhões), materiais de consumo para impressão do voto (R\$15 milhões), despesas de manutenção preventiva e corretiva<sup>490</sup>, o tempo para a efetivação do ato de votação seria alargado, o custo do voto seria acrescido e etc.

---

<sup>490</sup> ADI 4543, 19.10.2011, p. 19.



O Ministro Gilmar Mendes lançou uma contraposição ao tema. Segundo entende, ainda que concorde com os demais argumentos utilizados pela relatora, existiria uma complicação em utilizar o princípio do não retrocesso para determinar a impossibilidade de modificação da legislação, especialmente legislação destinada a regular questão técnica relacionada a matéria de eleições. Isso porque Gilmar Mendes afirma que as opções do ponto de vista financeiro, se mais ou menos onerosas, precisam ficar a cargo do legislador<sup>491</sup>. A consequência que pretende evitar, segundo ele, é a de que em casos futuros, em que se apresente ao Supremo Tribunal Federal outras regulamentações de ordem técnica (caso de pensões do INSS ou sistema de monitoramento de rodovias, por exemplo), se compreenda equivocadamente que a temática de custos está inserida no âmbito do controle de constitucionalidade<sup>492</sup>.

Ou seja, o Ministro indica que a consequência da decisão seria prejudicial, pois lançaria um princípio segundo o qual “verificar se uma opção legislativa é mais ou menos onerosa cabe ao controle judicial” e essa decisão, reiterada e muitas vezes repetida, inclusive na esfera do controle de constitucionalidade difuso, não se poderia sustentar diante da separação de poderes. O raciocínio empregado pelo Ministro Gilmar Mendes se aproxima do raciocínio descrito por MarCormick, utilizado pelo Juiz Lord Coleridge, quando diante de um caso em que dois naufragos mataram a um terceiro alegando que necessitavam comer sua carne para sobreviver, o magistrado negou-se a acatar a tese da defesa de que a necessidade justificaria o assassinato. Segundo ele, fixando essa posição, criaria uma cobertura jurídica para crimes atrozes, porque da decisão proferida extrair-se-ia o princípio de que em situações de necessidade é possível entre três pessoas, duas escolherem quem deve morrer<sup>493</sup>.

Essas são consequências jurídicas. Implicações da decisão medidas de forma probabilística, referentes aos resultados da aplicação da própria decisão de maneira reiterada. Talvez, diante da afirmação consolidada no caso “o judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de uma medida por ser mais custosa que outra que lhe antecede” os poderes políticos alterassem sua forma de atuação. Por exemplo, sabendo que o Judiciário determinará a invalidade de legislação que opta

---

<sup>491</sup> ADI 4543, 19.10.2011, p. 46.

<sup>492</sup> ADI 4543, 19.10.2011, p. 46.

<sup>493</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica...*, p. 140.

por um determinado procedimento mais oneroso, quando exista procedimento menos oneroso (sabe-se isto pela análise do princípio que a decisão em análise firmou), é possível que o legislador acabe por escolher sempre o procedimento menos oneroso (temendo a invalidação judicial de outra escolha), o que poderia resultar em procedimentos menos sofisticados, na supressão do debate a respeito do procedimento, na aniquilação da substantiva competência do Legislativo para tomar decisões a respeito de procedimentos. O julgador deve preocupar-se com os comportamentos que possam advir da decisão proferida.

Por isso a importância de que o argumento não esteja, como de fato no caso não está, pautado apenas no critério consequencialista, referente à eficiência e a onerosidade, como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes: “depois- sabemos bem- isso sai nas nossas ementas e no dia seguinte alguém estará citando isso como um critério definitivo, inclusive, de interpretação”<sup>494</sup>. Veja-se, que no caso, contrapõe-se uma consequência e outra. Visando atender a consequência prática referente a eficiência e economia do processo de votação, arbitra-se a inconstitucionalidade da lei que regulamenta o voto impresso. Para evitar que a fundamentação crie consequências indesejáveis nos padrões comportamentais dos juízes e legisladores, na elaboração e controle das leis sobre procedimentos, arbitra-se que a decisão precisa de outra fundamentação que não apenas a onerosidade e a eficiência.

Na situação versada a saída encontrada está no fato de que, além do princípio do não retrocesso, o voto da relatora Ministra Carmén Lúcia estava amparado em diversas outras premissas. Assim, deixou-se fixado que a invalidação da legislação não se dava em virtude da natureza mais custosa do procedimento por ela estabelecido, mas em virtude da possível quebra do sigilo do voto, proporcionada pelo sistema impresso. Pautou-se a decisão por outros fundamentos<sup>495</sup>.

Pensar nas consequências da decisão, portanto, não é apenas avaliar os impactos práticos diretos, mas, em harmonia com o critério da coerência, especialmente da universalidade, perceber os efeitos jurídicos do princípio fixado pela *ratio decidendi*, “as decisões não são justificadas em termos de seus efeitos

---

<sup>494</sup> ADI 4543, 19.10.2011, p. 50.

<sup>495</sup> Os argumentos consequencialistas devem ocupar posição de complemento e subsidiariedade: “eles entram em cena quando a discussão “estritamente jurídica” já se esgotou sem que tenha sido possível atingir uma resposta adequada ou determinar um critério para escolher dentre diversas respostas igualmente plausíveis”. ARGUELHES, Diego Werneck. Op. Cit., p. 09.

diretos e imediatos (...) mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o presente caso e seja disponível para os casos semelhantes”<sup>496</sup>.

Portanto, conclui-se da análise dos julgados proposta nesse tópico específico, com relação ao consequencialismo, que faz parte da atividade do magistrado, como conduta de responsabilidade, ponderar os efeitos práticos, os resultados e consequências que possam advir da decisão por ele proferida. Esse dever se agrava nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em virtude da abrangência dos seus efeitos, quer porque pode atingir diretamente um número considerável de situações, nas decisões proferidas com efeitos erga omnes, quer porque, mesmo em decisões no controle difuso, a lógica de precedentes tende a maximizar a aplicação do princípio formulado na decisão.

Para boa aplicação desse critério, é preciso primeiramente ter em conta que uma análise consequencialista nos moldes aqui propostos não se direciona a obtenção de um único valor, mas aceita a indicação das diversas possibilidades de resultado, vislumbrando os efeitos jurídicos que possam causar, favoráveis ou contrários aos intentos do ordenamento constitucional no qual estão inseridos. Depois, é preciso estar consciente de que a avaliação das consequências não é um processo autônomo, mas complementar, na fundamentação das decisões. Assim, uma decisão não se fundamenta unicamente pelos fins que pretende atingir, devendo estar também pautada em premissas jurídicas. A noção consequencialista de Barroso, amparada em MacCormick, é uma noção intermediária, que tem como finalidade inserir o magistrado na realidade em que as decisões por ele proferidas causarão impactos.

\*\*\*

O cotejo entre alguns casos relevantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal e os critérios indicados como pertinentes para o controle da qualidade argumentativa das decisões foi proveitoso, pois indicou pela redação dos votos dos

---

<sup>496</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica...*, p.138.

Ministros, como esses critérios têm sido mencionados e quais os principais problemas que a sua utilização pode enfrentar na prática da judicatura.

Com relação ao primeiro critério, a apresentação de premissa normativa que fundamente a decisão, percebeu-se que a dificuldade não está propriamente na sua utilização, mas na frequência da utilização de outras premissas, não normativas. Explica-se. Dos casos analisados está claro, pelos votos, que existe a preocupação dos ministros em apresentar premissa normativa que fundamente a sua escolha. Todavia, paralelamente a premissa normativa, premissas de outras ordens são inseridas, fragilizando as teses jurídicas, criando pontos vulneráveis e gerando desconfiança com relação a imparcialidade do julgamento. Premissas não normativas prejudicam a qualidade da decisão, são maus argumentos, portanto, e deveriam ser evitadas.

Outra situação é a verificada com relação a aplicação do segundo critério, que determina a observância da jurisprudência firmada e a possibilidade de reiteração da mesma solução em casos futuros semelhantes, por dever de coerência. Vislumbrando os julgados por esta perspectiva percebeu-se que a dificuldade do Supremo Tribunal Federal em proferir decisões coerentes no tempo, está estritamente relacionada a dificuldade de determinação da *ratio decidendi* do julgado paradigma. Sendo o Supremo Tribunal Federal um órgão que decide pela contagem de cabeças e não por unanimidade, a repetição da decisão acaba dependendo da interpretação que cada ministro confere ao precedente. O ideal seria que a motivação determinante de um determinado caso fosse objetivamente delimitada e que cada ministro a respeitasse independentemente da sua compreensão pessoal a respeito do tema. Isso impediria, inclusive, que se debatesse por diversas vezes o mesmo tema.

Por fim, com relação a aplicação do critério pertinente a verificação dos efeitos práticos da decisão, percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal ainda é relutante à tese, preferindo consignar em seus julgados que a decisão se toma somente pela sua correção e não pela consideração dos impactos que possa causar. Todavia, da leitura dos votos dos ministros está claro que tais consequências são sopesadas, especialmente quando os eventuais impactos são financeiros. A proposta é a de que se firme a importância da análise de consequências, todavia, sem a estipulação de um valor final a ser obtido pela decisão e, sempre consignando que a fundamentação calcada em fundamentos é

indispensável em qualquer decisão constitucional, não sendo suficiente a análise de consequências tomada como fundamento exclusivo.

## CONCLUSÃO

Da análise proposta, assumem-se alguns resultados, não exatamente definitivos, mas que se limitam ao objeto analisado e, especialmente, as premissas teóricas compartilhadas e aos casos julgados analisados. Eventualmente, partilhando de outras premissas (hermenêuticas ou sistêmicas, por exemplo), ou analisando outros julgados proferidos pelo mesmo Tribunal, as conclusões poderiam ser diversas. Essa afirmação pode parecer evidente, mas se faz necessária para que as conclusões aqui explanadas não pareçam demasiado pretensiosas. Fixa-se, portanto, que os resultados afirmados, dependem necessariamente dos meios. Assim, não se está a afirmar, genericamente, que o controle se exerce apenas pelos critérios indicados, nem que a não utilização dos critérios enseja necessariamente uma decisão equivocada, nem que o Supremo Tribunal Federal julga respeitando ou desrespeitando os critérios apresentados. As afirmações que serão feitas a partir de agora se limitam as premissas utilizadas e aos casos analisados.

O primeiro resultado constatado é quanto à necessidade de controle dos atos do Supremo Tribunal Federal. No Brasil, alguns fatores têm contribuído para que este Tribunal se depare com a obrigação de julgar questões constitucionais controversas e polêmicas. A Constituição vigente, na linha das constituições contemporâneas, evoca normas abstratas, contraditórias, compromissórias que exigem concretização. Os doutrinadores insistem que no pós-positivismo é possível concretizá-las mediante interpretação. A população, ciente dos direitos constitucionalmente assegurados e descrente da atuação dos poderes políticos, reclama, perante o Judiciário, a solução para os seus problemas.

Tudo isso implica débitos ao julgador. O Tribunal não pode furtar-se a prestar a tutela jurisdicional solicitada e nem pode prorrogar essa prestação. Mas, o Tribunal também não pode exorbitar os limites constitucionais da separação entre os poderes e nem ceder à opinião pública ou a mídia, desprestigiando a sua independência. O Tribunal é responsável pela resposta, mas não só isso, o Tribunal é responsável por demonstrar, por meio de argumentos, as razões que justificam a resposta apresentada, de acordo com o direito.

Assim, à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não basta que seja proferida pelo órgão competente constitucionalmente para tanto, também não basta que possa ser contrariada por legislação futura, nem basta que resolva a questão constitucional por um procedimento válido, obtendo voto da maioria dos seus membros. Para que essa decisão seja efetivamente legítima é preciso que se fundamente em bons argumentos, jurídicos, coerentes, consequentes e públicos, que sejam conhecidos e debatidos pela academia, pela mídia e pela população em geral. Esta é a primeira conclusão.

Justificar a decisão, numa perspectiva vinculada à teoria da argumentação, é fornecer razões que expliquem como é que diante de um ordenamento jurídico existente e uma situação fática descrita, chegou-se a conclusão de que a solução a que se adere é uma boa solução. Para justificar uma decisão, portanto, em um Estado de Direito Constitucional, não é necessário imiscuir-se e nem livrar-se das opiniões e impressões pessoais (contexto de descoberta), mas é necessário conseguir adequar a decisão ao ordenamento constitucional pertinente apresentando razões potencialmente aceitáveis por todos. Em algumas situações essa tarefa é relativamente simplificada, quando os fatos apresentados estão imediatamente descritos em uma norma aplicável. Mas, em outras situações, em que os fatos são controversos, existe mais de uma norma aplicável ou não existe norma aplicável, a tarefa de justificação se torna mais complexa.

De qualquer forma, o ato de decidir não é um ato de mera vontade do julgador e nem é um ato de mera aplicação de um método. O ato de decidir é um ato de sopesar e criar razões que de acordo com o ordenamento e o caso sejam capazes de convencer o auditório, quanto a sua possível correção. Quanto melhores as razões, mais sólida a decisão. Esta é a segunda conclusão.

Na tarefa de encontrar fundamentos e argumentos para as decisões a serem proferidas em casos difíceis, o magistrado precisa ter um norte. Para qualificar argumentos como bons ou ruins, constitucionais ou inconstitucionais, melhores e piores, é preciso ter em conta algum parâmetro válido. Esse parâmetro para a interpretação da Constituição, que não é trazido por ela própria, pode ser amparado pela doutrina. Barroso deu conta de alinhar três parâmetros relevantes, constantes das obras de Dworkin, Rawls, Gunther, Alexy, MacCormick, entre outros, sintetizando pontos a serem observados na decisão de casos difíceis, não pontos suficientes, mas pontos imprescindíveis: a utilização de premissas normativas, a

verificação da coerência entre os julgados, a análise das consequências jurídicas da decisão.

A terceira conclusão, portanto, se anuncia: decisões fundamentadas em premissas normativas são melhores que decisões fundamentadas em premissas religiosas, em premissas políticas, em atenção a opinião pública, em experiências pessoais, entre outras espécies de premissas não normativas. Decisões coerentes em relação aos julgamentos passados e que possam se aplicar em situações futuras semelhantes, são melhores que decisões casuísticas e particulares, que violam a segurança jurídica e a igualdade entre os administrados. Por fim, decisões consequentes, são melhores que decisões inconsequentes, ou seja, perquirir e conjecturar a respeito dos resultados práticos da decisão, é importante em virtude de um dever de responsabilidade do magistrado, assim, muito embora a decisão não deva ser tomada unicamente com a intenção de obter um fim prático, esse fim prático deve ser levado em consideração, quando possa desvirtuar a própria correção da decisão, gerando situação real contrária a Constituição.

A terceira conclusão, exposta no parágrafo antecedente, parece evidente e, de certa forma, é evidente. Os magistrados sabem que tem o dever de fundamentar juridicamente as decisões, que devem respeitar precedentes e manter uma jurisprudência uniforme, dentro do possível, e não pretendem que as consequências práticas das suas decisões, em atendimento a um dispositivo, contrariem outro. Todavia, na prática, alguns problemas no cumprimento desses ideais puderam ser notados.

Verificou-se que a utilização de premissas não normativas nos julgados, ainda que juntamente com premissas normativas, prejudica a compreensão da real motivação do julgador, fragiliza a fundamentação e levanta suspeitas quanto a imparcialidade dos votos. Por vezes, os julgadores mesmo se confundem com relação ao caráter determinante de tais premissas, como demonstrado no caso da ADC 29 e a importância do atendimento a opinião pública. Portanto, mesmo que tais premissas não façam parte da *ratio decidendi* deve-se evitá-las, porque desnecessárias. Esta é a quarta conclusão.

Verificou-se, também, que é muito complicado seguir precedentes e imaginar a aplicação futura de um precedente no momento em que ele é criado, quando não se tem certeza do teor do precedente que se criou ou se cria. É necessário que, mesmo em um órgão colegiado, em que cada ministro tem uma



posição, a voz exarada pelo Tribunal seja uma só, seja a voz de uma instituição. É necessário que os diversos votos proferidos sejam efetivamente debatidos e a solução adotada deliberada, para que seja conhecido o precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal e não por cada um dos ministros isoladamente. Nessa linha a quinta conclusão só pode ser a de que a coerência dos julgados depende da intenção dos magistrados de alcançar um consenso e da delimitação clara e explícita da *ratio decidendi* de cada julgado.

A derradeira conclusão refere-se ao terceiro critério, sobre a análise das consequências do julgado. Aqui, relevou-se que o Tribunal teme que uma análise consequencialista, especialmente com relação à verificação das condições financeiras de cumprimento da decisão, impliquem a recusa ao cumprimento das normas constitucionais. O Tribunal, assim, faz questão de deixar claro que o fato econômico não lhe direciona as decisões. A discussão sobre as consequências da decisão não pode limitar-se ao juízo econômico e nem pode excluí-lo. O Tribunal deve ser responsável para não proferir decisões praticamente inexecutáveis, porque isso desprestigiaria a ele próprio. Neste ponto, a solução é intermediária, juntando-se o amparo da fundamentação jurídica à viabilidade da realização prática. O argumento prático (seja ele econômico ou outro qualquer) embora não seja definitivo, deve ser considerado.

Não se fecha a discussão. Cada um dos critérios indicados, quando confrontados com outros julgados, devem resultar outros problemas, que resultariam outras propostas de solução a serem perquiridas. Também, é possível que outros critérios relevantes não tenham sido aqui sequer cogitados. A decisão jurídica em matéria constitucional não pode ser inexplicável e nem mal explicada. Tomando as recomendações de Barroso, tentou-se aqui auxiliar os intérpretes na tarefa de explicá-las. O mal entendido ou o não entendido prejudicam o entrosamento e o convívio. Quanto melhores os argumentos, melhor a decisão, mais fácil convencer-se dela e cumpri-la. Sabe-se que os critérios indicados não podem garantir uma decisão correta, mas podem dificultar uma decisão equivocada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonnable**: La justification en droit. Bruxelles: Story-Scientia, 1992.

AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Foundation of Legal Reasoning. **Rechtstheorie**, Vienna, n. 12, 1981.

ALEXY, Robert. Aleksander Peczenik : 1937-2005. **Doxa**, Alicante, n. 29, p.389-392, 2006. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/aleksander-peczenik--19372005-0/>>. Acesso em: 29/01/2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of Coherence and its significance for discursive rationality. **Ratio Juris**, v. 3, p.130-147, mar. 1990. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.1990.tb00076.x/abstract;jsessionid=88E869B%20740CA6A0CF48398B360B40371.d01t02?systemM%20essage=Wiley+Onli%20ne+Library+will+be+disrupte%20d+on+15+December+from+10%3A0012%3A00+GMT+%2805%3A0007%3A00+EST%2029+for+esse%20ntial+maintenance>>. Acesso em: 29/01/2013.

ALVES, Marco Antonio Sousa; FERES, Marco Vinício Chein. Racionalidade ou Razoabilidade?: Uma questão posta para a dogmática. **Revista da Faculdade de Direito**, Minas Gerais, v. 39, p.285-315, 2001. Disponível em: <[http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894189/Racionalidade\\_ou\\_razoabilidade\\_Uma\\_questao\\_posta\\_para\\_a\\_dogmatica](http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/894189/Racionalidade_ou_razoabilidade_Uma_questao_posta_para_a_dogmatica)>. Acesso em: 04/12/2012.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

ARGUELLES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsidios para uma compatibilização. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>>. Acesso em: 10/12/2012.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoria discursiva del derecho**: sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

ARNAUD, André Jean. **Critique de la raison juridique**. Paris: L.G.D.J., 1981.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Lady, 2003.

\_\_\_\_\_. **El derecho como argumentacion**. Barcelona: Ariel, 2006.

\_\_\_\_\_. **El sentido del Derecho**. Buenos Aires: Ariel, 2007.

\_\_\_\_\_. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa**, Alicante, n. 24, p.671-687, 2001. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/dox\\_a24\\_27.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/dox_a24_27.pdf)>. Acesso em: 07/12/2012.

\_\_\_\_\_. Entrevista à Aleksander Peczenik. **Doxa**, Alicante, n. 22, p. 660-670, 1999. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22\\_29.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22_29.pdf)>. Acesso em: 06/12/2012.

ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e Imunidade do Livro Eletrônico. In: **Revista Diálogo Jurídico**, v. 01, n. 5. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/12/2004.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de direito do estado**, Salvador, n.17, p. 01-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso em: 17/01/2013.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, Rio de Janeiro, v. 02, n. 21, p. 01-50, 2012.

\_\_\_\_\_. Conversas acadêmicas. **Os constitucionalistas**, 24 mai. 2010. Entrevista. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>> Acesso em: 17/01/2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Direito e política: a tênue fronteira. **Revista época**, São Paulo, 12. Jun. 2012. Caderno Justiça. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/ideias/noticia/2012/06/direito-e-politica-tenuedefronteira.html>>. Acesso em: 06/09/2012.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 10/12/2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 37, mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 633703. Leonídio Henrique Correa Bouças versus Ministério Público Eleitoral. 18 de Novembro de 2011. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em: 14/07/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4167. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 23 Nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>>. Acesso em: 17/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. AP 470. Ministério Público Federal versus José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 16 Dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11541>> Acesso em: 17/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. MS 26602. Partido Popular Socialista versus Presidente da Câmara dos Deputados e outros. Relator: Ministro Eros Grau. 04 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513855>>. Acesso em: 19/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 82424. Siegfried Ellwanger versus Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 19/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 29. Partido Popular Socialista versus Presidente da República e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4065372>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 106212. Defensoria Pública da União versus Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3985151>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4274. Procuradora Geral da República versus Presidente da República e outros. Relator:

Ministro Ayres Britto. 23 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691530>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança. MS 30260. Carlos Victor da Rocha Mendes versus Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. 30 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.Aspx?incidente=4014471>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4167. Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e outros versus Presidente da República e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa 24 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2645108>>. Acesso em 18/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4543. Procurador Geral da República versus Presidente da República e outros. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4019347>>. Acesso em: 18/01/2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos**. Sobre a ética pós-moderna. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

\_\_\_\_\_. **Legisladores e Intérpretes**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: Uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. Las transformaciones de la función del jurista em nuestro tempo. **Crítica jurídica**, Ciudad Universitaria, n. 17, p. 51-71, ago/dez, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. Repudiando Montesquieu? E expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4<sup>o</sup> Região**, Porto Alegre, v. 12, n. 40, p. 13-110, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Vol. 01, Padova: Cedan, 1938.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A revolução e o direito**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/RevolCN.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RevolCN.pdf)>. Acesso em: 06/09/2012.

\_\_\_\_\_. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2, Campinas: Bookseller, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam e SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista Estudos Jurídicos**, a. 16, n. 23, p. 176-197, 2012.

CLÈVE, Clêverson Merlin. **Presidencialismo de coalização e administração pública**. Disponível em: <<http://www.ninc.com.br/blog/2012/09/presidencialismo-de-coalizacao-e-administracao-publica/>>. Acesso em: 12/09/2012.

COELHO, Marcelo. **Pombos e urubus**. Folha de São Paulo. 26 ago. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/62810-pombos-e-urubus.shtml>>. Acesso em: 14/09/2012.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: Pietro Costa e Danilo Zolo (Orgs.). **O Estado de direito**. História, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Soberania, representação, democracia**. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CRISTO, Alessandro e CANÁRIO, Pedro. Opinião Pública não pode pautar decisões do judiciário. **Consultor Jurídico**, Influência temerária, 10 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-10/opiniao-publica-nao-pautar-decisoes-judicialo-dizem-especialistas>>. Acesso em: 17/01/2013.

DAHL, Robert. A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed., v. 2. Salvador: JusPodvim, 2009.

DUARTE, André. Hannah Arendt: a crise da política na modernidade. In. CODATO, Adriano (Org.). **Tecendo o presente**: oito formas de pensar o século XX. Curitiba: SESC Paraná, 2006. p. 51-66.

DUARTE, Écio Oto Ramos e POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição, 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

DUTRA, Delemar Volpato. Controle de constitucionalidade e separação de poderes em Habermas. In: PINZANI, Alessandro e DUTRA, Delemar Volpato (Orgs.). **Habermas em discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005. p. 80-93.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1991.

FALCÃO, Joaquim. **Empatias e Consequencialismos no STF**. Folha de São Paulo. 25. Mai. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/empatias-e-consequencialismos-no-stf>>. Acesso em 19/01/2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A formação da subjetividade jurídica moderna**: notas sobre a constituição de nosso direito. Disponível em: <[www.historiadodireito.com.br](http://www.historiadodireito.com.br)>. Acessado em: 20/07/2012.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del derecho en tempos de constitucionalismo. In: CARBONNEL Miguel. (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 159-186.

FUX, Luiz. **Meteoro da paixão**. O Globo, 16 jan. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/moreno/posts/2012/01/16/meteoro-da-paixao-426650.asp>>. Acesso em 19/01/2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo según John Rawls. **Araucaria**, Sevilla, v.7, n. 14, ago./dez. 2005.

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –

Setor de Ciências Jurídicas apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. **Doxa**, Alicante, n. 17-18, p.271-302, 1995. Disponível em: <<http://digital.csic.es/bitstream/10261/28949/1/Gunther%20-%20Velasco%20Doxa.pdf>>. Acesso em: 07/12/2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A política perdida**. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOWLETT, Michael. A dialética da opinião pública: efeitos recíprocos da opinião pública em sociedades democráticas contemporâneas. **Opinião Pública**, Campinas, v. 6, n. 2, p. 167-186, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

LUDWIG, Celso Luiz. Gadamer: a racionalidade da hermenêutica - contraponto à modernidade. In: Ricardo Marcelo Fonseca. (Org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, v. 1, p. 145-155.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Bastos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Edson Bini. 18 ed. São Paulo: Hemus, 2006.



MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, "As Lógicas do Direito e os Direitos da Lógica". In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito Tributário, Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 97-125.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, ROESLER, Cláudia Rosane e JESUS, Ricardo Antonio Rezende. A noção de coerência na teoria da argumentação de jurídica de Neil MacCormick. **Revista NEJ**, Eletrônica, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai-ago. 2011.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <[http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/luhmann\\_05.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf)>. Acesso: 19/12/2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Campus, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Revista de direito brasileira**, São Paulo, ano 02, jan./jun. 2012, p. 453-457. Entrevista.

MONTEIRO, Claudia Sevilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia\\_servilha\\_monteiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf)>. Acesso em: 06/12/2012.

NETO, Antônio Graça. Uma visualização da teoria de Aleksander Peczenik e da sua inserção no cenário contemporâneo da filosofia do direito. **Videre**, Dourados, ano 01, n. 02, p. 135-160, jul/dez. 2009.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NINO, Santiago Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

\_\_\_\_\_. **La constitución de la democracia deliberativa**. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. “Direito como integridade” e “Ativismo Judicial”: Algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[HTTP://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/Vie\\_wFile/33059/32237](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/Vie_wFile/33059/32237)>. Acesso em: 04/02/2013.

PERAZZOLI, Fernando David. Justificação interna e justificação externa da decisão judicial: um aporte garantista. **Revista da Esmesc**, Florianópolis, v. 14, n. 20, p. 175- 191, 2007.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Constituição, democracia e justiça**. Aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-35.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe e SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão jurídica em Niklas Luhmann**: operação, diferença e abertura. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2261.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf)>. Acessado em 09 de Dezembro de 2012.

PEREIRA, Jane Gonçalves. **O judiciário e a opinião pública**: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/jane-reis-goncalves-pereira>>. Acesso em: 15/01/2013.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: A nova retórica. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, 1996.

PIETRO SANCHES, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial In: CARBONNEL, Miguel. (Org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-positivismo sem trauma**: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-pos-positivismo-sem-trauma.pdf>>. Acesso em: 07/12/2012.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Sérgio Rene Madero Baez. México: Fondo de cultura econômica, 2006.

REGLA, José Aguiló. **Sobre derecho e argumentación**. Pablo de Mallorca: Leonard Muntaner, 2008.

SAMPAIO, Felipe. **Condenação de ex-dirigentes do banco rural cria jurisprudência**. Gazeta do Povo.09 set. 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1295260&tit=Cond>>

enacao-de-ex-dirigentes-do-Banco-Rural-cria-jurisprudencia>. Acesso em: 14/09/2012.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p.197-227, jan./abr., 2009.

SILVA, Virgílio Afonso e MENDES, Conrado Hübner. Entre a transparência e o populismo judicial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 mai. 2009. Caderno Opinião.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto e BAHIA, Alexandre Gustavo Mello Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 59. p. 61-88, dez. 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **A PEC nº 03/2001 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 17/01/2013.

\_\_\_\_\_. O STF e o “pomo de ouro”: contramajoritarismo ou não?. **Consultor Jurídico**, senso incomum, 12 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 06/09/2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229- 257, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, v. 2, n. 3, p. 154- 171, 2011.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

VEJA. **Brasil é 2º país com mais usuários no facebook.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/brasil-e-2o-pais-com-mais-usuarios-no-facebook-diz-site>>. Acesso em: 14/09/2012.

VELLOSO, Andrei Pitten. O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico. **Revista da Procuradoria Geral do Estado- RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 58, p. 9-34, dez./2003.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremos Poderes. **Estadão**, São Paulo, 5 ago. 2012. Entrevista.

VIGO, Rodolfo. Balance de la teoria discursiva de Robert Alexy. **Doxa**, Alicante, n. 26, p. 01-54, 1989. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD44747684.pdf>>. Acesso em: 07/12/2012.

VILLE, J. M. C. **Constitucionalismo y separación de poderes.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement.** Oxford Univ Press, 2001.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política.** v. 01. São Paulo: Ática, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitucion e teoria general de la interpretacion jurídica.** Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **História y Constitución.** Madrid: Trotta, 2005.