

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO

LACUNAS JURÍDICAS E DIREITO: A FUNÇÃO JUDICIAL ESTABILIZADORA DA
DECISÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DAS LACUNAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Paraná, como parte dos requisitos para
obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antônio Serbena

CURITIBA
2015

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO

LACUNAS JURÍDICAS E DIREITO: A FUNÇÃO JUDICIAL ESTABILIZADORA DA
DECISÃO JURÍDICA NO CONTEXTO DAS LACUNAS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Paraná, como parte dos requisitos para
obtenção do título de Doutor em Direito

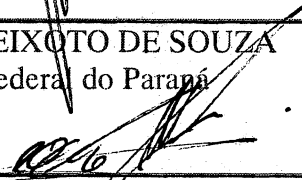
Aprovado em

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. ANTÔNIO MANUEL HESPANHA
Universidade de Lisboa

Prof. Dr. CLODOMIRO JOSÉ BANNWART JÚNIOR
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA
Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. RICARDO MARCELO FONSECA
Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. CESAR ANTÔNIO SERBENA (Orientador)
Universidade Federal do Paraná

Dedico este trabalho

A minha esposa Sabrina Santana Figueiredo Pinto Alberto, amiga, companheira de todas as horas, confidente, incentivadora em momentos difíceis, verdadeira parceira de vida; chata e ranzinza às vezes, mas sempre presente. Nada disso seria possível sem você: Te amo!

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Luz, fonte de todo o conhecimento e inspiração.

Agradeço a minha família, esposa e filhas, porque sempre tiveram paciência com a minha jornada acadêmica. Espero que assim prossigam, porque a jornada está distante do fim... Brincadeiras à parte, tenho em minha família o porto seguro para o trabalho, profissional e acadêmico, o que me fortifica a cada dia.

Agradeço aos meus pais, por auxiliarem decisivamente na formação do meu “eu”.

Agradeço aos meus amigos, Professores Doutores André Peixoto de Souza e Clodomiro Bannwart Jr. É uma honra poder contar com ambos em minha banca. Terei orgulho de no futuro dizer que fui avaliado por vocês. Ao André, agradeço ainda por ter em um sem-número de ocasiões debatido comigo sobre as várias propostas de tese e incentivado a todo instante o desenvolvimento do trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Cesar Antônio Serbena, que me incentivou a buscar a pesquisa jurídica cada vez mais verticalizada.

Agradeço ao Professor Doutor António Manuel Hespanha, verdadeiro referencial que tenho de acadêmico e ser humano.

Agradeço ao Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca, por aceitar participar da banca mesmo em temática diversa da que pesquisa.

Agradeço a Professora Doutora Vera Karam de Chueiri, por me incentivar a cursar o doutoramento e pesquisar o tema que resultou no presente trabalho.

Agradeço a Sadheja Irene Cezarotto, minha estagiária na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, que me auxiliou em muito nas pesquisas bibliográficas, formatação do trabalho e organização de todo o material. Espero poder contar contigo nos próximos projetos.

Agradeço a toda a minha equipe na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, no gabinete e secretaria, pelo incentivo e estímulo.

Agradeço ao meu amigo, Dr. Mário Ditrich Billieri, colega atuante na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Curitiba, por “cuidar da nave” nos momentos em que me fiz ausente para dedicação ao trabalho ora apresentado.

Agradeço a todos os Professores do Programa de Pós-graduação da UFPR, por verdadeiramente me formarem no período de estudo das disciplinas.

Agradeço aos colegas doutorandos e mestrandos, que sempre contribuíram nos debates e discussões em disciplinas.

Agradeço, ainda, à Secretaria do Programa de Pós-Graduação da UFPR, pela ajuda durante todo o curso.

A todos os que, direta ou indiretamente, auxiliaram na realização deste trabalho.

Compartilhemos a luz.

“Não preciso incomodá-lo com um discurso minucioso das quatro virtudes cardeais, é um caminho tão batido: mas eu lhe direi em poucas palavras, faça de uma delas, que é a Temperança, a Rainha de tudo o mais que existe dentro de você”.
(W. Shakespeare, em “medida por medida”)

RESUMO

O presente trabalho examina as lacunas jurídicas, axiológicas e normativas, propondo, ao final, metodologia para a colmatação no cenário jurídico. A partir da constatação da existência de cenários em que a metodologia dedutiva não se afigura apta a resolução de casos postos à apreciação do órgão investido na função judicante, sustenta-se a necessidade da formatação da estrutura interna da decisão judicial conglobando elementos de lógica e argumentação, especificamente para a resolução de lacunas. Esta tônica é desenvolvida com a partir do aporte teórico propugnado por Charles Taylor, cujo comunitarismo-liberal é analisado em conjunto com Autores situados no quadrante da filosofia da razão prática, em especial Frederick Schauer e Joseph Raz. Ao decorrer do trabalho, sugere-se também uma abordagem da função do Poder Judiciário voltada à estabilização de comportamentos e, no tocante às lacunas, a proteção do “framework”, conceito elaborado por Charles Taylor que resume a movimentação dinâmica da sociedade apreendida de forma dialógica pelo indivíduo. Ao final, é apresentada uma teoria-padrão e quatro variações com o escopo de colmatação de lacunas identificadas. O trabalho utiliza metodologia mista, ora dedutiva, ora indutiva, e raciocínio baseado em casos.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Lacunas jurídicas. Decisão judicial.

ABSTRACT

This paper examines the legal, axiological and normative, gaps, proposing methodology for clogging in the legal setting. From the finding of scenarios where deductive methodology does not seem able to decide cases put to the appreciation of the Judiciary branch, supports the need formatting the internal structure of the judicial decision with elements of logic and argumentation specifically for the resolution of gaps. This tonic is developed from the theoretical approach advocated by Charles Taylor, whose liberal communitarianism is analyzed together with Authors situated in the philosophy of practical reason quadrant, especially Frederick Schauer and Joseph Raz. In the course of the work, also suggested a judiciary function approach focused on the stabilization of behavior and, with regard to gaps, the protection of the "framework", concept developed by Charles Taylor summarizing the dynamic movement of society seized so dialogical by the individual. Finally, it presents a standard theory and four variations to the scope of clogging identified gaps. The work uses mixed methodology, deductive and inductive now, and case-based reasoning.

Key words: Legal argument. Legal gaps. Judicial decision.

RESUMEN

La presente tesis doctoral examina las lagunas, axiológicas y normativas, proponiendo una metodología para, en el escenario legal, llenarlas. Desde el hallazgo de escenarios en los que la metodología deductiva no parece capaz de decidir los casos sometidos a la apreciación del órgano investido de la función jurisdiccional, apoya la necesidad de formatear la estructura interna de los elementos de decisión con elementos de la lógica y la argumentación específicamente para la resolución de las lagunas. Esta tónica se desarrolla desde el enfoque teórico defendido por Charles Taylor, cuyo comunitarismo liberal se analiza en conjunto con los autores situados en la filosofía de la razón práctica, especialmente Frederick Schauer y Joseph Raz. En el transcurso de la obra, también se ha sostenido un enfoque de la función judicial involucrado en la estabilización de la conducta y, en cuanto a las lagunas, la protección del concepto de "framework" desarrollado por Charles Taylor, que resume el movimiento dinámico de la sociedad y el carácter dialógico de manifestación del individuo. Por último, se presenta una teoría estándar y cuatro variaciones con el reto de llenar las lagunas. El trabajo utiliza una metodología mixta, a veces deductivo, inductiva, y el razonamiento basado en casos.

Palabras clave: Argumentación jurídica. Las lagunas jurídicas. Decisión judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – DECISÃO JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO DEDUTIVA: MAIS DO MESMO?	29
a. O problema: motivação, racionalidade e decisão judicial	29
b. O Poder Judiciário e a motivação	50
1. Decisões estruturantes	50
2. Decisões intermédias	63
c. O porvir: Interessa-nos uma fundamentação radical?	67
CAPÍTULO 2 – ESTRUTURA INTERNA DA DECISÃO: LÓGICA E ARGUMENTAÇÃO	80
a. Estrutura interna da decisão judicial	80
b. Um passeio guiado pela lógica	95
1. Lógica formal (clássica).....	95
2. Lógica deôntica	106
3. Lógica paraconsistente	115
4. A argumentação jurídica: algumas propostas:	119
a. Neil MacCormick	120
b. Stephen Toulmin	132
5. Simbiose Lógica + Argumentação	139
CAPÍTULO 3 – LACUNAS JURÍDICAS E TOMADA DE DECISÃO	142
a. Normas, razão prática e decisão judicial	142
b. As lacunas e a razão prática: haverá um sistema completo e hermético?	151
b.1. Frederick Schauer	151
b.2. Joseph Raz	154
b.2.1. Sistemas institucionalizados: observações introdutórias – Uma análise preliminar	158
c. Schauer, Raz e lacunas – resenha crítica a partir da proposta deste trabalho	161
d. Lacunas e a dogmática	173
d.1. Lógica Fuzzy – a última fronteira?	191
CAPÍTULO 4 – TEORIA PADRÃO E VARIAÇÕES	196
a. Linhas gerais	196

b. Esquematizar a solução das lacunas?	196
c. O direito em ação	201
c.1. Lacunas constitucionais	202
c.1.1. Framework, regras e metodologia	208
c.2. Lacunas constitucionais – PRIMEIRA VARIAÇÃO	212
c.3. Lacunas constitucionais – SEGUNDA VARIAÇÃO	218
c.4. Poder Judiciário e função protetiva – TERCEIRA VARIAÇÃO	226
c.5. Lacunas axiológico-técnicas – QUARTA VARIAÇÃO	234
d. Natureza da teoria proposta	241
CONCLUSÃO	246
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	255

INTRODUÇÃO

Todo queijo suíço tem buracos.
Assim, quanto mais queijo, mais buracos.
Porém quanto mais buracos, menos queijo.
Logo, quanto mais queijo, menos queijo!

A temática das lacunas jurídicas envolve diversos assuntos correlatos. Não há como, por exemplo, discutir a eventual existência de imprecisões terminológicas na norma sem tratar da linguagem em si; examinar a completude do sistema sem investigar ambas as coisas: a completude e o sistema; ou, ainda, verificar como o Poder Judiciário se insere no contexto da formação da decisão judicial sem tratar das nuances do provimento decisório, sua estrutura e a função do aparelho judicante no âmbito social.

Estas questões, evidentemente, justificariam, cada qual, um trabalho autônomo, tamanha a envergadura de sub-questões e pontos a abordar. No presente estudo, todavia, optou-se por concatená-las de maneira a que as hipóteses mencionadas em cada capítulo, os problemas correspondentes e a tese proposta pudessem restar claras.

Nessa toada, a movimentação que ao decorrer do estudo foi apresentada levou a uma teoria-padrão de colmatação de lacunas axiológicas e normativas e quatro variações, em que aportes da lógica foram conglobados com a argumentação jurídica; e, imbricando ambos, logrou-se obter proposta metodológica que permite reunir alguns eixos teóricos que poderiam em princípio restar distanciados: filosofia e pragmática, lógica e argumentação, decisão judicial e sociedade e, principalmente, tomada de decisão e estabilização de comportamentos.

Esta junção de temas que em primeira visada poderiam restar afastados entre si não consubstancia, claro, uma espécie de ponte de ouro que liga as dificuldades inerentes à decisão judicial e a sua definitiva solução; talvez, em verdade, possa representar uma tentativa de propiciar no quadro da argumentação racional a prolação de decisões com maior atenção tanto aos pensamentos em fluxo constante na sociedade, como também às justificativas que permitam ao jurisdicionado compreender e controlar melhor o provimento em si.

A fim de sintetizar propedeuticamente o raciocínio e apresentar o trabalho, nesta oportunidade serão indicadas explicitamente as hipóteses pesquisadas em cada capítulo a partir dos problemas enunciados e, bem assim, sua correlação com a tese exposta.

No primeiro capítulo, a hipótese é a limitação da metodologia dedutiva como maneira de solução de litígios na forma como hodiernamente apresentados no âmbito social. Com efeito, partindo da casuística narrada em que a um senhor idoso foi garantido judicialmente o direito de morrer sem a interferência da ciência, observa-se que a argumentação por dedução externalizada por silogismo não soluciona, entre outras questões: a) os dilemas constitucionais; b) as dificuldades de definições no contexto da Carta Constitucional; c) as dificuldades de definições na legislação infraconstitucional; d) as decisões estruturantes; e) as decisões intermédias; f) as decisões aditivas; g) as decisões que reconhecem a derrotabilidade.

O nó górdio, nestes casos, não é o silogismo em si, mas a insuficiência da metodologia decisória com a qual se acostumou a lidar e esperar em ambiente formalista. Por outro lado, o Poder Judiciário que se limita a resolver casos com lastro nesta metodologia se revela apartado do “framework” social, que, como se verá, constitui a estrutura não-visível que promove a ligação da movimentação social às razões para a ação que ensejam comportamentos decisórios vinculantes, quer emitidos pelo Poder Judiciário, quer pelo particular.

Ainda no primeiro capítulo serão destacadas a importância da linguagem e como a gramática, com apoio em Joan-Carles Mèlich, pode figurar como instrumento de dominação. O objetivo desta alusão será o de demonstrar como o horizonte de significados previamente estabelecido ao longo de toda uma construção linguística pode ser captado, trabalhado e utilizado quer para fins de dominação, quer para a tomada de decisão como possível solução, acaso introduzido no ambiente judicial por intermédio de uma metodologia apropriada, para solução de lacunas e racionalização das decisões em geral, inclusive daquelas para as quais o silogismo não mais consubstancia a solução definitiva.

O conceito de “Constituição viva” utilizado, entre outros autores, por David Strauss parece bem representar a captação destes horizontes de significados e a sua introdução no cenário jurídico a partir de uma metodologia que viabilize a prolação de decisões sem que subjetivismos, particularismos, emotivismos ou argumentos defeituosos de forma geral possam assumir o controle. Evidentemente, este caminho não é indene de

críticas, como as mencionadas ao longo do capítulo por Willian Rehnquist, Roberto Gargarella e Bruce Ackerman. Por outro lado, mesmo a materialização desta concepção por meio de técnicas decisórias de curso livre nos Tribunais está sujeita a críticas, como o demonstrou Juan António García Amado ao aludir criticamente à proporcionalidade e às formas de linguagem.

Uma inicial proposta de solução talvez pudesse vir à tona pela epistemologia, como demonstrado ao transcorrer do texto do primeiro capítulo, não fosse o fato de que até mesmo esta tem dificuldades em trabalhar com valores, neutralidade e definições semânticas. O terreno parece mesmo bem árido e difícil de ser trabalhado, o que motiva correntes como as do emotivismo filosófico, “Critical Legal Studies”, intuicionista e outras a incorporar abertamente valores, emoções e ideologias no contexto da elaboração das decisões judiciais e, com isso, propiciar um resultado jurídico que garanta maior transparência ao jurisdicionado. Seria, no entanto, isso verdadeiro?

O capítulo primeiro demonstra o desacerto destas vertentes para fins de argumentação racional e, ainda, como também se afiguram insuficientes para solucionar casos de lacunas ou situações-limite tais as supramencionadas.

Além disso, tanto o aparelho público como os agentes de mercado e o cidadão em geral clamam pela racionalização do sistema decisório, capaz que se apresente de garantir comportamentos esperados tanto em seara pública como particular, a fim de que os planos de vida, políticos e econômicos possam ser idealizados e trilhados por sendas seguras, não sujeitas a ineditismos ou soluções *ad hoc*. Diante deste apanágio de ideias, fica claro que a insuficiência da metodologia subsuntiva decisória se situa para além apenas do movimento dialógico de racionalização da linguagem, encontrando na razão prática uma possível estruturação para a formulação de enunciados decisórios.

Ao problema destacado no capítulo, portanto, responde-se com a hipótese da insuficiência da metodologia dedutiva como forma de solução de conflitos no caso de lacunas, ou outras situações para as quais a mera subsunção não represente o ponto final da refrega. Mas, como enquadrar as soluções para estas dificuldades no âmbito da decisão judicial? Este é o problema apresentado no capítulo segundo, ao qual se propõe a hipótese de imbricação da lógica e argumentação com o objetivo de estruturação interna da decisão.

No segundo capítulo, a partir do caso real do engenheiro brasileiro – que faleceu e, aparentemente, objetivava que seu corpo permanecesse congelado à espera de uma futura

e incerta solução médica dada pela ciência para fazê-lo convalescer/voltar à vida, ensejando, com isso, disputa judicial entre as irmãs, uma objetivando mantê-lo em criogenia e as demais enterrá-lo –, demonstra-se que a lógica, quer em sua feição clássica, quer não-clássica, não confere, só por si, soluções para casos em que imprecisões terminológicas se somam à ausência de disciplina normativa acerca de determinado assunto.

Com apoio em Luis Recaséns Siches, observa-se que em realidade desde o século XX, na Alemanha, França, países britânicos, Estados Unidos e América-Latina, muito havia sido escrito a respeito da insuficiência da lógica aplicada para fins de interpretação jurídica, quer em sua faceta de criação, quer de funcionamento e individualização do direito. Propostas efetivamente não faltaram: Luis Recaséns Siches, Fritz Schreier, Eduardo García Maynez figuram entre vários autores que abriram caminho para o inicial estudo das lacunas e a apresentação de metodologia de colmatação. A concepção fenomenológica de Schreier autoriza o sujeito cognoscente a figurar como co-criador da norma, podendo, por si só e independentemente do ordenamento, preencher eventual vazio normativo ou dubiedade axiológica, o que, no âmbito do presente trabalho, constitui amparo ao marco teórico de base, Charles Taylor, e a ideia de “framework”. Eduardo García Maynez, por sua vez, contribui procurando encontrar na justificação do estatuto objetivo a essência do que considera princípios diretores do ordenamento em si; e, com isso, embasar uma primeira abordagem do que, em capítulo sequencial, virá a ser descortinado por Frederick Schauer, a justificativa subjacente das regras.

Assim é que a partir deste primeiro contato com ideias que perpassam à filosofia da linguagem, o capítulo trabalha a diferenciação entre razão prática e teórica, a fim de demonstrar que em casos como o narrado, como o corpo do engenheiro em criogenia, a razão prática deverá ser chamada a atuar. Esta vertente será apenas anunciada no capítulo segundo, porém desenvolvida com maior vagar no capítulo terceiro. A sua alusão no capítulo segundo tem como objetivo apenas mencioná-la como forma de permitir a solução de questões que se situam para além da razão teórica. Contudo, tendo em linha de conta que o problema do capítulo segundo e a sua correspondente hipótese perpassam pela imbricação lógica e argumentação jurídica, centra-se atenção neste viés teórico, relegando a anunciada razão prática para momento posterior.

De qualquer sorte, a mera alusão a um momento deontológico torna imprescindível a rápida menção a algumas teorias da justiça, utilizadas no estudo tão

somente para mostrar a dificuldade que também neste campo se faz ver para alocação de valores no âmbito da linguagem utilizada pela norma. Assim é que teorias utilitaristas, libertárias, republicanas e liberais-igualitárias e, no campo da eficiência, também aportes da “Law and Economics” são mencionados, conquanto em breve escorço, para suscitar a questão da introdução de valores no campo duro e indelével do raciocínio lógico aplicável ao direito.

A sequência do trabalho sugere um passeio guiado pela lógica, examinando inicialmente a lógica clássica em sua faceta delimitada pela teoria da decisão judicial como justificativa interna, isto é, aquele momento da elaboração da decisão em que há a preocupação de, por meio da busca de conclusões garantidas pelas premissas, defenestrar argumentos defeituosos, desapegados a uma esquemática formal, ou triviais.

Ocorre que mesmo a lógica clássica ostenta suas perplexidades, incapazes de conferir resolução às lacunas. O dilema de Jørgen Jørgensen, por exemplo, revela-se virulento sob o aspecto da lógica formal, atacando-a em seu manancial, o dever-ser; e, se prevalecente, ferindo-a mortalmente até mesmo enquanto elemento racional de utilização corrente em quaisquer áreas afetas ao direito. Tentativas foram empreendidas no sentido do salvamento da lógica formal – Alf Ross, Kalinowski, Dubislav, Alchourrón e Antonio Martino são exemplos de autores que lidaram com a temática –, mas talvez apenas Georg Henrik Von Wright e a ideia das proposições normativas apartadas das normas possam consubstanciar verdadeiro antídoto para o dilema que soçobra a lógica enquanto tal.

No trabalho, o objetivo da alusão ao escólio de Von Wright é o de, explorando a diferenciação entre normas (desprovidas de fundamentos veritativos e eminentemente prescritiva) e proposição normativas (dotadas de fundamento veritativo e eminentemente descritiva), viabilizar um início de metodologia para preenchimento das lacunas, destacando-se que a ausência de norma não inviabiliza que uma solução, positiva ou negativa ao pleito formulado, seja encontrada a partir da proposição normativa e as suas consequências.

E, neste momento, advém a ligação entre a teoria da norma e a teoria da decisão judicial. Considerando a possibilidade de extração de consequências positivas ou negativas do pleito inicialmente formulado a partir das proposições normativas, estará o juiz operando a partir do “framework” previamente identificado por intermédio da movimentação social. O trabalho sustenta que não há como sequer cogitar da existência de um ordenamento

normativo independente e desapegado aos “frameworks” sociais, posicionando-se no sentido de que sempre existirão valores de fundo aos quais o sistema normativo vigente deverá observância, não sob pena de invalidade, senão de não se legitimar enquanto produto de concepção social. E esta estrutura não visível da sociedade, o “framework”, pode ser captada e trabalhada a partir da razão prática, matéria desenvolvida no capítulo terceiro.

Ainda no âmbito do capítulo segundo, examina-se como, uma vez identificada a existência de uma estrutura não-visível em constante movimento na sociedade e a sua importância para a decisão judicial, este elemento pode ser introduzido na confecção da decisão judicial sem deixar espaço para argumentos defeituosos.

A lógica formal não viabiliza por si só uma metodologia apta a tanto, de modo que se faz necessário recorrer às lógicas não-clássicas, em primeiro lugar explorada a lógica deôntica, atuante justamente no espaço deixado pela lógica clássica, a delimitação de modais que não se encerram aos aspectos aléticos: os modais deônticos, que, no trabalho, afastam-se do sistema padrão deôntico sugerido por Von Wright, encontrando na lógica deôntica diádica a formatação para a estrutura que ao final do trabalho será sugerida no cerne da metodologia de preenchimento de lacunas: o *modus ponens* deôntico diádico.

Como oportunamente mencionado no corpo do trabalho, trata-se de uma correção de rota na argumentação por dedução, agora com aporte deôntico e capaz de viabilizar uma abertura aos “frameworks” que emanem da sociedade; e sua necessária imbricação às teorias da argumentação como forma de conferir racionalidade à decisão em si.

Há, todavia, situações em que mesmo a esquemática ora sugerida não prescinde de ulterior auxílio. A questão das variações de graus decorrentes de expressões (em sentido não-lógico) corriqueiramente utilizadas no âmbito jurídico representa um desses pontos nodais, em que a lógica deôntica necessita do recurso à lógica paraconsistente para determinação de significados e significantes quando utilizadas expressões como boa-fé, dignidade da pessoa humana; razoabilidade etc.

A despeito, contudo, de definida a formatação da justificativa interna da decisão, necessário trabalhar não apenas a sua justificativa externa, assim como a delimitação de ambas no contexto do provimento estatal decisório. Para atingir os intentos, duas teorias são sugeridas, cada qual ostentando peculiaridades que justificam a sua

introdução nesta etapa do trabalho: as teorias cunhadas por Neil MacCormick e Stephen Toulmin.

Importante destacar que estes Autores não constituem referenciais primários ou secundários para o alcance do escopo pretendido pelo trabalho; são, mais bem, referenciais de passagem que, dadas as peculiaridades das teorias que propugnam, amoldam-se à metodologia sugerida, tornando visível e faticamente perceptível a racionalização da decisão. Representam, em verdade, arcabouço teórico que se prestará, ao final, a lastrear o formato sugerido para preenchimento das lacunas.

Observe-se, aliás, que a utilização de referenciais de passagem não infirma a existência de marcos teóricos primários e, como no caso do presente trabalho, secundários; antes, prestam-se a concatenar o raciocínio que do aporte teórico destes emana, rearranjando eventuais distorções que, ao objetivo deste texto, não prescindem de considerações externas.

O capítulo finaliza respondendo ao problema inicial da imbricação necessária entre lógica e argumentação, confirmando a hipótese positiva. Uma vez definida a estrutura da decisão judicial, interna e externa, tendente à solução das lacunas, resta, contudo, examinar as lacunas em si e, igualmente, com base em qual direcionamento deverá operar o intérprete, o que remete ao problema a ser resolvido no terceiro capítulo e a sua correspondente hipótese: Poderá o intérprete, juiz ou não, utilizar-se da razão prática como direcionamento para tomada de decisões? A hipótese que examina este problema acena positivamente.

O terceiro capítulo se inicia destacando alguns casos em que lacunas axiológicas e normativas restam claras. O primeiro diz respeito às placas que geral são colocadas em repartições públicas no Brasil proibindo a entrada de pessoas estranhas. Neste caso, “pessoas estranhas” deve ser delimitado a fim de que a regra possa incidir à completez, situação similar encontrada no caso da “cerveja sem álcool” somente no mundo jurídico, conquanto o contenha no plano fático.

Situações de lacunas normativas são exemplificadas e trabalhadas neste capítulo a partir dos casos da limitação de número de Parlamentares municipais definida pelo Supremo Tribunal Federal em momento prévio à Emenda Constitucional n.º. 58/2009 e da determinação judicial emanada pelo 14º Juízo do Trabalho do Distrito Federal no sentido da instalação de aparelhos de ar-condicionado em ônibus de linha.

Em todos os casos, identificada a lacuna, procura-se investigar com base em quais aportes foram tomadas as decisões correspondentes. Um primeiro diagnóstico, lançado em tese e sem apoio nos casos aludidos por Manuel Atienza e Neil MacCormick, demonstra a clara necessidade de a decisão judicial, já delineada em aspectos internos e externos, levar em conta elementos pragmáticos, ou consequencialistas, em que dados empíricos, técnico-científicos, da atualidade ou de qualquer forma relacionados à razão prática venham à tona.

Para alcançar este intento, dois marcos teóricos são preponderantes. Frederick Schauer e Joseph Raz, utilizados no trabalho para consolidar a necessidade de observância da razão prática – em complemento, não superação da filosofia da linguagem – para levar a cabo o processo de tomada de decisão.

As contribuições de ambos os Autores são inúmeras. Frederick Schauer, identificando na justificativa subjacente das regras a visualização e complementação do caráter sub-ótimo do regramento, permite que a regra seja trabalhada do social ao normativo, sem que com isso descambe para vertentes comunitaristas. Trata-se, pois, de uma espécie de redirecionamento teórico do comunitarismo (ainda que liberal) externado pelo filósofo Charles Taylor em sua concepção de “framework” iterativas vezes chamada à baila no presente trabalho. Por igual, ao identificar as nuances sub e super-inclusivas que podem ser verificadas no regramento, Schauer confere ligação direta da razão prática ao “framework” Tayloriano, de sorte a permitir que o decisor empreenda a tomada de decisão a partir da movimentação existente no corpo social e, ainda, dada a razão prevalecente que utilizará, sua decisão ostente caráter vinculante.

A proposta sustentada por Schauer coincide, em parte, com o propugnado neste trabalho. Em suas palavras alhures descritas, diante de uma ausência de certeza semântica, deve-se indagar qual a justificativa subjacente da regra, o que decorre da correlação entre a formulação semântica da regra e a divergência extensional. Não sendo possível chegar-se a uma solução definitiva que aclare o ponto de incerteza, toma-se a justificativa de segunda ordem que, para Schauer, permite a abertura do sistema a fatores que lhes são externos, como políticos, econômicos etc.

Como assinalado no capítulo – e importante que se destaque já nesta oportunidade –, este ponto da teoria de Schauer pode parecer um momento de ausência de racionalidade, já que, conquanto construa pensamento a partir da razão prática para afastar

a divergência extensional da regra de natureza sub-ótima, parece abrir o flanco ao final da proposta teórica para fatores subjetivos e externos. Esta primeira análise, como demonstrado ao decorrer do texto, revela-se equivocada, na medida em que a abertura postulada neste momento teórico consubstancia a oportunidade para o que o intérprete afira, em mesmo nível, os elementos externos à regra e, sob o pálio da teoria da interpretação, verifique qual razão prevalecerá.

Esta contribuição liga diretamente a justificativa subjacente da regra ao “framework”, situando, ainda, o intérprete em posição de protagonismo para o alcance da solução final e ótima que consubstanciará a razão prevalecente; e mais, deixando evidente o caráter vinculante da sua escolha, já que, como abordado no capítulo quarto, nada mais haverá a se ponderar, ou definir.

Resta verificar qual então seria a participação do Poder Judiciário neste cenário. Essa contribuição advém do pensamento de Joseph Raz que, em que pese parta de pressupostos teóricos e marcos diferenciados aos de Frederick Schauer, também examina a tomada de decisão a partir da prevalência de razões para ação; e, ainda, encontra na teoria dos sistemas jurídicos o posicionamento do Poder Judiciário no quadrante das escolhas afetas à tomada de decisão.

Assim é que Raz elabora divisão de sistemas normativos em: i) sistemas de normas interdependentes; ii) sistemas de validade compartilhada; iii) sistemas autônomos; iv) sistemas institucionalizados, observando que o Poder Judiciário se insere no sistema institucionalizado, operando como instituição primária capaz de emitir provimentos decisórios vinculantes ainda que errados.

Existe toda uma divergência tratada no capítulo acerca da adjetivação sugerida por Raz (vinculantes, ainda que “errados”), importando nesta oportunidade tão somente deixar alinhavado que a sua inserção do Poder Judiciário como instituição primária que emite provimentos decisórios vinculantes apresenta ao menos duas vantagens bem claras: a) em princípio, viabiliza conceber que o Poder Judiciário está legitimado a emitir provimentos a partir de razões preponderantes para determinado caso; b) credencia, por outro lado, o Poder Judiciário a resolver divergências semânticas e/ou ausência de normas a partir da compreensão social que faz das razões que devem prevalecer.

Esta visão legitima o Poder Judiciário como instituição competente para solucionar lacunas axiológicas e normativas, porque estará atuando da mesma forma e com

base no mesmo procedimento de tomada de decisão que o faria o particular acaso defrontado com semelhante situação, sendo ambos os provimentos, do particular ou do Poder Judiciário, vinculantes, já que oriundos das razões que, por prevalentes, afastam quaisquer outras para a hipótese em tema.

De acentuada importância, em dada altura do transcurso do trabalho, observar que vinculação não se confunde com coerção. O fato de que tanto o particular, como a instituição primária emitam provimentos vinculantes, inclusive entre si, não garante aquele a utilização do aparelho coercitivo de que somente dispõe o Estado. Há, claro, diferença em ambas as coisas: vinculação pode ser garantida, mas a somente poderá fazê-lo quem ostente poder de coerção, o que é, como regra, afastado do particular.

Em seguida, o capítulo terceiro apresenta algumas propostas teóricas existentes na teoria geral do direito e filosofia jurídica a respeito da metodologia para preenchimento de lacunas. Autores como Carlos Alchourrón, Eugênio Bulygin, Genaro Carrió e Sebastián Soler e as suas correspondentes propostas teóricas são mencionados a fim de tentar empreender diferenciação entre o motivo das regras, a precisão terminológica a partir da linguagem jurídica ou natural e, principalmente, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, discutido, entre outros, por Fernando Atria e Eugênio Bulygin.

A respeito deste ponto, o presente trabalho adota uma perspectiva que também encontra na razão prática a explicação adequada: a de que o Poder Judiciário ostenta função estabilizadora de comportamentos sociais. A matéria é abordada com maior vagar no quarto e último capítulo, mas no capítulo terceiro já se afigura possível perceber a discordância aos pensamentos no sentido de que ao Poder Judiciário restaria a missão de salvaguardar as regras primárias, de ceifar conflitos, ou de garantir a paz social. Estas funções são, evidentemente, importantes, mas não o que caracteriza o Poder Judiciário enquanto elemento decisor. A estabilização de comportamentos, por outro lado, garante a isonomia de funções entre o provimento decisório e a lei (ambos pretendem estabilizar comportamentos), legitima a instituição a extrair da sociedade o principal elemento que utilizará para solução de litígios (o “framework”) e, ainda, obsta ineditismos ou soluções *ad hoc* que se prestariam mais a desestabilizar o sistema e a sociedade do que estabilizá-los.

O capítulo terceiro trabalha, ainda, com duas propostas teóricas bem dissonantes entre si para fins de solução de lacunas: a inteligência artificial e a lógica fuzzy.

A inteligência artificial vem representada por diversos sistemas operacionais descritos por Henry Prakken e que objetivam ora decidir a questão controvertida, ora apresentar parâmetros e argumentos para que o decisor externo o faça, ora testar as possíveis soluções, ora até mesmo empreender análise inerente à derrotabilidade de regras aparentemente incidentes nos casos. Os sistemas: i) “Taxman Project”, materializados pelo Taxman I e Taxman II; ii) “issue spotting”; iii) “Prolex system”; iv) “Argumentator”; v) “CABARET System”; vi) “HYPO system”; e vii) “CATO system” são lembrados e descritos como formas de se alcançar, a partir da inteligência artificial, a solução de lacunas axiológicas e normativas.

A todos, entretanto, verificam-se os óbices da ausência de identificação e valoração do “framework”, incertezas acerca do resultado final, ou, o que é trabalhado pela lógica fuzzy, impossibilidade de trabalhar a variação em graus do elemento linguístico terminológico utilizado com frequência no campo das regras.

A lógica fuzzy é mencionada como solução teórica para a definição das expressões que variam em graus enquanto utilizadas no discurso jurídico. Admitindo graus de verdade, sustentando que uma proposição possa variar desde totalmente falsa até totalmente verdadeira, não se baseando em números, mas em palavras, utilizando-se de modificadores (alto, pequeno, muito pouco) e, ainda, tomando probabilidades linguísticas como provável e improvável que variam de grau 0 a 1, a lógica fuzzy representa decisivo auxílio na colmatação de lacunas.

O seu uso, contudo, a exemplo da lógica paraconsistente, revela-se excepcional e, de fora parte as dificuldades que apresenta (e são descritas no texto), não prescinde dos demais elementos metodológicos até então trabalhados no trabalho, eis que, por si só, também não resolve à suficiência a questão a que se propõe, a variação de graus de expressões imprecisas.

Nesse cariz o capítulo terceiro se encerra. Ao problema outrora lançado, no sentido da utilização da razão prática para tomada de decisão pelo intérprete, juiz ou não, deixa-se claro que sim, a partir dos marcos teóricos sugeridos os elementos acessórios destacados ao longo do texto.

Por fim, o quarto capítulo apresenta o seguinte problema: como esquematizar a solução para preenchimento das lacunas a partir dos aportes teóricos apresentados? A esta

questão, soma-se a acessória indagação acerca da natureza da teoria lançada, se descritiva, prescritiva, ou epistemologicamente neutra.

A fim de responder ao primeiro questionamento e com isso testar a proposta teórica apresentada, são apresentados casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, compondo a feição padrão da teoria e quatro variações.

A feição padrão da teoria é descrita em passos (quatro passos) e ilustrada por meio de gráfico, testada à luz do julgamento da Ação Diretas de Inconstitucionalidade n.º. 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 132/RJ, em que o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, para o fim de compreender abrangido pelo conceito de família também as uniões estáveis homoafetivas e, portanto, aplicar símile tratamento tocante às uniões estáveis heteroafetivas. A linha argumentativa desenvolvida pelos Ministros votantes foi descrita no que se afigurava pertinente com a proposta teórica levada a cabo pelo trabalho e contrastada com os elementos metodológicos sugeridos.

A primeira variação é testada à luz do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 54/DF, em que o Supremo Tribunal Federal deliberou a respeito da possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo; e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 3.510/DF, em que questionada a constitucionalidade do art. 5º da Lei Federal n.º. 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, ademais de estabelecer condições para essa utilização.

A segunda variação é testada à vista do julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 603583/RS, em que o Supremo Tribunal Federal analisou a arguição de inconstitucionalidade do exame da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteada por bacharém em direito que, tendo colado grau em 2007, não logrou êxito na prova que lhe habilitaria para atuar profissionalmente como advogado.

A terceira variação tem como casuística-teste o RESp. n.º. 1.291.247/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que recém-nascido poderia sofrer dano moral se violado em seu direito à personalidade.

Na oportunidade, a partir do questionamento acerca da possibilidade de a instância primária, valendo-se de seus aportes teóricos e internos, substituir-se ao diretamente afetado na percepção do seu correspondente direito, ou interesse malogrado, em tese, pela conduta tida como ilícita, destaca-se a importante função do Poder Judiciário: de proteção do “framework” após a sua identificação.

Essa função protetiva, conforme se pôde discorrer ao transcórrer do capítulo, representa uma nova feição da atuação do Poder Judiciário, que não mais se atém à proteção de regras primárias, eliminação de conflitos, ou busca da paz social; ao revés, com apoio na razão prática, deve o Poder Judiciário, sem descurar, evidentemente, das demais funções, focar sua atenção na estabilização de comportamentos, de maneira a que, evitando decisões *ad hoc*, ineditismos ou subjetivismos calcados em emoções, possa, tal qual o intento do instrumento legislativo, garantir ao cidadão a ciência prévia acerca do comportamento a ser trilhado pelo seu concidadão, o aparelho público, ou agentes de mercado.

A função judicial estabilizadora não está correlacionada a ativismos, embora não o afaste, tampouco, sob óptica contrária, a posicionamentos conservadores. Não se trata de ideologia assumida, explícita ou implicitamente, pelos Julgadores, senão apenas a ciência de que o processo de tomada de decisão na esfera judicial ou não é o mesmo, amparado pela razão prática, que deve preservar comportamentos e expectativas já assumidas.

Sob o aspecto das expressões de textura aberta, a função judicial estabilizadora assume o viés de proteção do “framework”, uma vez identificado. Não se está a sustentar a existência de duas funções diversas, a estabilizadora de comportamentos e a protetiva, mas apenas uma, de estabilização, que, no caso das expressões de textura aberta denota mais claramente uma qualificação genericamente existente na estabilização: a proteção do “framework”. Este ponto, deveras importante no ambiente da tese proposta, será com mais vagar desenvolvido ao decorrer do texto.

A quarta variação, por fim, diz respeito às lacunas que adotam expressões axiológico-técnicas, como o instituto civil da “confusão” e processual civil do “preparo” e “deserção”. Nestes casos e em inúmeros outros similares, também é sugerida uma metodologia apropriada, que congloba a movimentação dinâmica do “framework” materializado pelos contextos espaço-temporais vigentes na sociedade e a dogmática, que se prestará a figurar como apoio do decisor para o estabelecimento do significado das expressões aparentemente sem definição.

A variação também trata da hipótese em que a visão do Poder Judiciário e da dogmática afiguram-se dissidentes, denotando, a partir deste ponto, a importância do raciocínio a partir da razão prática a fim de, delimitando o contexto espaço-temporal do “framework”, viabilizar a definição da expressão.

Ultimada a análise da teoria-padrão e variações, o capítulo aborda a natureza da teoria proposta, se descritiva, prescritiva, ou epistemologicamente neutra. A conclusão foi inusitada até mesmo para o Autor do presente trabalho.

Ao problema da definição da metodologia para preenchimento das lacunas axiológicas e normativas, responde-se, portanto, com uma teoria-padrão e quatro variações, ademais da identificação da função estabilizadora de comportamentos pelo Poder Judiciário, a partir de critérios da razão prática.

O trabalho utiliza metodologia mista, isto é, ora dedutiva, ora indutiva, apropriando-se do raciocínio por instância (baseado em casos) para a construção da proposta-padrão e variações, que, em verdade, consubstanciam a construção de um modelo para fins de tomada de decisão. A sistemática de casos, aliás, é bem comum no contexto de obras que versam a respeito da tomada de decisões com amparo na razão prática; e esta característica fica bem evidenciada também no presente trabalho, conquanto não pretenda exclusiva utilização da razão prática e suas características próprias, senão a imbricação de aportes teóricos ora oriundos desta, ora de marcos teóricos que se situam em quadrante diverso, a fim de, em movimento dialógico, viabilizar a elaboração da tese proposta.

Os marcos teóricos utilizados foram: i) primário: Charles Taylor, com a sua concepção de “framework” e o caráter dinâmico e incessante da movimentação de anseios, visões e padrões existentes na sociedade; ii) secundários: ii.a) Frederick Schauer, contribuindo principalmente no tocante à justificativa subjacente, divergência extensional e caráter subótimo das regras; ii.b) Joseph Raz, com a sua concepção de sistemas jurídicos, razões para ação e o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário no âmbito institucionalizado do Estado.

Inicialmente desenvolvida com o objetivo de viabilizar a decisão judicial racional para colmatação de lacunas, a proposta sugerida no presente trabalho pode ser aplicada genericamente à tomada de decisão seja no ambiente judicante (público), ou particular, inclusive com idêntico grau de vinculação, como preconizado ao decorrer do texto.

Se, de um lado, as lacunas sempre existiram em ambiente normativo ou atrelado à linguagem do dia-a-dia, por outro, dada a complexidade dos conflitos evidenciados pela sociedade atual e a insuficiência da metodologia, digamos, padrão de solução de refregas, o exame da temática proposta se justifica na medida em que trará subsídios para a melhor visualização da problemática que cada testilha envolve, fazendo emergir das razões que encontram na sociedade seu manancial a solução.

O caminho é tortuoso e por demais dificultoso, mas, tal qual a analogia do paradoxo do queijo suíço, espera-se ter contribuído com mais queijo (substância) e menos buracos no desenvolvimento do assunto.

DECISÃO JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO DEDUTIVA: MAIS DO MESMO?

“Na entrada do caminho do pântano, puseram um cartaz que dizia *Macondo* e outro maior na rua central que dizia *Deus existe*. Em todas as casas haviam escrito lembretes para memorizar os objetos e os sentimentos. Mas o sistema exigia tanta vigilância e tanta fortaleza moral que muitos sucumbiram ao feitiço de uma realidade imaginária, inventada por eles mesmos, que acabava sendo menos prática, porém mais reconfortante”.¹

a. O problema: motivação, racionalidade e decisão judicial.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.995/2012 que disciplina o que se convencionou denominar “Testamento Vital”, em que se permite a ortotanásia sob o argumento de que não se justifica prolongar um sofrimento desnecessário da qualidade de vida do ser humano².

Os problemas afetos à aplicação da controvertida³ norma⁴ decerto não tardariam a ocorrer e se fizeram candentes por oportunidade de pedido de alvará judicial para suprimento da vontade do idoso e ex-portador de hanseníase João Carlos Ferreira, residente no Hospital Colônia Itapuã (HCI), localizado em Viamão, Município vizinho a Porto Alegre. O idoso fora diagnosticado com necrose no pé esquerdo desde 2011 e, em franco definhamento, recusava-se a amputação, cirurgia que poderia salvar a sua vida. De acordo com os médicos que o atendiam, acaso não se submetesse à amputação, poderia vir a falecer em decorrência de infecção generalizada. Conquanto não apresentasse sinais de demência, o senhor, de 79 anos, era acometido por quadro de depressão.

Tendo como base o laudo da psicóloga que o atendia, segundo o qual “o paciente está desistindo da própria vida, vendo a morte como alívio do sofrimento”, o Ministério Público judicializou linha argumentativa no sentido de que o paciente estaria sem

¹ MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Editora Record, 1967, p. 51.

² O texto da Resolução CMF nº 1.995/2012 está disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 13 fevereiro de 2015.

³ A seguinte bibliografia versa especificamente sobre o tema, descrevendo as divergências a respeito: MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá. 2008. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Direito de morrer**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. p. 39. FARIAS, Gisela. **Muerte voluntaria**. Buenos Aires: Astrea. 2007. p. 35. GOLDIM, José Roberto. Eutanásia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em 19 fevereiro de 2015.

⁴ Utilizado o termo norma nesta oportunidade apenas a título descritivo do direito posto; as dificuldades inerentes à aplicação do vocábulo, em especial em conexão com os pressupostos normativos, serão abordadas mais adiante neste trabalho.

condições psíquicas de recusar o procedimento cirúrgico, de sorte que o direito à vida justificaria a contraposição ao desejo do paciente.

Em primeiro grau, a postulação não vingou. O juízo da Comarca de Viamão, negando a concessão do alvará, indeferiu o pedido de amputação, argumentando que o paciente é pessoa capaz, tendo livre escolha para agir e, provavelmente, consciência das eventuais consequências. Assim, ainda que pudesse vir a falecer, não caberia ao Estado imiscuir-se em sua vontade.

Em julgamento ao recurso interposto pelo *Parquet*, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a decisão monocrática, entendendo, assim como o juízo de origem, que o Estado não pode proceder contra a vontade do paciente, como pediu o Ministério Público, mesmo que com o propósito de salvar sua vida.

Ademais da Resolução supramencionada, o relator da Apelação, Desembargador Irineu Mariani, afirmou que o direito de morrer com dignidade e sem a interferência da ciência tem previsão constitucional e infraconstitucional, sendo certo que o direito à vida, garantido pelo artigo 5º, *caput* da Constituição da República, deve ser combinado com o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 2º, inciso III da mesma Carta de Direitos. Entretanto, em relação ao seu titular, o direito à vida não é absoluto, inexistindo obrigação constitucional de viver. Já sob o plano infraconstitucional, lembrou que o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio; e, ainda, que, de acordo com o artigo 15 do Código Civil pátrio, “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”⁵. Ao final, portanto, entendeu que a vontade do idoso deve prevalecer, ainda que contra o seu próprio direito à vida.

⁵ “APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado

O caso mencionado foi citado com o propósito de introduzir a discussão pertinente à racionalidade das decisões judiciais. Ao transcorrer deste trabalho serão analisadas algumas facetas das técnicas decisórias propugnadas pelas teorias da argumentação jurídica e da decisão judicial. Também serão examinados os contextos externos e internos que se inserem no âmbito do provimento estatal que adjudica o direito postulado; e como trabalhá-los nas situações em que se verifiquem lacunas⁶, acaso identificadas como tais.

Nessa linha de compreensão, convém, desde logo e tendo o caso aludido como pano de fundo, investigar algumas das dificuldades que se apresentam para a elaboração da decisão.

A primeira questão que se apresenta é a insuficiência do método dedutivo como forma de desate do nó górdio posto à cura do aparelho judicial. O silogismo, quer na forma de *modus ponens*, *modus tollens*, disjuntivo, conjuntivo ou quaisquer outras maneiras em que se apresente⁷, simples ou complexas, não parece adequado a resolução da complexidade de casos que a atual sociedade revela⁸. Não se trata mais de classificar as testilhas em fáceis ou difíceis, mas de constatar que todas as situações controvertidas, existindo ou não normas que pretensamente regulem o contexto fático de fundo, revelam nuances que inviabilizam, ou ao menos tornam dificultosa, a mera subsunção do fato à norma sem qualquer outra consideração. Efetivamente, com a mesma pretensa facilidade com que se percebe a incidência da norma ao fato, pode-se dela afastar, inclusive com argumentos situados no próprio regramento⁹, ou para além dele, em vista de considerações de justiça, conveniência,

em 20/11/2013) (TJ-RS - AC: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013).” Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>. Acesso em 13 fevereiro de 2015.

⁶ A definição e classificação será explorada em outro momento deste trabalho.

⁷ COPI, Irving M.. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: editora Mestre Jou, 1968.

⁸ A sociedade atual, qualificada para uns como inserida na era da hipermodernidade: LIPOVESTSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004; para outros como modernidade: ROMERO, José Manuel. Teoría de la modernidade y experiencia moderna del tempo de Habermas. In: **REVISTA REALIDAD**, n. 113, 2007, p. 435-460; ou modernidade líquida: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad Líquida**. Traducción de Mirta Rosenberg, con colaboración de Jaime Arrambide Squirru. Buenos Aires: Fondo de Cultura de Argentina, 2000, revela dificuldades que outrora não se faziam ver, tais como as inerentes aos contratos, família, sujeitos de direito etc. Para estudo específico acerca da metodologia tópico-sistemática que atualmente pode ser considerada ao menos no cenário do direito civil para ao menos aplainar essas dificuldades, veja-se obra recentemente publicada de Luiz Edson Fachin. FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁹ Trata-se, no caso, da derrotabilidade, que, conquanto não seja objeto específico de análise neste trabalho, será abordada, ainda que perfunctoriamente, ao momento em que analisadas a estrutura interna da decisão

manutenção do sistema judiciário, ordem pública e econômica, consequencialistas, entre outros que convierem à subjetividade do órgão investido na função judicante.

Se, de um lado, não se pode descurar totalmente do silogismo, tampouco se pode olvidar que inúmeros casos não são solucionados por essa técnica, a exemplo, *numerus apertus*, dos seguintes: a) os dilemas constitucionais, em que se verifica um conflito genuíno de direitos fundamentais¹⁰; b) as dificuldades de definições no contexto da Carta Constitucional¹¹; c) as dificuldades de definições na legislação infraconstitucional; d) as

judicial e as lacunas em si. Acerca do tema existe vasta bibliografia, podendo citar, entre outros: BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *In: ISONOMÍA*, n. 13, octubre, 2000, p. 87-117. NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *In: ISONOMÍA*, n. 13, octubre, 2000, p. 61-85. RODRÍGUEZ, Jorge. La derrotabilidad de las normas jurídicas. *In: ISONOMÍA*, n. 6, abril, 1997, p. 149-167. ROFRÍGUEZ, Jorge; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de analisis de la indeterminación del derecho. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-trampas-de-la-derrotabilidad-niveles-de-anlisis-de-la-indeterminacin-del-derecho-0/>. Acesso em 19 fevereiro de 2015. GUASTINI, Ricardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación. *In: DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 31, 2008, p. 143-155.

¹⁰ “La distinción dentral es la siguiente: un conflicto entre derechos fundamentales puede ser genuino o espurio. La principal diferencia es que los conflictos genuinos de derechos fundamentales implican inconsistências normativas.” Para fornecer um exemplo sobre o que seriam conflitos genuínos entre direitos fundamentais, Lorenzo Zucca alude à seguinte situação: “Comenzaré con otro ejemplo, el caso de las hermanas siamesas Jodie y Mary. La vida de Mary fue definida como parasitaria de la vida de su hermana. El derecho a la vida de Jodie competia contra el derecho a la vida de Mary. Una debía ser sacrificada para salvar a la otra. Si no se hubiera nada ambas huberan muerto. El doctor sostenía que la única manera de salvar a Jodie era matando a Mary. No obstante, sus padres rechazaron aceptar la muerte de una para salvar a la otra basándose en razones religiosas. Entonces, el tribunal tuvo que entrar para resolver el dilema. El tribunal concluyó que Mary debía ser sacrificada com el fin de salvar a Jodie.” No texto ora mencionado, Zucca sustenta a existência de uma clara diferenciação entre os conflitos genuínos e os espúrios; postulando, ainda, uma forma de solução para o conflito genuíno, consistente na ponderação estruturada e aproximada; e na incomensurabilidade forte e fraca, ademais da existência do que denomina presunção de prioridade. Este viés, conquanto muito interessante, não será abordado neste trabalho a fim de que não se perca o foco na questão principal, mas, de toda sorte, não se pode descurar que a proposta de Zucca encontra na teoria da argumentação fértil campo de exploração, presumindo-a e dela dependendo para o desenvolvimento de suas ideias. ZUCCA, Lorenzo. **Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales**. *In: ZUCCA, Lorenzo. Dilemas Constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 09-36.

¹¹ O exemplo da discussão acerca do conceito de faturamento para fins de incidência de tributação convém ao exame desta temática. A esse respeito, Poder Executivo, ao editar instrumentos legais que regulam o PIS e a Cofins, altera os parâmetros de incidência desses gravames e, por consequência, atinge os conceitos de faturamento e receita bruta, pré-estabelecidos pela Constituição Federal - e protegidos por princípios tributários. Nesse contexto, se insere a MedProv 627 que ingressou no ordenamento brasileiro. HACK, Érico; ROVEDA, Luiz Carlos. O conceito de faturamento para fins de incidência do PIS e da Cofins e as alterações decorrentes da MedProv 627/2013. *In: REVISTA TRIBUTÁRIA E DE FINANÇAS PÚBLICAS*. Vol. 120/ 2015, p. 195 – 2015. Jan – Fev/ 2015.

decisões estruturantes; e) as decisões intermédias; f) as decisões aditivas¹²; g) as decisões que reconhecem a derrotabilidade¹³.

Ao que se pode perceber, não se trata da deficiência da técnica dedutiva, deveras utilizada e recomendada sob o ponto de vista de boa parte das teorias modernas da argumentação jurídica como adiante se exporá, mas que a complexidade dos conflitos – e da sociedade – clamam e reclamam por decisão que não mais se atenha ao quadro esquemático formal há muito esquadrihado por Aristóteles no contexto da lógica formal em termos não necessariamente jurídicos¹⁴.

Para citar um exemplo e escandindo um pouco o pensamento para além da análise interna das normas, até o modelo de processo que atualmente se objetiva no âmbito processual civil, o cooperativo, não recomenda mais a subsunção enquanto método de solução de casos. Com efeito, não há como se cogitar de um modelo em que imperam institutos como i) minimização da oitiva de Parte anteriormente à decisão judicial que venha em seu desfavor; ii) determinação probatória estática; iii) decisão que, conquanto aplicando diretamente a norma de direito material, exponha tese não suscitada por quaisquer das Partes ao transcurso do feito¹⁵; para fins de solução de conflitos discutidos, ainda que oriundos da aplicação reta e direta da normatização já prevista¹⁶. E, destaque-se, não se trata da

¹² Os provimentos estruturantes, intermédios e aditivos serão adiante abordados, motivo pelo qual opta-se por não se desenvolver maiores digressões a respeito neste ponto do trabalho.

¹³ APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – FILHO MAIOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS DE IDADE – MATRÍCULA EM CURSO UNIVERSITÁRIO – CONTINUIDADE DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – EXTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ A IDADE DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS OU CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR EM QUE SE ENCONTRA MATRICULADO - DERROTABILIDADE DA REGRA GERAL – EXCEÇÃO NORMATIVA IMPLÍCITA FAVORÁVEL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A leitura fria e isolada do artigo 2º, inciso II, "b" da Lei Complementar 30/2001 conduzirá inegavelmente à injustiça que o próprio legislador buscou afastar ao fixar os critérios de dependência dos filhos do segurado que ainda não exerçam função remunerada ou que se dediquem aos estudos. 2. Resulta ser necessário a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as normas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade (defeasibility), ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade (mens legis). 3. A manutenção do benefício ao Apelante que após completar 21 (vinte e um anos) encontra-se devidamente matriculado em curso superior não contradiz a Lei Complementar Estadual 30/2001, cuja finalidade não é outra senão suprir a insuficiência econômica deixada pelo falecimento do genitor, protegendo-o da mesma forma que este o faria se estivesse vivo. 3. Recurso conhecido e provido. (TJ-AM, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 30/09/2013, Segunda Câmara Cível). Disponível em: <http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115593329/apelacao-pensao-por-morte-art-74-9-apl-7124355720128040001-am-0712435-5720128040001/inteiro-teor-115593339>. Acesso em 03 março de 2015.

¹⁴ ARISTÓTELES. *Organon – V Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

¹⁵ Distorções corrigidas, ao menos no plano normativo, pelo novo Código de Processo Civil brasileiro.

¹⁶ Para ampla investigação acerca do processo em sua feição cooperativa: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: RT, 2009.

conhecida distinção entre justificativa interna e externa, de sorte a que, uma vez identificado, ou reconhecido o argumento de base, viabiliza-se, ato contínuo, fazer incidir a norma; tampouco da também consagrada classificação dos contextos da descoberta e da justificação. Ao contrário, trata-se do reconhecimento pelo próprio sistema, ao menos processual civil, da insuficiência da técnica dedutiva.

Charles Taylor, filósofo canadense, pode auxiliar na compreensão da insuficiência da metodologia dedutiva. Partindo da concepção do que denominou “framework”, vocábulo que pode significar armação ou esqueleto, Taylor compreende que em toda comunidade existem fins e valores a partir dos quais se formulam pretensões e críticas. Estes fins e valores constituem o esqueleto moral a partir do qual os indivíduos se identificam no contexto social. Este “framework” é uma estrutura não visível, mas sem a qual não se revela possível o movimento ou a vida em sociedade. Trata-se de um quadro em cujo cerne se encontra a comunidade e os indivíduos que a formam¹⁷.

Manuel Sánchez Matito esclarece que, ao tempo em que a ideia de “framework” permite identificar um traço moral de fundo atuante no âmbito da sociedade, também denota a existência de conflito permanente entre diversos padrões de moralidade, procedentes de diversas épocas, ativo e atuante nos indivíduos por meio de padrões de linguagem¹⁸. O método socrático de indagação, aliado à linguagem como forma de exteriorização de pretensões, súplicas e reclamações, permitem a fluidez e dinâmica das concepções morais que permeiam o rico contexto social sem que, com isso, prejudique-se o alicerce moral que ao mesmo tempo concita a todos a que observem permanentemente o ideário coletivo de base.

Dessa forma, Taylor inaugura forma de pensamento que agrega ao comunitarismo traços marcadamente liberais, preservando a autonomia e permitindo, por

¹⁷ A leitura de referência de Taylor acerca deste ponto de sua teoria é a obra “Hegel” (Cambridge: Cambridge University Press, 1975), mas, para uma explicação deveras didática, vide: MATITO, Manuel Sánchez. *Dominio y libertad. El entramado moral de Charles Taylor*. In: **ASTROLABIO. REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA**. Año 2012 Núm. 13. ISSN 1699-7549. p. 386-394.

¹⁸ MATITO, Manuel Sánchez, *op. cit.*, p. 387-389: “Así, por ejemplo, si alguien denuncia una determinada situación por la ausencia de libertad y, al mismo tiempo, sostiene que la libertad no existe, caería en una contradicción. Si este agente ha formulado una crítica en nombre de la libertad es porque la libertad existe en algún sitio, está presente, al menos, en el lenguaje de la comunidad a la que el sujeto pertenece, vive como idea moral dentro de esa tradición, existe como una idea especialmente valorada que permite realizar críticas y demandas en su nombre. La argumentación parte, por tanto, de una experiencia dada para llegar a una idea que permite dar sentido a aquella experiencia.”

intermédio da linguagem, que a exteriorização dos pensamentos, reclamações e pretensões venha à tona, preservando de maneira permanente a moldura social¹⁹.

Há, entretanto, uma importante constatação no pensamento Tayloriano. Trata-se, com apoio em Heidegger y Wittgenstein, da percepção do abandono da visão romântica da linguagem ao perceber que tal pode se transformar em um instrumento de dominação. Embasado na teoria dos atos de fala de Austin²⁰, Taylor, em “Language and human nature”²¹ e “Theories of meaning”²², compila as principais teorias linguísticas em duas vertentes: teoria designativa e teoria expressivista.

Partindo das premissas de que: i) o homem é, sobretudo, um animal de linguagem; e ii) a linguagem deve ser vista como algo confuso e enigmático; considera que a linguagem apresenta uma dimensão designativa e outra expressivista. Trabalhando com o exemplo “O livro está sobre a mesa”, observa que aquela dimensão pode revelar uma relação direta entre o enunciado e o fato de que verdadeiramente exista um livro sobre a mesa; entretanto, supondo agora que um livro muito importante tenha sido perdido, este enunciado expressará mais do que uma simples correlação entre a palavra e o objeto, mas

¹⁹ “Charles Taylor encajaría claramente dentro del perfil de un autor comunitario. En primer lugar, porque ha vertido una dura crítica contra una determinada tradición ética surgida en la modernidad y considerada por él como reduccionista. Su crítica a lo que él denomina “tradición epistemológica” se despliega en los primeros capítulos de Fuentes del yo y en numerosos artículos escritos en diferentes momentos de su trayectoria. Su concepción acerca del bien, por otra parte, establece claramente la dificultad para proclamar una idea de justicia completamente universal, abstracta y descontextualizada. En relación a la concepción del sujeto, Taylor defiende una forma de identidad enraizada, corporeizada y dialógica. En cuanto a la comunidad, el filósofo canadiense, siguiendo a Hegel, considera que el ethos comunitario es previo al individuo, pero no defiende, como se dijo anteriormente, una noción homogénea de comunidad, sino que es consciente de la diversidad de bienes y de entramados lingüísticos que configuran a las sociedades contemporáneas. Por último, la inquietud principal de Taylor no puede reducirse a la búsqueda de un orden ético justo, su preocupación es más amplia, tiene que ver con el modo en que piensan las personas y con la forma en que expresan esos pensamientos, su inquietud está más cerca de la antropología que de la ética. Ahora bien, siendo Taylor un autor comunitario, no puede afirmarse que sus tesis sean antiliberales. Es cierto que rechaza una determinada tradición filosófica que él considera limitadora y atomista, pero en ningún momento puede ponerse en duda su defensa de la libertad individual entendida como uno de los rasgos distintivos de la identidad humana. En este sentido, el filósofo sostiene un peculiar comunitarismo que también podría encuadrarse en el terreno de las teorías liberales. Esta fusión de comunitarismo y libertad individual se refleja en tres importantes aspectos: una concepción plural de la comunidad, la defensa de un momento de interioridad inseparable de la identidad moderna y la importancia que concede a los valores más característicos de la modernidad: autonomía, tolerancia, justicia y, sobre todo, libertad.” *Idem*, p. 393-396.

²⁰ AUSTIN, John Langshaw. **Como hacer cosas con palabras. Palabras y acciones**. Tradução de Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona/Buenos Aires: Editora Paidós, 1962. Na mesma linha: AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas Sul Ltda., 1990.

²¹ TAYLOR, Charles. Language and Human Nature in Human Agency and Language. **Philosophical Papers 1**, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

²² TAYLOR, Charles. Theories of Meaning in Human Agency and Language. **Philosophical Papers**, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

também um sentimento de alívio por parte do emissor, prestando-se não apenas à comunicação, mas a expressar pensamentos, percepções, crenças e sentimentos²³.

A teoria HLC – assim denomina a teoria designativa, em referência aos seus três principais defensores: Hobbes, Locke e Condillac – apresenta uma simples conexão entre o signo e a coisa designada. A linguagem, neste quadrante, pretende-se neutra, objetiva (pois já ostenta um significado no mundo) e monológica, eis que o sujeito não necessita da participação de outros para compreender o que significa a expressão utilizada. Por outro lado, na teoria expressivista, ou triplo H (em referência aos seus criadores, Herder, Humbolt e Hamman), a linguagem não ostenta transparência em seu significado, revelando-se, bem ao revés, nebulosa, confusa e enigmática²⁴. Neste ponto reside a questão do poder. A linguagem, segundo Herder, lembrado por Taylor, apresenta o que denomina de capacidade reflexiva, de acordo com a qual as expressões reclamam mais do que o simples identificar de seus sinais e elementos descritivos. Taylor nos fornece o seguinte exemplo em “Language and human nature”²⁵: a palavra “triângulo”, se procurada no dicionário, revelará um significado por meio do qual se poderá reconhecer as coisas com essa forma geométrica. Entrementes, é possível treinar uma rata para que se dirija a uma porta com formato de triângulo e não para a porta em formato de círculo, de sorte que, da mesma maneira, a rata também reconheceria o triângulo. Existe, contudo, segundo o Autor, uma diferença entre as duas personagens: a rata somente reconhece o que lhe proporciona reação, ao passo que o usuário que opera em dimensão linguística opta por usar e responder aos signos em termos de verdade ou correção descritiva. Conclui, dessa forma, que a linguagem humana implica consciência reflexiva acerca da significação de uma palavra, consciência esta que se atualiza unicamente pela linguagem, que, por sua vez, passa a ostentar uma feição holista. Para Taylor, uma palavra só tem significado dentro de um contexto de uso da linguagem, que, em último grau, está incrustada no modo de vida da sociedade²⁶.

A linguagem, para a teoria em foco, assume a forma de uma rede, pois: i) permite identificar seus signos somente através de outros signos, includentes e excludentes;

²³ TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000. MÉNDEZ, Yolimar Mendoza. Lenguajes, valores y apertura al otro en Charles Taylor. *In*: **REVISTA LAGUNA**, 13; julio 2003, pp. 151-166.

²⁴ MÉNDEZ, Yolimar Mendoza, *op. cit.*, p, 154.

²⁵ TAYLOR, Charles, *op. cit.*, p. 228.

²⁶ *Idem*, p. 228-229.

ii) revela uma dimensão de valor, que lastreia a perpetração de atos de fala; iii) funciona como forma de expressão, amparada em sentimentos existentes no cerne da sociedade; iv) permite a propagação de pensamentos, sentimentos e expressões, por sua vez somente captados se e enquanto o indivíduo se encontrar em uma mesma comunidade linguística²⁷; v) ostenta uma função criativa, em que se cria e recria por intermédio da fala, contextualização e discussão; vi) permite acessar sentimentos e emoções não acessíveis aos seres não linguísticos²⁸.

Charles Taylor expõe, com arrimo nas teorias descritas, uma importante faceta da linguagem, em que se evidencia aspecto valorativo que não apenas a constitui, senão que também funciona como amálgama da dinâmica social, embasada em compreensões sociais fluídas e em constante movimento, permeadas por valores, crenças, sentimentos, pré e pós-compreensões e, ainda, contextualizações temporais e espaciais. A comunidade linguística, antes de constituir qualquer valor ou referência, constrói e reconstrói a si mesma por intermédio da linguagem, criando ambientes de valoração de suas atividades, instituições e intersubjetividades.

Como esperar que algo diverso ocorra com a norma? Acaso não seria a norma uma forma de objetivação da linguagem em determinado setor, com recorte temporal, espacial, subjetivo e objetivo específico e com foros de racionalidade²⁹? Até que ponto, examinando a questão sob o ponto de vista expressivo, não se traduziria em sistemática que afastaria a metodologia dedutiva enquanto forma definitiva de solução de casos, ou ao

²⁷ “Siguiendo el ejemplo puesto por Taylor en «Theories of meaning», podemos decir que si —ante un día con una alta temperatura— yo te digo ‘Hace un calor sofocante’, no te estoy diciendo nada que no supieses ya —es evidente que tú te has dado cuenta de que realmente hace calor—; lo que pretendo al hablar del tiempo contigo es que éste ya no sea un objeto para ti y un objeto para mí. Mi intención es convertirlo en un objeto para nosotros, en un objeto que consideramos conjuntamente. Lo que eran expresiones particulares de un individuo se abren, en este instante, a la comunicación con el otro. Ya no se trata de un yo y un tu. Ahora nos encontramos en el espacio del nosotros. En este sentido, el lenguaje constituye la intersubjetividad.” MÉNDEZ, Yolimar Mendoza, *op. cit.*, p. 160.

²⁸ “Es en este espacio del nosotros, en este espacio intersubjetivo, donde, de forma subsidiaria, el lenguaje también constituye nuestra identidad. Mediante el lenguaje expresamos nuestros sentimientos, pensamientos, emociones, etc., y los traemos al espacio público, expresándolos a los otros en la conversación. Y es precisamente en esta relación con los otros que tiene lugar el proceso de constitución de nuestra identidad: «Nos convertimos en agentes humanos plenos, capaces de definir una identidad por medio de nuestra adquisición de rico lenguaje de expresión humana [...] Pero a ello nos vemos inducidos en el intercambio con los otros. Nadie adquiere por sí mismo los lenguajes necesarios para la autodefinición. Se nos introduce en ellos por medio de los intercambios con los otros que tienen importancia para nosotros». Así pues, el lenguaje no sólo constituye la intersubjetividad sino también la identidad”. *Idem*, p. 160.

²⁹ Lembre-se, inclusive, neste ponto, do “legislador racional”. NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 85-99.

menos criaria complicadores que dificultassem a compreensão do texto em si enquanto materialização estática de uma expressão linguística dinâmica? O ordenamento jurídico, enquanto instrumento de poder através da linguagem, ostentaria alguma forma de sistematização em casos-limite, quais os dilemas constitucionais, ou naqueles em que, identificadas lacunas, sequer houvesse norma a aplicar?

Vejamos um interessante contraponto acerca da utilização da filosofia da linguagem na dinâmica das relações existentes na sociedade.

Joan-Carles Mèlich, em “Lógica de la crueldade”³⁰, apresenta de forma enfática visão empírico-realista alusiva à crueldade que entende inerente à linguagem: a gramática como forma de crueldade e discriminação.

Já por oportunidade da introdução de sua obra e empreendendo distinção entre a moral e a ética, aquela capaz de ditar leis, normas, imperativos, apresentando-se pública e acessível a todos, ao passo que esta, indeterminada, obscura, individual, surge apenas quando se constata a transgressão de leis e outras categorias assemelhadas; reputa que a legitimação moral é superior à jurídica. Isso porque é de maior alcance, exurgindo desde a totalidade dos pensamentos dos integrantes da sociedade, desde o sagrado; e, sendo assim, espraia seus efeitos cruéis³¹ pela intersubjetividade, legitimando-os a todo momento enquanto atuantes; o direito, em suma, seria somente o veículo dessa crueldade em ação, como adiante verbera ao transcorrer do desenvolvimento da obra³².

Iniciando seu raciocínio a partir de que não se nasce de mãos vazias, isto é, herda-se um “mundo interpretado” já por oportunidade do nascimento, destaca que também se herda uma gramática compartilhada por todos, ou seja, uma organização articulada de símbolos, imagens, narrações, valores, normas, hábitos, gestos, costumes; e, com isso, uma

³⁰ MÈLICH, Joan-Carles. **Lógica de la crueldad**. Barcelona: Herder Editorial, 2014.

³¹ A exemplo da distinção entre moral e ética, tampouco se pode confundir, no contexto da obra, crueldade com violência. O próprio Autor se encarrega de empreender diferenciação, pontuando que: “Digamos, para empezar – y para evitar malentendidos –, que desde la perspectiva que aqui se toma, una lógica de la crueldad no es equivalente a un acto de violencia. Es verdad que hay formas de violencia que tienen que ver con la crueldad, que son, en definitiva, crueles. Esto há sido ampliamente establecido. Pero lo interesante es comprobar que la crueldad no se reduce a una acción, no es básicamente una acción violenta. Al contrario, es algo mucho más sutil que la violencia. Para muchos parece obvio que toda lógica de la crueldad es un ejercicio de violencia, pero uno puede ser violento y no necesariamente ser cruel. La violencia no es lo mismo que la crueldad porque – y esta es la diferencia fundamental – la violencia se comete siempre sobre un singular en cuanto singular, mientras que la crueldad tiene lugar sobre un singular pero porque pertenece a un universal, a una categoría, a un sistema.” MÈLICH, Joan-Carles, *op. cit.*, p. 27.

³² *Idem*, p. 15.

ordem e classificação do mundo e da sociedade já previamente estabelecidas. A explicação antropológica da moral no autor insere a linguagem no âmbito ontológico (de maneira confessada, aliás), nomeadamente ao considerar que a gramática é a estrutura da experiência humana, uma forma de dividir e organizar a experiência já adquirida, de situar-nos no mundo, de ser-no-mundo. Trazendo à baila a concepção de mundo-linguístico de Wittgenstein, observa que a gramática nos fornece identidade, nos situa no todo e, enquanto fonte de vida, protege e expõe ao mesmo tempo, provocando relações de amor, temor, respeito, acordo, desacordo, confiança e desconfiança, ganância e inveja, integração e desintegração. Assim, com apoio em um tripé formado pelos componentes ontológico, relacional e moral, a gramática traz à luz as normas de decência que nos guiam ao transcorrer da vida, dizendo-nos quem somos, o que somos, que devemos fazer e como temos que nos comportar.

Partindo dessa premissa, a gramática nos incute – e aqui vem a relação de dominação que enseja, *hic et nunc* (na expressão do próprio autor) – a dominação e crueldade. Considerando os horizontes de significados previamente estabelecidos ao longo de toda uma construção linguística que se espalhou na comunidade há muito, cria-se a “boa consciência” em relação a determinadas percepções, passando-se a interiorizar como normal e aceitável algo que pode denotar justamente o seu revés. Neste ponto, Mèlich relembra Taylor, que, em “La ética de la autenticidad” também concorda com a ideia de que existem horizontes de significados³³ estabelecidos socialmente, de sorte que, uma vez consolidados, ditam os ideários regentes do pensamento no porvir.

³³ Neste ponto do desenvolvimento da teoria, outra distinção se impõe: entre o sentido e o significado. A distinção, para o Autor, é importante, porque enquanto a moral se refere ao significado, a ética se correlaciona ao sentido. Observe-se o seguinte excerto: “Pero no puede ni debe confundirse significado con sentido. Este, a diferencia del primero, nunca es definitivo, no puede establecerse de una vez por todas, porque el sentido siempre es una posibilidad-de-sentido. Ahora bien, hay que subrayar el hecho de que si somos finitos no tenemos acceso a una vida plena de sentido, o, dicho de otro modo, en un ser finito el sentido está inevitablemente amenazado por el sinsentido. De ahí que, aunque haya sentido, no puede haber sentido último. Los seres finitos no pueden sino habitar el ámbito de lo penúltimo, por eso el sentido de la vida resulta en todo momento extremadamente problemático, imposible de establecer de una vez por todas. El sentido último conlleva una disolución del sentido o, en otras palabras, si hubiera sentido último ya no habría sentido. Por lo tanto, lo que debería tenerse muy presente es que, desde esta perspectiva, los horizontes morales – a cuya pérdida se refiere Nietzsche en el conocido aforismo de La gaya ciencia –, precisamente porque son morales, no pueden sino ser horizontes de significado pero no de sentido. Por eso, nos ofrecen seguridad dan significado: incluyen y excluyen, resuelven y guían, orientan y configuran identidades. Y estos horizontes morales no los creamos a voluntad, al contrario, los heredamos, están dados, forman parte del mundo. Nadie decide nunca, por completo, en qué horizonte moral desea vivir. Para decirlo a la Heidegger, nos hallamos arrojados a un horizonte moral. En cambio, el sentido no es un horizonte porque no pertenece al mundo sino a sus márgenes, a los márgenes del mundo, a la vida. A diferencia del significado, el sentido es algo por hacer,

Os horizontes morais, portanto, são ontológicos³⁴ e, bem por isso, fornecem normas que estruturam axiologicamente o mundo. A tese central do livro perpassa, assim, por este ponto: se as normas são organizadas tendo em linha de conta horizontes morais já preestabelecidos e, de acordo com o autor, “en toda logica moral se oculta un principio de crueldade”, *ergo*, para usar a dedução contra si mesma, a lógica das normas é inerentemente cruel³⁵.

Diante deste panorama, em que, ao que parece, a sociedade encontra na moral a sua verdadeira caixa de ressonância, forçoso indagar então se o seu documento maior, a Constituição, encontra-se em símile diretriz, ou em caminho oposto.

Citando o caso *Missouri v. Holland*, Willian Rehnquist lembra que a primeira vez em que a expressão “Constituição viva” veio à tona foi pelas mãos de Holmes, ocasião em que salientou que os Constituintes criaram, em verdade, um organismo vivo, consolidado posteriormente após cerca de um século, tempo necessário para se comprovar a criação de uma nação³⁶. Entendimento reverso seria, de certa maneira, um pensar

algo por venir, algo que está enfrente y, em consecuencia, no puede heredarse. No llegamos a un mundo con sentido porque el sentido no es algo dado, algo que ya existe, sino algo que está por verse y por decidirse.” *Ibidem*, p. 24-25.

³⁴ “Los horizontes Morales – no solo la biologia – me dicen si soy hombre o mujer y cómo debo actuar en coherencia con mi identidad, como tengo que vestirme, cortarme el pelo y andar, me orientar en la manera educada de mirar, de cruzar las piernas, de saludar. Por eso son horizontes ontológicos.” *Ibidem*, p. 26-27.

³⁵ *Ibidem*, p. 30-31. O seguinte excerto deixa bem clara a tese sustentada pelo Autor, p. 33: “Una lógica moral es un lobo con piel de cordero, porque se nos presenta como una capa protectora cuando realmente solo protege a los que encuentran cobijo bajo su próprio manto categorial, mientras que legitima la eliminación de los que han sido excluídos de ese mismo manto. Ella sostiene qué debe ser protegido. Sin embargo, detrás de esa supuesta protección se oculta un principio cruel: la legitimación del exterminio de los que no encajan en esa moral. En esa lógica hay nombres próprios que son transparentes a esa misma moral y que, por lo tanto, no pueden ni deben ser protegidos. Así pues, una lógica metafísica – no solo moral, pero también la moral – siempre ejerce cureldad porque trata al nombre próprio, a lo único, como un simple ejemplo del uno, es decir, como una mera acepción de una categoria de la totalidad. En este momento lo único deja de ser excepcional y se convierte em elemental. Pero precisamente por eso siempre que se ponde en marcha una lógica surgen restos, aparece lo que no puede ser integrado en las normas y en las categorias que la própria lógica há predeterminado. Esos restos no pueden ser protegidos y entonces quedan literalmente fuera de la ley.” *Ibidem*, p. 33.

³⁶ “The first meaning was expressed over a half-century ago by Mr. Justice Holmes in *Missouri v. Holland* with his customary felicity when he said: ‘When we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation.’” REHNQUIST, Willian. The Notion of a Living Constitution. In: **HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY**, v. 29, p. 401-415. Na verdade, Rehnquist identifica esta linha de pensamento como “the Holmes version of the Living Constitution”. Obra também bem interessante acerca do tema foi escrita por David Straus. STRAUSS, David. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

necrófilo, para Rehnquist³⁷. A ideia, pois, é a de que a Constituição, enquanto organismo vivo, capta permanentemente os anseios, dificuldades e movimentações sociais, deixando-as serem reveladas por intermédio dos provimentos estatais oriundos do Poder Judiciário. Richard W. Garnett, a propósito, ao lembrar passagem em que Justice William Brennan salienta que “the Constitution is not a static document whose meaning on every detail is fixed for all time by the life experience of the Framers”, concorda que “the Constitution “is not a straight-jacket”³⁸.

Rehnquist, contudo, vê ao menos três dificuldades nessa forma de pensamento do que chama de “Escritor da Constituição viva”: i) concebe mal a natureza da Constituição, que foi projetada para permitir que os ramos de eleição popular de governo, não do Poder Judiciário, mantenham o país a par dos tempos; ii) a versão breve do escritor ignora experiências desastrosas da Suprema Corte; iii) finalmente, conquanto socialmente desejáveis os objetivos buscados pelo escritor, o Judiciário não eleito é inaceitável em uma sociedade democrática³⁹.

Roberto Gargarella também caminha em semelhante trilha no que diz respeito a essa forma de atuar do Poder Judiciário. Ao tratar especificamente da “interpretação dinâmica da Constituição”, para ele sinônimo de Constituição viva, Gargarella se posiciona contra a postura judicial de inovação baseada na concepção do que socialmente seria mais aceitável: a moral social, na concepção de Mèlich, acresço. Pontua que a alternativa judicial não parece em princípio inaceitável, em que pese os juízes estejam em contato diário com as normas jurídicas e, sendo versado nelas, conheçam-nas como poucos membros da comunidade, ao tempo em que estão em contato permanente com a sociedade e, ainda mais, com aqueles que são afetados diretamente pelo direito, tendo ciência do alcance e problemas dos textos Constitucionais. Ocorre, todavia, que existem dificuldades nesta concepção. As principais, de acordo com Gargarella, seriam as seguintes: primeiro, contradiz um dos

³⁷ Não se pode deixar de considerar no mínimo curiosa a comparação ao pretender criticar a vertente teórica originalista.

³⁸ GARNNET, Richard W. In memoriam: William H. Rehnquist. Chief Justice Rehnquist’s enduring, Democratic Constitution. In: **HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY**, v. 29, p. 395-400.

³⁹ “At least three serious difficulties flaw the brief writer’s version of the living Constitution. First, it misconceives the nature of the Constitution, which was designed to enable the popularly elected branches of government, not the judicial branch, to keep the country abreast of the times. Second, the brief writer’s version ignores the Supreme Court’s disastrous experiences when in the past it embraced contemporary, fashionable notions of what a living Constitution should contain. Third, however socially desirable the goals sought to be advanced by the brief writer’s version, advancing them through a freewheeling, nonelected judiciary is quite unacceptable in a democratic society.” REHNQUIST, Willian, *op. cit.*, p. 407.

objetivos centrais do constitucionalismo, qual seja, em isolando alguns valores da política diária, considera-os permanentes e indenes aos impulsos circunstanciais e ocasionais; ao tempo em que apela à vontade da maioria, que supostamente reconheceria a vontade da Constituição, libera-a ao órgão institucional menos preparados para reconhecê-la. Por derradeiro, também pondera que esta vertente teórica eleva muito o grau de discricionariedade do intérprete, o que não se coaduna com o constitucionalismo⁴⁰.

Para além destas questões, também problemas afetos ao hiperpresidencialismo, políticas neoliberais e, sobretudo, colonização do poder pelo dinheiro dificultam o permanente diálogo que, colocando a cidadania no centro, garantiriam a realização de direitos inseridos no catálogo constitucional, como lembra Gargarella em recente obra publicada⁴¹. Assim, quer de maneira intrínseca, quer extrínseca ao Poder Judiciário, a realidade constitucional contemporânea traria mais embaraços do que soluções para a aplicação da teoria da Constituição viva.

Por outro lado, tal como adverte Bruce Ackerman, a "Constituição viva" não é um slogan conveniente para transformar a Constituição imperfeita em algo melhor do que é; e, por detrás dessa pretensão, podem se esconder muitas visões de constitucionalismo – prenes de ideologias, acresço – objetivando “sequestrar” a Constituição em seu sentido⁴².

Para arrematar – e, de certa forma, retomando a lógica da crueldade como tradução do sistema normativo em vigor –, examinemos até que ponto as normas constitucionais podem se revelar problemáticas em sua incidência qual metodologia subsuntiva.

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. **La dificultosa tarea de la interpretacion constitucional**. In: GARGARELLA, Roberto. *Teoria y Critica del Derecho Constitucional. Torno I Democracia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. v. 1, 552, p. 123-148.

⁴¹ GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz editores, 2014, p. 278-279 e 325.

⁴² “For me, the “living Constitution” is not a convenient slogan for transforming our very imperfect Constitution into something better than it is. While the effort to make the Constitution into something truly wonderful is an ever-present temptation, the problem with this high-sounding aspiration is obvious: there are lots of competing visions of liberal de- mocratic constitutionalism, and the Constitution shouldn’t be hijacked by any one of them.” ACKERMAN, Bruce. *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. In: **HARVARD LAW REVIEW**, v. 120:1737, p. 1736-1812, p. 1754.

Juan António García Amado, ferrenho crítico da técnica da ponderação⁴³, destacou em seu trabalho “La interpretación de la norma constitucional”⁴⁴, que existem três técnicas de interpretação: i) linguística da interpretação, segundo a qual a realidade das normas jurídicas coincide com os enunciados linguísticos⁴⁵; ii) intencionalista, em que os enunciados legais representam o canal através do qual certos conteúdos, vontade, ou intenções são expressos⁴⁶; e iii) axiológica ou material, em que o direito funciona como um complexo de valores e assim deve ser considerado⁴⁷. Estas três técnicas, por sua vez, estariam em contato com respectivas concepções de direito e de sua primordial função: à técnica intencionalista, o direito seria toda a ordem que provém de uma autoridade que se assume como legítima; à técnica axiológica, corresponde a visão do direito enquanto razão moral objetiva, captada pelo legislador e traduzida por enunciados legais objetivos; e,

⁴³ AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15-71.

⁴⁴ AMADO, Juan Antonio García. La interpretación de la norma Constitucional. In: **REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN**. n.º 2. Febrero 2004, p. 35-72.

⁴⁵ “El derecho, por así decir, es una cosa hecha con palabras y en esas palabras agota su ser. Las palabras en que las normas jurídicas se expresan no son mero vehículo de una realidad no lingüística que está por debajo y alimenta su sentido. Por tanto, la actividad interpretativa es, para esta teoría, desentrañamiento semántico, establecimiento de su significado. Los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos. En consecuencia, la interpretación jurídica no tiene en esto ninguna especificidad y sus especialidades tienen que ver únicamente con el carácter técnico que posee en buena medida la actividad jurídica y con la importancia central que los contenidos del derecho revisten para la organización social.” AMADO, Juan António, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁶ “El texto legal es solamente el vehículo, más o menos fiel o más o menos certero, de esas intenciones. Interpretar es, por tanto, en última instancia, averiguar y poner de relieve el contenido de tal intención, intención que es la del autor, la del creador de la norma, de aquella o aquellas personas que la dictaron. El texto es el punto de partida, la referencia primera y la mejor pista de dicha intención, pero ya no se trata, como para la teoría anterior, de limitarse a aclarar el significado de ese texto, o sea, de poner de relieve lo que el texto quiere decir, sino de conocer lo que el legislador quiso decir al dar a la luz dicho texto. Aquí el objeto de la interpretación es el enunciado legal, pero la materia prima del derecho, desde la que el texto legal adquiere su sentido, es esa intención o contenido de voluntad.” *Idem*, p. 41.

⁴⁷ “(...) la sustancia última de las normas jurídicas es de carácter axiológico, el derecho, en su fondo o ser último, es un sistema de valores. Por tanto, el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa es un sentido o contenido valorativo objetivo. No se trata, como en la concepción anterior, de un orden subjetivo de preferencias establecido por el legislador, sino de contenidos valorativos objetivos que dan su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto. Aquí nuevamente, como en el caso anterior, las palabras y enunciados legales son la vía, en ocasiones imperfecta o insuficiente, a través de la que tales valores de fondo tratan de expresarse. En consecuencia, la interpretación es una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad.” *Ibidem*, p. 46-47. Também desenvolvendo ideias neste prisma: SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**. Tradução de Marco António dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

finalmente, à técnica linguística corresponde o direito enquanto mensagem em cuja substância se encontram enunciados que a comunidade reconhece (quase sempre por razões históricas ou culturais, de acordo com García Amado), como jurídicos. Veja-se que neste ponto a teoria ora exposta se apresenta bem similar à concepção de Mélich e a sua lógica da crueldade capaz de acoimar de pecha insanável todo o ordenamento que, baseado em boa consciência, em realidade traz ao sol vetores de crueldade implícitos.

Em seguimento, García Amado sustenta que quaisquer das três concepções apresentadas de interpretação jurídica admitira, sem qualquer inconveniente, todos os métodos de interpretação mencionados. Trata-se apenas de escolha da ordem de preferência que entre eles se estabeleça⁴⁸. Especificamente sob o ponto de vista constitucional, destaca que sob sua óptica não há uma forma estática, permanente e consolidada. Ao contrário, cambiará ao sabor das variações pertinentes à teoria adotada, assim como em relação à concepção de normas e o seu conteúdo axiológico, principalmente no que toca à Constituição material e não meramente formal⁴⁹.

Agora bem, se não há como deixar de dar vazão ao fluxo substantivo no âmbito da interpretação, inclusive constitucional; se, ao tempo em que a metodologia dedutiva se revela aprisionada ao direito objetivo, posta-se, em verdade, aberta ao que ao direito se substancializa; e por fim, se essa abertura ultima por esquadrihar o limite que, em princípio, deveria ser aberto, como cogitar que a normatividade do direito possa dar conta da complexidade da sociedade sem se deixar colonizar por interesses setoriais, ou dar seguimento à lógica da crueldade?

As compreensões até agora expostas partem de pressupostos bem interessantes quanto à dinamicidade do sistema e sua abertura aos fluxos de pensamentos em trânsito na sociedade; viabilizando, bem assim, analisar as dificuldades que a argumentação por dedução enfrenta como metodologia de solução de casos, fáceis ou difíceis. Em primeiro lugar, há que se ter em linha de conta a dialética, de difícil alcance no quadrante lógico-formal ínsito ao silogismo. Ademais, a alteridade, de sorte a proporcionar o reconhecimento do outro enquanto sujeito digno e com igual condição de participação na sociedade; e, em seguida, a valoração subjetivo-racional, não particularista ao ponto de se emitir provimentos decisórios *ad hoc*, mas individualizada enquanto forma de vivenciar o texto posto e

⁴⁸ AMADO, Juan Antonio García, *op. cit.*, p. 64

⁴⁹ *Idem*, p. 69-73.

materializá-lo com pretensão de universalidade ao tempo em que se adjudica o direito propugnado.

Em derradeira observação neste tópico, vejamos se a epistemologia, neste ponto superando a ontologia, poderia justificar esta forma de pensamento, ou acrescentar perplexidades.

No capítulo 9 da obra “Evidencia y investigación”, Susan Haack, analisando a teoria que denomina de “pragmatismo vulgar” sustentada por Richard Rorty, pretende recolocar a epistemologia em sua seara adequada, redirecionando a concepção de filosofia⁵⁰. Inicia observando que ao pretender substituir confrontação por conversação, Rorty sugere abandonar a concepção de filosofia como algo centrado na epistemologia, objetivando a busca pelos fundamentos do conhecimento; e, em seu lugar, pretende a atitude de “ou isto, ou nada”. Observa que a revolução copérnica de Kant converteu a epistemologia de “ciência da mente” em algo claramente filosófico, elevando-a à categoria de *a priori* e provocando uma confusão do conhecimento, nomeadamente em relação à justificação da causalidade⁵¹. Pondera, o que condiz diretamente com o que até o momento se aventou, que não se pode esperar acordo algum sobre quais pautas ou crenças se entendam corretas; e tampouco existe sentido em pretender ratificar este ou aquele critério de justificação argumentando que as crenças que os satisfazem têm probabilidades de serem verdadeiras. Isso porque a justificação não é somente uma questão social, mas também algo convencional. Por fim, sustenta que o papel da epistemologia se resumiria melhor ao de um hermeneuta, mais edificante do que sistemático e mais bem poético do que filosófico⁵².

Haack pensa em sentido diametralmente oposto, considerando que a justificação da causalidade pode ser compreendida como interação entre aspectos causais e avaliativos da justificação e que o convencionalismo de Rorty confunde critérios de verdade, ademais de se revelar indevidamente relativista, já que o contextualismo faz com que a justificação dependa da comunidade a qual pertence o sujeito, ao revés de considerar por igual as pautas epistêmicas de todas e cada uma das comunidades⁵³.

⁵⁰ HAACK, Susan. **Evidencia y investigación. Hacia la reconstrucción em epistemología**. Traducción de M^a. Ángeles Martínez García. Madrid: Editora Tecnos, 1997.

⁵¹ HAACK, Susan, *op. cit.*, p. 251-252.

⁵² *Idem*, p. 252-253.

⁵³ *Ibidem*, p. 254-263.

normativo da razão: i) a mudança de ênfase para a emoção, sentimento, vontade, ao revés do pensamento, raciocínio e cognição; e ii) denegrir o padrão epistêmico, “padrões sobre o qual faz uma evidência melhor ou pior e o que faz a investigação ser bem ou mal conduzida, como não sendo mais do que locais, convencionais e veladamente políticos.”⁵⁸. Este item ii) é, ao que parece, a convergência entre a crítica idealizada por Susan Haack em “Evidencia y investigación” e sua complementação e aprofundamento em “Manifiesto de una moderada apasionada”. Ao tempo em que retrata a divergência quanto ao objeto da epistemologia, correlaciona-a com a concepção de racionalidade e verdade para o ser humano, aparentemente deixando entrever que, em que pese a aspiração de Pierce quanto à verdade, a racionalidade do ser humano ao intentar alcançá-la deve ser meta, mas não justificativa – causal – para afastar seu subjetivismo, emoções e sentimentos.

Este rápido esboço demonstra, no que importa ao item ora trabalhado: a) a epistemologia, vacilante em seu próprio objeto de conhecimento, não pode auxiliar, indene de controvérsias, ao estabelecimento definitivo da verdade, ínsita ou não às normas; ao contrário, relega-a ora ao convencionalismo, ora ao fundacionalismo, ora à representação, ora ao sabor de visões particularistas quanto ao seu objeto; b) a visualização do ser humano enquanto racional não o credencia à objetividade plena, senão dela o afasta, pois o confirma enquanto ser vivente, falível e emocional. Neste ponto, ainda que eventualmente harmônico o sistema normativo em vigor, decorreria a ausência de objetividade do próprio operador, subjetividade essa que não pode ser sanada na visão da epistemologia, porque inerente à sua essencialidade enquanto ser humano.

Vejamos, então, outro contraponto. E se, para adequar a formatação do pensamento jurídico por meio da decisão judicial à realidade dialética e à filosofia da linguagem, cogitássemos do abandono da argumentação por dedução, de sorte a que o juiz,

alguns de nós, e para aqueles apenas algumas vezes. E seu uso normativo é multiforme, abrangendo, *inter alia*: agir de tal maneira que, dadas as suas crenças, você provavelmente atingirá suas metas; ter objetivos que correspondam apropriadamente às suas necessidades; acreditar razoavelmente; conduzir a investigação de forma apropriada. Nós, seres humanos, temos a capacidade de raciocinar, somos racionais no sentido descritivo, mas, longe de sermos sempre racionais nos sentidos normativos, somos falíveis, imperfeitos, muitas vezes mentalmente preguiçosos, descuidados, indiferentes à verdade. E nossa capacidade de raciocinar traz consigo o perigo de o pensamento transformar-se em patológico – da falsidade grotescamente elaborada, da obscuridade exagerada [*affected obscurity*], do *nonsense* que faz sentido [*glossogonous nonsense*].” *Ibidem*, p. 225.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 225-226.

franca e abertamente, lançasse mão de sua pessoal compreensão acerca do direito para conferir acerto à testilha?

Essas questões foram outrora pensadas e repensadas tanto por integrantes da denominada escola realista⁵⁹, como por partidários da Critical Legal Studies⁶⁰, ademais, evidentemente, daqueles que defendem o emotivismo filosófico⁶¹ de maneira veemente e pujante. Esta forma de ver o direito, todavia, recebeu a pecha de particularista, *ad hoc*, e sem pretensão de universalidade, argumentando-se que traria insegurança jurídica ao sistema como um todo e, por isso, não deveria ser adotada⁶².

Talvez então, ante o insucesso que as soluções *ad hoc* possam representar, seja possível alcançar a compreensão de que as regras devam incidir (salvaguardando-se a metodologia dedutiva), ainda que eventualmente derrotáveis; e os princípios aplicados, mesmo que ponderados em algumas circunstâncias.

Ocorre que: i) a incidência na forma tudo ou nada das regras não garante a total e completa proscrição de problemas afetos ao regramento em si⁶³; ii) a ponderação não se apresenta indene de críticas, havendo aqueles que a consideram inclusive pior e mais perigosa do que pode em princípio parecer⁶⁴; iii) e, finalmente, não se resolve adequadamente as questões das lacunas.

⁵⁹ Quer em sua feição escandinava: ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2ª ed., 2007. Vide, em especial, o capítulo de fontes do direito, em que o Autor deixa claro o direcionamento do direito legislado ao juiz, característica da escola escandinava. A respeito da temática realista, veja-se interessante trabalho: SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: judicial activism ou judicial self-restraint. In: **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, vol. 874, p. 11, ago/2008, dtr 2008\533. Quer norte-americana: excelente abordagem do pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr. pode ser encontrada no artigo “**O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.**”. GODOY, Arnaldo Sampaio de. Artigo disponível, na íntegra, em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>. Acesso em 20 fevereiro 2015.

⁶⁰ KENNEDY, Duncan. **Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013. HUNT, Alan. The Theory of Critical Legal Studies. In: **OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES**, vol. 6, n. 01, p. 1-45.

⁶¹ Entre outros, observem-se as seguintes obras: AYER, Alfred Jules. *Language, Truth & Logic*. New York: Dover Publications Inc., 1952. RUSSEL, Bertrand. **Political Ideals**. 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/fe95/Downloads/Russell,%20Bertrand%20-%20Political%20Ideals.pdf>. Acesso em 02 de mar. 2015.

⁶² Neil MacCormick dedica todo um capítulo em sua obra “Retórica e o Estado de Direito” ao estudo do Universalismo e Particularismo, descrevendo inúmeras as críticas que se pode fazer tanto a uma quanto a outra forma de aplicação do direito. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Corado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 106-134.

⁶³ Como o demonstram, para citar alguns, autores como Herbert Hart, Sebatian Soler e Genaro Carrió, que na sequência do trabalho serão analisados. Opta-se, assim, neste momento propedêutico por não adentrar ao exame de cada teoria.

⁶⁴ Juan António Garcia Amado tece ácidas críticas acerca da técnica da ponderação. Observe-se o seguinte excerto: “Nosotros sostenemos dos tesis. Una de carácter general: las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos

Observemos, portanto, o ponto a que se chega neste momento propedêutico de análise. A argumentação por dedução, como se expôs anteriormente, não se presta a ceifar a complexidade das questões atualmente vivenciadas no âmbito social; tampouco o recurso à ponderação parece defenestrar esta problemática. Não há, em princípio, como deixar de considerar particularidades para o exercício da tarefa judicial, mas, de outro giro, tal não pode representar soluções *ad hoc*, descompromissas com a universalidade⁶⁵. As regras, por si sós, apresentam lacunas que inviabilizam a metodologia dedutiva como forma de colmatação; e, quando não apresentam, ainda assim podem ser derrotadas por outra normatização, quais outras regras, ou princípios.

O objeto deste trabalho, diante desta complexidade, é o estudo das lacunas, pelo que não serão abordadas especifica e diretamente questões alusivas quer à insuficiência do modelo dedutivo, quer em relação às críticas, vantagens e/ou de superioridade da aplicação de princípios frente às normas. Tampouco definições que se situam afora da linha central do estudo serão perscrutadas e desenvolvidas. O mote central da investigação é o de levar a cabo o exame das lacunas e verificar a eventual existência de forma(s)/metodologia para colmatação.

Evidentemente, contudo, por se situar em um contexto de análise mais profunda do direito enquanto ciência⁶⁶ e método epistemológico para solução de conflitos⁶⁷, a técnica da subsunção – e a racionalidade lógica clássica que lhe é inerente – deve ser repensada, não para afastá-la, senão para aperfeiçoá-la enquanto forma de adjudicação – e realização⁶⁸ – de direitos.

judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruídos y tratados de las dos maneras. Y otra referida a esta Sentencia que se analiza: es más comprensible y aparenta mayor racionalidade (por ser más tangible y más abiertamente analizables y argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento interpretativo/subsuntivo que si presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación.” AMADO, Juan Antonio García, *op. cit.*, p. 45-46.

⁶⁵ Universalidade é aqui mencionada como compromisso em virtude tanto da coerência que dela emana, como em razão dos critérios de razão prática que, em geral, a exigem. De qualquer forma, tampouco há como deixar de considerar que mesmo a universalidade é histórica e contextualizada, representando liame bem evidente ao eixo central do trabalho, o “framework” Tayloriano.

⁶⁶ No sentido postulado por Nino, em “La validez del derecho”. NINO, Carlos Santiago. **La validez del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.

⁶⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª ed., 1991.

⁶⁸ Atualmente, propugna-se não apenas pela adjudicação como forma de compreensão do direito, senão também pela realização dos direitos adjudicados. Vide, entre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V28LMLEL6TUIJ:www.marinoni.adv.br/files_/A%](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V28LMLEL6TUIJ:www.marinoni.adv.br/files_/A%20)

Vejam, assim, outras especificidades hodiernas capazes de denotar dificuldades enfrentadas no contexto decisório.

b. O Poder Judiciário e a motivação:

1. Decisões estruturantes:

A compreensão dos provimentos judiciais decisórios enquanto atos de adjudicação de direitos passa por nova etapa no âmbito da processualística moderna. Se, tradicionalmente, tinha-se o microlitígio, o processo subjetivo e os conflitos individuais como padrão, atualmente a mesma situação já não se verifica. Danos coletivos, conflitos em massa, processos objetivos e decisões que ultrapassam a tradicional leitura de institutos como o princípio da correlação (ou congruência), litisconsórcio e coisa julgada, ademais do próprio papel do juiz desafiam os juristas e fomentam a re-análise e discussão de meios e modos capazes de atingir, a um só tempo, a efetividade que se espera dos direitos fundamentais e a máxima plenitude das disposições constitucionais⁶⁹.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a função do Poder Judiciário tampouco se resume aos imbróglis existentes entre Tício e Caio ou Tibúrcio e Március. Frequentemente se travam discussões acerca da possibilidade de realização de políticas públicas ou implementação de direitos que, em primeira visada, revelavam-se agasalhados por normas programáticas ou de eficácia imediata⁷⁰.

2520JURISDI%25C3%2587%25C3%2583O%2520NO%2520ESTADO%2520CONSTITUCIONAL.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 01 mar. 2015.

⁶⁹ Owen M. Fiss observa, a propósito, que: “The legislative and executive branches of government, as well as private institutions, have a voice; so should the courts. Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. They too can make a contribution to the public debate and inquiry”. FISS, Owen M. “The Forms of Justice” (1979). **Faculty Scholarship Series**. Paper 1220. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em 20 fevereiro de 2015. António Manuel Hespanha parece se inclinar também à releitura da função judicial, observando que “(...) Algumas das mais importantes questões constitucionais norte-americanas nos dias de hoje relacionam-se com esta tensão entre o judicial e o legislativo; (...)”. HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2009, 2ª ed., p. 149.

⁷⁰ Especificamente acerca das políticas públicas, atual concepção como direitos passíveis de implementação e os esforços estatais para tanto, observe-se: OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. **Estado e políticas públicas no Brasil: desafios ante a conjuntura neoliberal. Serviço Social e Sociedade**. São Paulo, n. 93, p. 101-123, março 2008, p. 102. Thiago Lima Breus também destaca este ponto: “As políticas públicas se tornaram uma categoria de interesse para o direito há pouco tempo, havendo pouca literatura jurídica acerca do tema, do seu conceito, da sua situação entre os diversos ramos jurídicos, assim como do regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e realização. E isso porque as necessidades sociais, ao tempo do modelo de Estado antecedente, eram subsumidas à noção de interesse público. Atualmente, com o aumento do pluralismo social

Este fenômeno não é exatamente recente. Já na década de 20 a chamada Corte Lochner, nos Estados Unidos, defrontou-se com testilhas fáticas que usualmente colocavam em rota de colisão a atuação típica do Poder Judiciário frente à também típica realização das atribuições dos demais Poderes constituídos. A título de exemplo pode ser citado o caso Lochner v. New York, 1905⁷¹, famoso à época em razão do confronto Estado-Liberal Vs. Estado Social, que já se revelava candente.

Antes ainda, no período de 1889 a 1904, o juiz Magnaud, que presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Tierry já considerava, em julgados reunidos em dois volumes (*Les jugements du président Magnaud – 1900*; e *Les nouveaux jugements du président Magnaud – 1904*) ser primordial a apreciação subjetiva do conflito, não devendo o juiz se preocupar em demasia com a lei, jurisprudência ou doutrina. O “bom juiz Magnaud”, como era conhecido, privilegiava a equidade, ainda que tivesse de decidir *contra legem*.⁷²

Ao que se pode perceber, àquela época já se empreendiam discussões que não se encerravam no direito constituído, mas acresciam juízos valorativos símiles aos que os

‘necessidades sociais nunca antes sentidas passaram a reclamar ações do Poder Público, muitas de natureza prestacional, atingindo áreas da vida pessoal e social que estavam fora do âmbito da política’, por isso mostra-se premente a análise jurídica das políticas públicas.” BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional – Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: editora Fórum, 2007, p. 217.

⁷¹ Para consultar a íntegra do caso: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional40.html. Acesso em 17 fevereiro de 2014.

⁷² Perelman, citando François Geny, observou que “O presidente Magnaud queria ser ‘o bom juiz, clemente para com os miseráveis, severo para com os privilegiados.’ Não se preocupava com a lei nem com a doutrina, nem sequer com a jurisprudência, comportava-se como se fosse a encarnação do direito: ‘É a apreciação subjetiva’, escreve Geny, ‘que domina e anima, ao mesmo tempo, todo o processo de julgamento do presidente Magnaud. Ele pretende ver, por si mesmo e à primeira vista, o motivo da decisão. E, se recorre à lei, é para apreciar-lhe o valor segundo seu juízo pessoal. Assim, critica do alto e sem medir palavras a jurisprudência estabelecida que não corresponderia a suas opiniões pessoais. Entretanto, mais grave ainda, essa apreciação subjetiva consiste apenas em considerações vagas, mais aptas a tocar o sentimento do que a firmar a razão, e que é, de qualquer modo, impossível de condensar, quer em princípios firmes, quer em meios práticos, constitutivos, em seu conjunto, de um sistema bem articulado.’”. PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2ª ed., p. 97-98. Luís Guilherme Marques cita alguns dos julgados famosos proferidos pelo Presidente Magnaud: “Citamos algumas de suas decisões mais famosas: num julgamento famoso, que chamou a atenção de todo o país na época, inclusive tendo sido objeto de explorações político-partidárias, absolveu uma mulher por furto famélico; num outro julgamento absolveu um rapaz que não conseguia emprego e que era acusado de mendicância e vadiagem; absolveu uma mulher acusada de adultério, tendo fundamentado sua sentença no entendimento de que não havia prejuízo público, mas apenas para a vida dos próprios cônjuges; e, através de inúmeras decisões surpreendentes para a época, pretendeu a descriminalização do adultério, o reconhecimento do que depois se tratou como estado de necessidade, avançou no sentido do direito de greve, de segurança do trabalho, da valorização da mulher e sua igualdade em relação ao homem etc.” MARQUES, Luiz Guilherme. Texto integral disponível em <<http://ratione-temporis.blogspot.com.br/2006/05/paul-magnaud-o-bom-juiz.html>>. Acesso em 25 fevereiro de 2015.

administradores ou legisladores realizam para efetivar os direitos adjudicados. O diferencial neste ponto era que a solução se encerrava no âmbito dos conflitos individuais, não se atendo propriamente às questões coletivas, ou, em que pese intersubjetivas, de repercussão *ultra-partes* ou de natureza difusa.

Terá sido esta a agrura sempre presente no âmbito judicial, outrora discutida sob o enfoque das teorias da ética? Ou somente em cenário mais recente se pode entrever estas interseções que giram de ponta cabeça a tradicional doutrina constitucional?⁷³

De fora parte esta teórica – e filosófica – ponderação, fato é não se pode mais negar ou compreender como atípica a atuação jurisdicional que congloba decisão com conteúdo programático-executivo do decidido e/ou a agenda política discutida na arena adequada.

Os provimentos judiciais decisórios conhecidos como estruturais, ou estruturantes, apresentam a característica de adjudicarem direitos, mas, ao mesmo tempo, programarem a execução do decidido. Independentemente da fiel observância ao quadrante normativo positivado, com frequência vão além, estabelecendo a forma da execução do decidido, ademais de por vezes normatizarem todo um setor ou segmento social.

Sérgio Cruz Arenhart, em trabalho justamente intitulado “Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro”, destaca que as decisões estruturais podem ser compreendidas como aquelas que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado⁷⁴.

⁷³ Carlos Santiago Nino propõe, no âmbito das teorias éticas, divisão entre as feições descritivas e não descritivas, subdividindo-as em Naturalistas e não naturalistas (as descritivas) e prescritivas e emotivas (as não descritivas). Como o enfoque do presente trabalho não é o de abordar especificamente as teorias éticas, mas apenas a elas fazer referência, compreende-se que a concepção cunhada por Nino, a que ora se faz alusão, atende perfeitamente a tarefa, constituindo material de estudo de inequívoca importância, motivo pelo qual se faz a presente remissão. NINO, Carlos Santiago. **Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 32.

⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. RePro 225, nov. 2013, p. 07. Owen Fiss assim esclarece acerca da conceituação das decisões em foco: “Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values. Structural reform - the subject of this essay - is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central - maybe the central - mode of constitutional adjudication”. FISS, Owen, *op. cit.*, p. 02. Outros autores, a exemplo, de Rodger Citron – CITRON, Rodger. The case for a structural injunction to improve indigent defense services. *In: THE YALE LAW JOURNAL* – vol. 101: 481, CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *In:*

No Brasil, talvez o exemplo mais candente de decisão estrutural possa ter sido evidenciado por oportunidade do julgamento da ação popular que impugnava a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em que o Supremo Tribunal Federal adicionou à parte dispositiva do acórdão 19 (dezenove) cláusulas condicionantes, as quais passariam a disciplinar a demarcação de qualquer terra indígena que a partir de então se realizasse no Brasil⁷⁵. Prolatou-se o que se vem denominando de “sentença aditiva”⁷⁶, que, por sua natureza, contém determinações abstratas e genéricas a regular determinado ponto omissis que obste o cumprimento de cláusulas constitucionais.

Outra decisão, agora de primeira instância, que bem representa a questão sob enfoque foi aquela proferida na Ação Civil Pública n.º. 93.80.00533-4 (SC), que condenou as mineradoras que figuravam no polo passivo, seus sócios-gerentes, mandatários ou representantes (ou sucessores), a União Federal e o Estado de Santa Catarina, solidariamente a apresentar, dentro de 06 (seis) meses um projeto de “recuperação da região que compõe a Bacia Carbonífera do Sul do Estado (...) com cronograma mensal de atividades a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 03 (três) anos (...)”⁷⁷.

Em casos tais, observe-se que não há apenas a adjudicação do direito, mas, além do acertamento da controvérsia, também a implementação de cronograma para realização do direito adjudicado. O diferencial neste último caso citado fica por conta da forma de execução da sentença, que se protraí até os dias atuais e conta até mesmo com um site para ser acompanhada pelos interessados⁷⁸.

HARVARD LAW REVIEW, v. 89, n. 7, mai. 1976., além de Mark Tushnet: TUSHNET, Mark. Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century. *In*: **NUJS LAW REVIEW**. 177, abr. 2011 também vêm estudando a temática ora tratada.

⁷⁵ Todas as cláusulas podem ser verificadas no trabalho desenvolvido por Ana Sinara Fernandes Camilo, com especial realce à cláusula 17. CAMILO, Ana Sinara Fernandes. **O STF, a Condicionante n.º. 17 do caso “Raposa Serra do Sol” e a sua possível repercussão na demarcação das terras indígenas no Ceará**. Íntegra do trabalho disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>> Acesso em 24 fevereiro de 2015.

⁷⁶ Para Leandro Paulsen, sentença aditiva é aquela “decisão que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma lei, adita e adequa-lhe à interpretação da Constituição. Em verdade, a sentença aditiva manipula a norma que reputa inconstitucional, por insuficiência do seu enunciado, estendendo o seu alcance, ou seja, ampliando o seu âmbito de incidência, com o escopo de torna-la constitucional.” PAULSEN, Leandro. **A sentença aditiva como método de afirmação de constitucionalidade**. Texto disponível na íntegra em <http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33> Acesso em 24 fevereiro de 2015.

⁷⁷ Íntegra da decisão disponível em <<http://https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/admin/imagens/noticias/file/acp%2000-25439.pdf>>. Acesso em 24 fevereiro de 2015.

⁷⁸ <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/portal/conteudo_portal/conteudo.php?cat=121> . Acesso em 24 fevereiro de 2015.

Novamente, esta situação não se revela atual. Nos Estados Unidos, já por oportunidade da Corte Warren, não há como olvidar do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, e os sequenciais casos Brown I e II, em que a Corte não apenas compreendeu inconstitucionais as políticas de discriminação racial em Universidades, como também implementou cronograma para eliminação das situações que compreendia incompatíveis com a Carta Constitucional⁷⁹.

Posta esta situação, cumpre verificar como – e se – tal se justifica sob o aspecto da teoria da decisão judicial; ou se, ao revés, revela-se, para usar expressão atual, ponto fora da curva que nada representa senão modismo fadado ao insucesso e esquecimento.

Vejamos o desenvolvimento, a título exemplificativo, de algumas questões que podem ter contribuído para a adoção de nova postura por parte do Poder Judiciário, ao ponto de se chegar aos provimentos de natureza estruturantes.

Com o final da segunda guerra mundial e derrocada de regimes totalitários, vivenciou-se no mundo uma incessante busca pela justiça em todas as formas de manifestação do pensamento: no direito, especificamente, procurou-se, com a difusão das ações afirmativas, resgatar injustiças históricas há muito sucedidas⁸⁰. O conceito “affirmative action” se verificou, mais modernamente, em primeiro momento em seara executiva, principalmente por ocasião da Executive Order n^o. 8802, emitida pelo Presidente Franklin Roosevelt em 25 de junho de 1941⁸¹ que, buscando evitar marcha por Washington organizado pelo pioneiro dos direitos civis A. Philip Randolph, determinou a não-discriminação no emprego em projetos financiados pelo governo. Dois anos depois, o Presidente Roosevelt ampliou a cobertura da ordem executiva para todos os contratantes federais e subcontratados⁸². Posteriormente, advieram, ainda em sede executiva, a Ordem

⁷⁹ A descrição do caso pode ser encontrada em: MORO, Sérgio Fernando. **A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 48, p. 281, Jul. 2004, DTR 2004\404.

⁸⁰ Esta é uma visão da questão. É possível explorar esta movimentação no âmbito do direito também por outros pontos de vista, como o faz Michael Sandel. SANDEL, Michael J.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 4ª edição. 2011.

⁸¹ Íntegra do texto disponível em http://www.classbrain.com/artteenst/publish/article_71.shtml. Acesso 23 fevereiro de 2015.

⁸² Informações disponíveis em <http://www.civilrights.org/resources/civilrights101/affirmaction.html>. Acesso 23 fevereiro de 2015. Note-se, em especial, as cláusulas 1 e 2, e, em cujos termos **determina-se**: i) que todos os departamentos e agências do Governo dos Estados-Membros em causa com programas de formação profissional e de formação para a produção de defesa devam tomar medidas especiais adequadas para assegurar que não se empreenda discriminação por motivo de raça, credo, cor ou origem nacional nos programas governamentais; e ii) que todas as agências contratantes do Governo dos Estados Unidos incluam

Executiva nº 10925, emitida pelo Presidente Kennedy, criando o comitê sobre iguais oportunidades de emprego e determinando que os empreiteiros federais não só zelassem pela não discriminação, mas que adotassem ações afirmativas para assegurar a igualdade de oportunidades, estabelecendo sanções para o caso de descumprimento⁸³; e Ordem Executiva nº. 11246, emitida pelo Presidente Lyndon Johnson, discriminando de maneira minudente a política de iguais oportunidades de trabalho e, com a alteração que recebeu em 1967, proibindo discriminação sexual por empreiteiros federais, juntamente com a exigência de que se envolvessem em esforços de boa fé para expandir as oportunidades de trabalho para as mulheres⁸⁴.

No ambiente judicial, a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu, em 1978, no caso *Regents of the University of California v. Bakke*, que o programa especial de admissão da Universidade deixando de lado um número fixo de lugares para as minorias na escola de medicina da Universidade da Califórnia violava o Título VI da Lei de Direitos Civis de 1964, que proíbe a discriminação por programas financiados pelo governo federal⁸⁵. No caso *United Steelworkers of America v. Weber*, julgado em 1979, o contexto era o seguinte: um novo programa de treinamento para os trabalhadores em uma fábrica de Louisiana havia viabilizado a contratação de algumas minorias para cargos qualificados. O empregador e o sindicato haviam acordado que cinquenta por cento dos cargos no programa

em todos os contratos de defesa negociados uma disposição que obriga o contratante não discriminar qualquer trabalhador por causa de raça, credo, cor ou origem nacional.

⁸³ Nesta Ordem Executiva há, inclusive, o reconhecimento expresso de obrigações e medidas positivas a serem adotadas pelo Governo com vistas a promover a não discriminação no âmbito laboral: “ é a obrigação clara e positiva do Governo dos Estados Unidos para promover e assegurar a igualdade de oportunidades para todas as pessoas qualificadas, sem distinção de raça, credo, cor ou origem nacional, empregadas ou à procura de emprego com o Governo Federal e em contratos com o governo; é a política do Poder executivo do Governo para incentivar por medidas positivas igualdade de oportunidades para todas as pessoas qualificadas no seio do Governo”. A íntegra da Ordem Executiva encontra-se disponível em <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em 23 fevereiro de 2015.

⁸⁴ A íntegra da Ordem executiva pode ser encontrada em <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>. Acesso em 23 fevereiro de 2015.

⁸⁵ A íntegra da decisão pode ser encontrada em <http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar32.html>. Acesso em 23 fevereiro de 2015. Destaque, no caso, para as opiniões externadas pelo Justice Justiça Powell, segundo o qual "a garantia da proteção igual não pode significar uma coisa quando aplicada a um indivíduo e outra coisa quando aplicada a uma pessoa de outra cor."; e Justice Thurgood Marshall, ao argumentar que a raça poderia corretamente ser considerado em um programa de ação afirmativa, uma política de tomar medidas positivas para corrigir os efeitos da discriminação passada: "À luz da triste história de discriminação e seu impacto devastador sobre a vida dos negros, trazendo o Negro para o mainstream da vida norte-americana deve ser um interesse estatal da mais alta ordem. Para deixar de fazê-lo é o de assegurar que a América permanecerá para sempre uma sociedade dividida. Eu não acredito que a Décima Quarta Emenda obriga-nos a aceitar que o destino".

de treinamento iria para os trabalhadores afro-americanos e outros cinquenta por cento para os brancos, de maneira que em de cada grupo cargos seriam preenchidos com base na antiguidade. Tal programa gerou a insatisfação de um funcionário branco, que o questionou em Juízo sob o fundamento de que teria havido violação ao Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964. O Tribunal rejeitou o pleito e afirmou que a lei permitiu a ação afirmativa por particulares “para eliminar os padrões tradicionais de segregação racial”⁸⁶. A discussão das ações afirmativas voltou à tona em *Fullilove v. Klutznick*, julgado em 1980⁸⁷, em *Stotts v. Memphis Fire Department* (1984)⁸⁸, *Wygant v. Jackson Board of Education*, julgado em 1986⁸⁹, *City of Richmond v. Croson*⁹⁰, julgado em 1989, *Adarand Constructors v. Peña*

⁸⁶ Íntegra do caso disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/443/193>. Acesso 23 fevereiro de 2015. Justice Brennan, ao externar a opinião da Corte, destacou que “O plano não requer a descarga de trabalhadores brancos e sua substituição por novas contratações de negros. (...). O plano também não cria um obstáculo absoluto para o avanço dos empregados brancos; metade das pessoas treinadas no programa será branco. Além disso, o plano é uma medida temporária; não se destina a manter o equilíbrio racial, mas simplesmente eliminar um desequilíbrio racial manifesto.”

⁸⁷ Íntegra em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=448&invol=448>. Acesso 23 fevereiro de 2015. Caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o Congresso dos EUA poderia constitucionalmente usar seu poder de gastos para remediar discriminação passada.

⁸⁸ Íntegra do caso em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/561>. Acesso 23 fevereiro de 2015. O caso questionava determinação à cidade de Memphis para que seguisse sistema de antiguidade na determinação de quem deve ser demitido, como resultado de um déficit orçamental de recurso. A opinião da Corte, entregue pelo Justice White, foi no sentido de que o sistema de antiguidade foi adotada com intenção discriminatória e, portanto, não poderia ser mantido.

⁸⁹ A Corte reafirmou que os programas de ação afirmativa legais não podem exigir que os trabalhadores do sexo masculino sejam afastados para abrir caminho para os trabalhadores do sexo feminino. No caso *Wygant*, o Tribunal considerou que um empregador público não pode demitir trabalhadores brancos para proteger os empregos de trabalhadores negros, ainda que discrepem em níveis de capacitação. Íntegra do caso disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=476&invol=267>. Acesso em 23 fevereiro de 2015.

⁹⁰ Com composição da Corte alterada, incluindo juízes refratários à política afirmativa, a Corte pela primeira vez deliberou que casos afetos a esta temática devem ser analisados sob o *strict scrutiny*, o que equivale a dizer que deve restar patente o interesse governamental acerca do plano/ato questionado. Íntegra do caso pode ser examinada em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/469/case.html>. Acesso em 23 fevereiro de 2015. Observe-se o seguinte excerto da opinião da Corte, entregue por Justice O’Connor (tradução livre): “A afirmação generalizada de que houve discriminação passada na indústria da construção inteira não pode justificar o uso de uma quota racial inflexível, uma vez que não fornece orientação para o corpo legislativo da cidade para determinar o alcance exato da lesão que procura remediar, e permitiria a tomada de decisões com base em raça essencialmente ilimitado em alcance e duração.”. Ressalte-se, pois, a necessidade de comprovação, baseada no *strict scrutiny*, do interesse governamental.

(1995)⁹¹ e, finalmente, o precedente mais recente, *Grutter v. Bollinger* (2003)⁹², estando atualmente ainda em voga na pauta da Suprema Corte, assim como nas Distritais⁹³.

No cenário judicial pátrio, o Supremo Tribunal Federal já se confrontou com a questão das ações afirmativas, como no caso da ADPF N.º. 186/DF, em que a Corte se debruçou sobre a constitucionalidade da política de cotas na Universidade de Brasília, tendo reconhecido a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (no caso, 20% de cotas étnico-raciais) no processo de seleção para ingresso de estudantes, em prestígio ao princípio da isonomia⁹⁴.

⁹¹ Caso em que, por 5 votos a 4, manteve-se o padrão de *strict scrutiny* para análise das políticas de ação afirmativa. Na espécie, decidiu-se que o padrão rigoroso também se aplicaria a programas federais de ação afirmativa. Íntegra do caso disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/200/case.html>. Acesso em 23 fevereiro de 2015.

⁹² Barbara Grutter mulher branca, ingressou em juízo contra a Universidade de Michigan, sob o argumento de que havia sofrido discriminação racial, ante a política de admissão da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan. Vencedora em primeiro grau e perdedora em grau superior, ao final a Suprema Corte acabou assentando que os meios utilizados pela Faculdade de Direito de Michigan haviam respeitados os ditames constitucionais. Isso porque a instituição não tinha feito uma mera reserva de vagas, visto que cada candidato foi avaliado individualmente. A íntegra do caso pode ser encontrada em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>. Acesso em 24 fevereiro de 2015.

⁹³ Para um exame específico das ações afirmativas no direito norte-americano, vide: Ziliani, Estefanía. La acción afirmativa en el derecho norteamericano. **REVISTA ELECTRÓNICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES "AMBROSIO L. GIOJA"**. Año V, Número Especial. 2011, p. 69-80. Também para o exame de ações afirmativas em segmentos variados do direito: JUARÉZ, Mario Santiago. **Acciones afirmativas**. México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011. TRINDADE, Nathália Maria Ariston. Ações afirmativas no Brasil: uma análise acerca da discriminação positiva como instrumento de concretização da justiça social. In: **FIDES**: Natal: vol. 02, n. 02, jul/dez 2011, p. 142-161. LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: **MERITUM**. Belo Horizonte, v. 01, n. 01, jul/dez 2006, p. 07-23. GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Como sustentou a Professora de Direito Constitucional da PUC de Minas Gerais, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal, “a Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los (...) O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilas do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República)”. Carmem Lúcia Antunes Rocha, Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: **REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO**, n.º. 15/96, p. 85.

⁹⁴ Íntegra do Acórdão pode ser encontrado em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>., Acesso 24 fevereiro de 2015. Em outras oportunidades o tema também foi tratado pela Suprema Corte, como nos seguintes casos: MC-ADI 1.276-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, a ADI 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, o RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto e a ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches e a MC-ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, sempre concluindo no sentido da constitucionalidade das ações governamentais afirmativas.

As ações afirmativas, quando analisadas em seara judicial, indicam que a adjudicação de direitos passa por momento valorativo, passado e prospectivo, tendente a exigir do órgão investido da função judicante que os seus provimentos decisórios abarquem cada vez mais uma multiplicidade de fatores, endógenos ou exógenos ao conflito em si e, ao final, apontem se a direção trilhada pelos demais Poderes se ajusta ou não ao catálogo de direitos preconizado na Carta da República; ou, acaso não se amoldem, qual seria então o redirecionamento para tanto.

Esta discussão se insere no contexto das decisões estruturantes, na medida em que, ademais de postular algo a mais do que o mero fenômeno do acerto do direito em disputa, reclama que a decisão tenha em sua estrutura um quadro esquemático e indicativo da conduta ativa dos Poderes constituídos. Para se chegar a tanto – e de maneira racional – evidentemente trabalharão em conjunto a teoria da decisão judicial e a argumentação jurídica, definindo critérios e formas de justificativa, interna e externa, dos provimentos decisórios.

No que diz respeito ao presente trabalho, tem-se, com este recorte temático, mais um exemplo de perplexidade que torna ainda mais complexa a função judicante e dificulta a racionalização da emissão de provimentos decisórios, quer a nível constitucional, quer infraconstitucional, inserindo o papel proativo do Poder Judiciário em nível de quase essencialidade de suas tarefas típicas.

Contextualizemos, no entanto, esse meandro resumidamente exposto, isto é, a complexidade que se assoma perante o juiz, quais suas possíveis justificativas e eventuais formas de enfrentá-la.

Alberto del Real Alcalá, em trabalho em que sustenta a existência de um sistema jurídico mais sofisticado no âmbito do neoconstitucionalismo⁹⁵, pondera que nos sistemas

⁹⁵ O termo “neoconstitucionalismo” e a sua utilização como forma de compreender o que se passa na sociedade atual, seja lá como se venha a classificá-la, não é uniforme no terreno dogmático. Ao contrário, o terreno, em si, revela-se deveras árido e espinhoso, consoante alerta Eudoro Echeverri: “Entienden algunos que el neoconstitucionalismo es un concepto que explica un fenómeno relativamente reciente al interior del Estado Constitucional, se trata de un asunto escasamente estudiado. Comparto, no obstante, la apreciación de Miguel Carbonell, acerca de autores que lo critican como Luis Prieto Sanchís, Juan Antonio García Amado, Carlos Bernal Pulido, “se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera”. (Subrayado para destacar)”. ECHEVERRI, Eudoro. Neoconstitucionalismo, ¿Verdad o ficción?. In: **MEMORANDO DE DERECHO**, año 3, nº. 3, 2012, p. 161-170. A bibliografia sobre o neoconstitucionalismo, suas críticas, vantagens e características é muito vasta e não será objeto deste trabalho.

jurídicos ocidentais posteriores à Segunda Guerra Mundial, de valores e princípios, operou-se a constitucionalização de direitos e princípios de justiça, de sorte que o Estado de Direito legalista do século XIX foi substituído pelo Estado de Direito neoconstitucional. Este constitucionalismo contemporâneo (ou constitucionalismo de princípios), segundo pensa, alça os juízes a função de novos senhores do direito, revelando seu protagonismo e os inserindo no centro da análise das principais dimensões do jurídico: a lei, os direitos e a justiça. Enleva a ductibilidade do direito, descrita por Gustav Zagrebelsky, sustentando que esta característica é o que permite a abertura do direito para uma sociedade pluralista. Nesse contexto, a precisão do material legislado não seria sempre e necessariamente desejável, já que podem não ser úteis para a regulação da vida em sociedade em suas múltiplas facetas; ao revés, os “casos marginais”, ou *borderline cases*, isto é, aqueles que se situam para além da zona de certeza, podem vir a significar a abertura desejada do direito para a complexidade em ambiente neoconstitucional. Por derradeiro, aventa que a decisão que resolve um “borderline case” se situa afora do mecanismo de bivalência jurídica próprio da subsunção, demandando outra técnica⁹⁶.

Gustav Zagrebelsky adverte acerca dessa função prospectiva das Cortes que operam no âmbito da legislação constitucional, salientando que a Corte incorre em uso alternativo do direito ao pretender não apenas retirar a norma malsinada pela pecha da inconstitucionalidade do ordenamento jurídico, senão também estabelecer a própria regra que obtém diretamente da Constituição, debilitando as funções políticas do legislador, reduzindo as leis a meras propostas facultativas e estabelecendo a interpretação final e definitiva, cerrada, acerca dos direitos em disputa⁹⁷. Aconteceria essa situação no tratamento das lacunas?

Daniel Gonzáles Lagier, em “Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho”, acentua a complexidade do processo de identificação das normas aplicáveis, em vista de concepção de direito que considera não apenas a faceta diretiva da norma, mas, em conjunto, o reconhecimento e relevância de outros elementos subjacentes a ela e que

Utiliza-se este aspecto teórico somente e na medida em que necessário para a explicação do tema em voga, os provimentos de natureza estruturantes.

⁹⁶ ALCALÁ, Alberto de Real. Un sistema jurídico más sofisticado en el neoconstitucionalismo. *In: CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, n. 23, 2011, p. 160-180.

⁹⁷ ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

consistem em práticas e convenções interpretativas⁹⁸. Note-se que o caminho na trilha da atual diretriz neoconstitucionalista denota, inexoravelmente: i) a existência de dimensão valorativa subjacente ao sistema regulado; ii) a insuficiência da metodologia dedutiva como técnica decisória; iii) a necessidade de abertura para fatores externos à norma em si; iv) o papel ativo do judiciário enquanto instância mediadora entre o ordenamento e a sua efetivação no seio da comunidade⁹⁹.

Estes elementos apontam para a viabilidade de provimentos estruturantes, que, na ponta da linha do sistema legislado, ultimam por fazer contrastar em muitas oportunidades a diretriz querida pelo ordenamento e a sua factibilidade. Reconhece-se o conflito e, com base nele, constrói-se a solução pertinente. A lógica formal cede passo à lógica do razoável, como, aliás, há muito apregoa Luis Recaséns Siches¹⁰⁰.

Para encerrar esse tópico e correlacioná-lo devidamente à temática das lacunas a ser explorada mais a frente, façamos ainda uma última ponderação, em que se pretende demonstrar que mesmo o mecanismo lógico encontra-se revisitado para, de alguma forma, imiscuir valores em seu interior. Ressalto, no entanto, que a estrutura interna da decisão judicial será trabalhada na sequência deste trabalho, de sorte que a menção ao aparato lógico, por ora, revelar-se-á tão somente perfunctória e em rápido esboço.

Luiz Vega Reñon, em trabalho intitulado “De la lógica académica a la lógica civil: una proposición”, apresenta concepção – há muito também sugerida, com algumas peculiaridades, por Recaséns Siches – no sentido de que a lógica que denomina “académica”, formal (no sentido Aristotélico do termo), seja substituída pela “lógica civil”,

⁹⁸ Encarnación La Spina apresenta, em texto denominado “Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo”, análise comparativa entre as obras de Gonzáles Lagier (Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho) e Paolo Comanducci (Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”). LA SPINA, Encarnación. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. In: **CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**, n. 20, 2010, p. 159-163. Recomenda-se a leitura, também crítica, de: PORTELA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. In: **DÍKAION**. Ano 23, n. 18, 2009, p. 33-54. MORESO, José Juan. Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. In: **ISONOMÍA**. N. 19, octubre, 2003, p. 1-16. SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **AFDUAM**, 5, 2001, p. 201-228.

⁹⁹ LAGIER, Daniel González. **Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho**. Disponível em http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/2_GZLEZ%20LAGIER.pdf. Acesso 28 fevereiro de 2015.

¹⁰⁰ SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo XX**. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, S.A., 1929. SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973.

aberta à teoria da argumentação e, por isso, mais dinâmica e capaz de acompanhar a evolução social¹⁰¹.

Pontua que a lógica civil se distingue da acadêmica em muitos fatores¹⁰², considerando que essa forma de ver a lógica se encontra no âmago da argumentação, verbalizando-se por intermédio dela e a utilizando como forma de manifestação; e, ao final, com isso garantindo maior fluidez na emissão de provimentos que a tenham como sustentáculo¹⁰³.

Pretendendo substituir a lógica formalizada, sistemática e exata por uma lógica mais contextualizada, sutil e atenta à pragmática das ações e interações discursivas, Vega acredita que através da ampliação ou complementação da lógica estandar com a teoria da argumentação em uma linha de atenção aos usos reais do discurso, a própria lógica poderia recuperar o sentido e a significação que vem perdendo nas últimas décadas¹⁰⁴, sobretudo, e, em grande parte, com a sua substituição por linguagem matemática a partir de Leibniz¹⁰⁵.

¹⁰¹ REÑON, Luiz Vega. De la lógica académica a la lógica civil: una proposición. In: **ISEGORÍA**, n. 31, 2004, p. 131-149.

¹⁰² “(...) a) sus analisis se refieren a usos del discurso publico, en una lengua vamacula, y se atienen a las categorias y las modulaciones pragmaticas del arguir y del argumentar en dicha lengua; por consiguiente, b) incluyen el reconocimiento de las creencias, actitudes, valores o propósitos, tanto expresos como tácitos, que dan dirección y sentido a los tratos e intercambios argumentativos en marcos discursivos dados; de manera que c) han de considerar tanto la bondad y la pertinencia argumentativas como la eficacia de la comunicación y la inducción de creencias, decisiones o acciones en el interlocutor o en los destinatarios del mensaje; así que, en definitiva, d) es una lógica interesada no solo en unas cuestiones teóricas y analíticas, como la conceptualización, la discriminación o la evaluación de unas razones, pruebas o argumentos, sino en ciertas cuestiones practicas, e.g. en compromisos eticos y consideraciones estrategicas como los de velar por la fluidez de la comunicación intersubjetiva y por la calidad del discurso publico. En suma, si ustedes se preguntaran que es lo que hoy y aqui, en nuestro tiempo y en nuestro medio sociocultural, debe saber de lógica una persona educada, una respuesta seria: por lo menos, lógica civil.” REÑON, Luiz Vega, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰³ “Bueno; y dónde se encuentra esa lógica civil? Como ya he sugerido, dentro del campo de la argumentación, por entre algunas de las proyecciones y derivaciones de los estudios sobre la argumentación. Segun esto, lo que debería aprender de lógica toda persona educada es, por lo menos, teoría de la argumentación. Ahora bien, es de suponer que todos los filósofos y alevines de filósofos son personas educadas. Luego lo que debería aprender de lógica un filósofo o un alevín de filósofo es por lo menos teoría de la argumentación”. *Idem*, p. 134.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 137.

¹⁰⁵ “Segun es bien sabido, la lógica conoció entre finales del siglo XIX y principios del XX una profunda transformaci3n tanto en su constituci3n como en su cultivo. Este cambio no tuvo mayor repercusi3n en Espa3a hasta los anos sesenta y, aun entonces, parecia un empeno con mas pretensiones que conocimientos tecnicos. Se trataba de sustituir una lógica no solo rancia, sino vinculada a la filosoffa neo-escolastica por otra no solo moderna sino cientifica, por la ‘lógica matematica’. *Ibidem*, p. 138.” A inserção da lógica no campo matemático acarretou, segundo Vega, uma especialização tão acentuada que ultimou por afastar a lógica da Filosofia. O Autor é bem crítico quanto ao ponto e chega mesmo a mencionar este fenômeno teria ensejado que a discussão da lógica se tornasse limitada a um círculo de professores e seus alunos, em fenômeno quase autista, restrito a um círculo de iniciados. Observe-se o excerto: “De ahí se desprende una rara sensaci3n que compartimos muchos, aun que no tantos estemos dispuestos a confesar: la sensaci3n de que la normalizaci3n de la lógica en los estudios de Filosofia se ha producido en falso, por no decir in vacuo, en el vacio. Esta

Para reavivar o intento argumentativo da lógica acadêmica, sugere: i) a adoção de uma concepção sistemática que considere a lógica como matéria teórica ou analítica autônoma, em cujo conteúdo poderiam ser desenvolvidas a teoria da prova, teoria da computação etc.; ii) a adoção de uma concepção mais filosófica e atrelada aos conceitos lógicos básicos, como consequência, necessidade, identidade, etc., ou a pressupostos ônticos e epistêmicos dos sistemas lógicos disponíveis; e, por fim, iii) a adoção de uma concepção instrumental da análise lógica: iii.1) orientada à análise das estruturas e métodos de inferência científica, ou iii.2) centrada na análise de inferência ou do discurso comum e dedicada ao estudo dos argumentos e das argumentações reais e efetivas¹⁰⁶.

A teoria da argumentação traria, portanto, instrumentos analíticos, contextuais e informais, ademais de perspectivas dinâmicas ao estudo da lógica, introduzindo-a no cerne de uma movimentação que, sob o prisma meramente formal, não encontra a devida guarida.

A proposta de Vega interessa neste tópico a fim de demonstrar que a contextualização que a argumentação proporciona, com vistas ao desenvolvimento da decisão judicial atenta à multiplicidade de fatores que se verificam em seu entorno, não reste sub ou sobrevalorizada; ao contrário, que seja levada em consideração à exata medida em que ampara a construção do provimento decisório final. Por outro lado, no contexto da decisão de natureza estruturante, a imbricação lógica-argumentação legitima a atuação judicial nos estritos limites em que se espera a nível institucional típico, ao tempo em que permite, com amparo técnico-formal, concitar a movimentação de outras estruturas estatais, ou intrínsecas ao mercado.

sensación viene inducida por la impresión de habérselas con un cuerpo extraño: es la propia lógica la que parece extraña a la mayoría de los profesores y estudiantes de Filosofía. Hay varios motivos y señales de este síndrome de - pongámonos tiernos - 'desencuentro'. Un motivo es la existencia misma de una lógica matemática y ajena a la Filosofía, como la desarrollada a partir de ciertos legados técnicos del siglo XX: modelos, estructuras algebraicas, recursividad, teoría de la computabilidad, programación lógica. 'Por lo tanto, ¿no será mejor ubicar la Lógica en Matemáticas?', se preguntan retóricamente algunos lógicos - que quizás se sorprenderían de lo que piensan al respecto algunos matemáticos, no muy dados a considerar de la familia todo lo que circula por ahí bajo el nombre de 'Lógica' y, en particular, de 'análisis lógico'. Hoy, en todo caso, la asociación más popular liga la lógica con la Informática y sólo los más viejos del lugar parecen recordar su *liaison* en los años sesenta-setenta con la Filosofía. En cuanto a los síntomas, recordemos la esquizoide experiencia del profesor de Lógica que vive dividido entre los resultados de una investigación casi autista, que sólo puede confiar a un círculo de iniciados, y las rutinas escolares que ha de desplegar y difundir como conocimiento público - *matéria troncal* - entre sus despegados alumnos y ante la indiferencia de sus colegas." *Ibidem*, p. 140.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 142.

Por fim, no que diz respeito ao escopo deste trabalho, o estudo da teoria das lacunas, também a convergência de motes preconizados pela lógica e a argumentação facilitará a busca de caminhos para o preenchimento racional-objetivo das diversas espécies de lacunas a serem adiante examinadas.

Vejamos, por fim, outra técnica decisória que, ademais de propugnar pelo desenvolvimento de nova metodologia no ambiente judicante, também sugere postura judicial que não se resume à adjudicação de direitos já inseridos no catálogo positivo existente.

2. Decisões intermédias:

Na obra “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, Jorge Miranda propõe distinção que, discrepando da fundamental compreensão binária constitucionalidade-inconstitucionalidade, sugere nova classificação alusiva à decisão judicial que, diante da inconstitucionalidade alegada em sede abstrata, utilize-se de efeitos que se situam para além da mera proscricção da lei ou ato normativo malsinado pela pecha declarada¹⁰⁷. Propugna, assim, que tais decisões sejam conceituadas como “intermédias, ou atípicas”, podendo ser subclassificadas em três situações: a) “decisões interpretativas”, em que a utilização da técnica da interpretação conforme à Constituição impede o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo; b) “decisões limitativas”, em que, evidentemente, verifica-se o limite dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; c) “decisões aditivas ou modificativas”, em que reconhecida a inconstitucionalidade, algo é acrescentado para permitir que continue vigendo no ordenamento jurídico.

Cibele Fernandes Dias, ao tratar das decisões intermédias e escandir a classificação de Jorge Miranda, exemplificando-a à luz da jurisdição constitucional brasileira, salienta que na decisão interpretativa primeiro devem ser identificados os diversos sentidos possíveis para o texto constitucional e, em seguida, empreender-se exame quanto à compatibilidade à Carta da República, excluindo-se os que a esta não se coadunam. Por consequência, a despeito de reconhecida a inconstitucionalidade de determinada

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2ª ed., 2005, p. 64-65.

interpretação, não se declara a inconstitucionalidade do texto objetivo da norma¹⁰⁸. A Autora exemplifica essa situação com o Acórdão proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal¹⁰⁹.

A propósito das decisões manipulativas de efeitos aditivos, em que, após o reconhecimento da inconstitucionalidade em razão de omissão parcial, dá-se interpretação extensiva, em ordem a abarcar também situações não previstas originariamente¹¹⁰, Cibele salienta que esta categoria se revela intrinsecamente correlacionada ao princípio da igualdade, na medida em que a interpretação ampliativa de uma norma constitucional tem por fundamento a extensão de um direito a um grupo ilegitimamente privado desse benefício; exemplificando, no caso do Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do Mandado de Injunção nº. 670/ES, em que foi reconhecido o direito de greve dos servidores públicos e, à falta de material legislado, determinou-se a aplicação analógica da lei que rege o direito de greve na iniciativa privada até que sobreviesse estatuto específico acerca do tema¹¹¹. Outros exemplos, também citados pela Autora, seriam os casos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277/DF, em cujos autos foi reconhecido que, à vista de lacuna normativa, as mesmas normas constitucionais que disciplinam a união estável para casais heterossexuais devem ser aplicadas à relação homoafetiva, até que sobreviesse tratamento legislativo específico pelo Congresso Nacional¹¹².

Para a Autora, ainda no contexto das decisões intermédias se encontram:

i) as “decisões substitutivas”, verificadas quando o controle judicial se efetiva sobre a consequência prevista na norma, substituindo-a por outra, como no caso do *Habeas*

¹⁰⁸ DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na Justiça Constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 152.

¹⁰⁹ DIAS, Cibele Fernandes, *op. cit.*, p. 155-156.

¹¹⁰ “Trata-se, pois, de uma técnica que alarga o âmbito de incidência da norma constitucional. As decisões aditivas geralmente declaram que uma disposição é inconstitucional na parte que não prevê algo ou que o preceito é constitucional acaso seja interpretado no sentido de incluir aquilo que seu texto não prevê expressamente. Independentemente da fórmula utilizada, estabelecem que uma disposição falta algo para ser conforme a Constituição.” *Idem*, p. 156.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 156-162.

¹¹² *Ibidem*, p. 162-164.

Corpus n.º. 102.094/SC, em que a Corte Suprema, compreendendo que punir quem comete crime de receptação qualificada de forma mais severa do que o autor de receptação simples afronta diretamente o princípio da proporcionalidade, propôs, para a solução da ausência de coerência legal, a subsistência do preceito primário do § 1º do art. 180 do Código Penal, embora aplicando o preceito sancionador contido no *caput* do artigo 180 do mesmo Diploma Legislativo¹¹³;

ii) decisões transitivas ou transacionais, caracterizadas pela emissão de um “recado” ou “determinação” ao legislador para que supra uma situação de inconstitucionalidade; a Autora sustenta, inclusive, que estas decisões admitem certa transação com o princípio da supremacia da Constituição, eis que aceitam, ainda que de maneira efêmera, situações de inconstitucionalidades reconhecidas como tais¹¹⁴;

iii) declarações de inconstitucionalidade sem efeito ablativo: em que, a despeito da declaração de inconstitucionalidade, não se retira a norma do ordenamento jurídico em razão de alguma consequência jurídica, econômica, ou administrativa, tal como se verificou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 2.240/BA, em cujo bojo fora reconhecida a inconstitucionalidade da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, e, apesar da declaração da pecha, manteve-se a vigência da lei pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, até que o legislador federal suprisse a omissão inconstitucional¹¹⁵;

iv) declaração de inconstitucionalidade com ablação diferida, verificada quando é declarada a inconstitucionalidade de uma norma, postergando-se para momento diferente da publicação da lei a sua retirada do ordenamento. Esta técnica encontra previsão no artigo 27 da Lei n.º. 9.868/99, artigo 11 da Lei n.º. 9.882/99 e foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º. 82.959/SP, analisada a inconstitucionalidade material superveniente da norma legal que proibiu a progressão do regime de crimes hediondos; e, ainda, no caso do Mandado de Segurança n.º. 26.604/DF, em que discutida a questão da infidelidade partidária, determinando-se a postergação da ablação para momento temporal posterior a data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n.º. 1.398/2007¹¹⁶;

¹¹³ *Ibidem*, p. 166-167.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 167-168.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 168-169.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 171-184.

v) decisões apelativas ou declaração de constitucionalidade provisória: em que se declara a inconstitucionalidade provisória de uma norma. Em síntese, ao momento em que proferida a decisão, o Tribunal a reputa constitucional, mas compreende que futuramente se dará a inconstitucionalidade; assim, envia uma espécie de apelo ao legislador, em geral na forma de *obiter dicta*, para evitar que tal situação futura se verifique. Isso foi o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus n.º. 135.328/SP, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a legitimidade do Ministério Público para promover ação de reparação do dano resultante de crime, quando hipossuficiente o titular do direito, até que sobreviesse a implantação, de fato e de direito, da Defensoria Pública do Estado em que a situação tivesse ocorrido¹¹⁷.

vi) e, por fim, decisões de aviso, que, segundo a Autora, revelam-se quando a Corte anuncia que alterará sua orientação jurisdicional acerca de determinado ponto; o caso é conhecido como *perspective overruling* e, assim como as demais, diferencia-se da metodologia binária da inconstitucionalidade/constitucionalidade por tornar dinâmico o reconhecimento da inconstitucionalidade e os seus efeitos¹¹⁸.

Em todos os casos mencionados, portanto, forçoso convir que a técnica usual de reconhecimento de inconstitucionalidade/constitucionalidade de lei ou ato normativo não foi aplicada. Ao contrário, ao ensejo de diversas peculiaridades – sejam econômicas, fáticas, administrativas, jurídicas, ou todas em conjunto – a ablação chegou a ser diferida, afastada, ou até mesmo sequer se verificou. Apesar de adstrita à jurisdição constitucional, a utilização de sobreditas técnicas demonstra que há muito perpassa o tempo em que a decisão judicial encontrava no momento binário o seu final destino. Atualmente, consoante se pretendeu evidenciar ao longo deste capítulo, imperioso que nova forma de pensar e aplicar a lógica e a argumentação seja levada a cabo, principalmente para que o provimento decisório se ajuste ao contexto da sociedade em que aplicado, trabalhe a engenharia administrativa e governamental do aparelho público em que proferida (no caso das decisões de natureza estruturante), ou atue, ainda que de maneira indireta, nos meandros do mercado ínsito ao desenvolvimento econômico regional, nacional, ou até mesmo global.

Para tanto, há que se ter segurança não somente nos resultados objetivos preconizados pela decisão, senão também na metodologia a ser aplicada pelo Julgador, em

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 184-187.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 187-189.

que racionalmente demonstre o *iter* que percorreu até que o desfecho tenha sido atingido. A situação se agrava ainda mais no tocante às lacunas, eis que, ou aparentemente a norma não apresenta parâmetro objetivo a ser seguido; ou sequer existe norma a tratar de determinada temática. Neste quadrante, o trabalho de racionalização do provimento se torna ainda mais dificultoso, demandando, nomeadamente nos casos-limite expostos anteriormente, uma metodologia prática de colmatação que viabilize o controle, interno e externo, do provimento decisório.

Esta a temática a ser desenvolvida ao decorrer deste trabalho.

c. O porvir: Interessa-nos uma fundamentação racional?

Ao cabo deste capítulo, com a exposição de diversas facetas das técnicas decisórias, no Brasil e alhures; e, ainda, questionada a argumentação por dedução enquanto forma de solução de conflitos, convém questionar se, de fato, pretende-se uma fundamental racional e até que ponto tal se revela pertinente ao desenvolvimento do direito.

A fim de analisar este tópico, trabalhemos inicialmente alguns dados e, em seguida, os impactos das decisões judiciais em algumas áreas específicas do conhecimento.

Armando Castelar Pinheiro, em estudo em que investiga as relações de cooperação ou confronto entre o direito e a economia no mundo globalizado já alertava, nos idos de 2003, que a percepção do mau funcionamento do Judiciário tem impacto significativo sobre o desempenho da economia, de sorte que os problemas enfrentados pelo Judiciário prejudicam o desempenho econômico de várias maneiras, a saber: a) com o estreitamento da abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; b) desencorajando investimentos e a utilização do capital disponível; c) distorcendo o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios; e d) diminuindo a qualidade da política econômica¹¹⁹.

Argumenta que para se conhecer a influência que o Poder Judiciário exerce sobre a economia, imperioso definir indicadores que permitam aferir a qualidade do seu desempenho institucional, expondo, para tanto, três alternativas trabalhadas na literatura sobre o tema. A primeira, presente em estudo levado a cabo por Sherwood, Shepherd e

¹¹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto**. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194. Acesso em 26 fevereiro de 2015.

Souza, sugere a avaliação do desempenho por intermédio dos serviços produzidos em termos de “garantia de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além de remédios adequados”, o que equivale dizer que a justiça seria avaliada simplesmente pela qualidade dos serviços prestados ao cidadão. Acreditamos ser este critério deveras genérico e impreciso, nomeadamente tendo em linha de conta que não há um indicador objetivo, seguro e racional acerca do que seria efetivamente um serviço com qualidade prestado ao cidadão. Seria um provimento decisório rápido e sucinto? Ou talvez com muitas citações, demonstrando erudição, abrangência ampla e esgotamento do tema tratado? Seria possível cogitar de uma meta de julgados mensais, como parece ser a intenção do Conselho Nacional de Justiça e, em geral, das Corregedorias locais; ou, ao contrário, que o juiz imprima maior energia em um maior número de conciliações? Essas perguntas, diretamente afetas à qualidade do serviço ao cidadão, não são de pronto esclarecidas e, pior, delimitadas por algum parâmetro objetivo, que, aliás, seria muito dificultoso, dadas as peculiaridades locais em que o Poder Judiciário, de ampla envergadura nacional, última por se confrontar.

A despeito dessas dificuldades, o Autor lembra que este é o ideário preconizado pelo Banco Mundial, que, em seu Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 1997, lista três características que, a seu ver, caracterizariam um bom judiciário: i) independência; ii) força; e iii) eficiência gerencial. As três características tampouco se revelam objetivas e seguras. A independência, por exemplo, incluiria a mitigação do poder das decisões pela repercussão social emanada de um provimento decisório, tal como postulam as atuais *backlash theories*¹²⁰? A independência deve ser analisada sob o aspecto da independência de gastos? A força incluiria meios coercitivos e sancionatórios, ou seria avaliada pela capacidade de celebração de acordos? A eficiência gerencial introduziria no ambiente

¹²⁰ As denominadas “backlash theories” se caracterizam como “intensa e vigorosa” reação do público contra posicionamento adotado pelo judiciário. Há variações da teoria, tais como as denominadas “the quiet equilibrium mechanism” e “marriage”, ambas lançadas por Barry Friedman, para quem a Corte sempre esteve ciente da opinião pública, mas somente nos últimos anos ambas tem, realmente, procurado encontrar um “espaço de consenso”, o que denota caminho trilhado pela Corte no sentido de se afinar com a opinião pública. Procura-se um entendimento em comum, calcado na admissibilidade social do entendimento sufragado pela decisão judicial. Seria algo como a universalidade em sentido fraco postuladas por Habermas e Klaus Günther, com o diferencial de que a compreensão social é dominante e condiciona, ainda que parcialmente, o comportamento adotado pelo Poder Judiciário, que se vê na condição de, partindo do pressuposto já definido pela sociedade, encontrar embasamento para o posicionamento emitido. BASSOK, Or. **The two countermajoritarian difficulties**. Texto disponível na íntegra em <http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf> Acesso em 27 fevereiro de 2015.

público o pensamento gerencial próprio às empresas privadas; e, acaso positivo, qual a repercussão dessa forma de pensamento nos meandros da decisão em si?

Dada a imprecisão e falta de dados seguros, o segundo critério sugere que o desempenho do Poder Judiciário seja avaliado, de acordo com a linha de pensamento de Hay, Shleifer e Vishny, pela frequência com que os indivíduos recorrem ao sistema e não a mecanismos concorrentes de resolução de conflitos e de aplicação da lei. A problemática que gira em torno desta proposta é a de que desconsidera as demandas temerárias, as proposituras sem respaldo jurídico imediato (tentar por tentar), ou, ainda, a burocracia estatal que, em muitos casos, impõe tanto ao aparelho estatal litigar (tal como nos casos das execuções fiscais), como ao indivíduo postular (como no caso de inconstitucionalidades flagrantes, à espera de reconhecimento judicial). Ademais, por atrelar o funcionamento do Poder Judiciário ao resultado que o indivíduo espera ao recorrer ao sistema, tampouco considera a função de admoestação do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, instituições governamentais, ou até agentes do mercado. Funcionando como externalidade¹²¹, a decisão judicial pode indicar caminho a ser trilhado pelo mercado, ou produzir consequências gerenciais no âmbito da própria Administração em quaisquer esferas, dados que, apesar de não descritos como recurso ao sistema, não podem deixar de ser levados em consideração.

Finalmente, a terceira proposta, elaborada por Pinheiro, sustenta que a utilidade esperada de recorrer à justiça depende, “positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente, da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e ao tempo até que uma decisão seja tomada”¹²². Traduzindo a subjetividade da utilidade e variância do ganho, este sistema avalia o desempenho do Poder Judiciário com base nas seguintes variáveis: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo. Conquanto evidentemente questionáveis os critérios em si, que desconsideram outras variáveis, ao menos existem indicadores objetivos e seguros que permitem a avaliação do papel institucional do Poder Judiciário, ou ao menos de determinada função operada no âmbito do Poder (baixo custo, decisões rápidas e previsíveis) no contexto econômico. A dificuldade quase insuperável fica por conta da

¹²¹ A externalidade será trabalhada a seguir, ainda neste tópico, motivo pelo qual por ora deixa de ser abordada.

¹²² PINHEIRO, Armando Castelar, *op. cit.*, p. 06.

introdução do elemento “justas” às decisões, eis que altamente subjetivo e de difícil caracterização¹²³. Adiante se verá especificamente esta questão.

Enfim, o importante a deixar consignado, mais do que a metodologia a ser utilizada para fins de medição do desempenho do Poder Judiciário, é que o funcionamento racional do aparelho judicante se impõe em virtude dos efeitos que seus provimentos ultimam por gerar e se espriar por diversos setores, econômicos ou não. Armando Castelar Pinheiro menciona que “quatro dos canais pelos quais a ineficiência do Judiciário impacta o desempenho econômico são o progresso tecnológico, a eficiência das firmas, o investimento e a qualidade da política econômica.”¹²⁴.

¹²³ De fora parte quaisquer discussões afetas às teorias da justiça, fato é que o vencido sempre compreenderá que a decisão não foi justa em relação a si.

¹²⁴ O seguinte excerto, apesar de longo, revela-se esclarecedor: “O progresso técnico é muito influenciado pela qualidade dos sistemas legal e judicial, pois são estes que garantem o direito de propriedade intelectual, claramente mais vulnerável à expropriação por terceiros do que ativos físicos. O respeito à propriedade intelectual estimula o investimento em P&D no país e facilita a aquisição de tecnologia avançada de outros países. Além disso, a própria difusão do conhecimento — não apenas científico, mas também gerencial, de marketing, financeiro etc. — depende de as transações econômicas e o investimento serem bastante distribuídos em termos geográficos e de número de parceiros, o que pressupõe mercados anônimos, em que as transações se realizem independentemente de as partes se conhecerem previamente ou não. Um exemplo ilustrativo é o caso dos investimentos com alto conteúdo tecnológico, como o que envolve a fabricação de componentes eletrônicos, que o Brasil vem tentando atrair há alguns anos. Estudos recentes mostram que a qualidade do Judiciário é um dos principais itens considerados por esses investidores na hora de decidir onde investir. A qualidade dos sistemas legal e judicial também influencia uma série de fatores que determinam a eficiência de uma economia. Por exemplo, um sistema legal e judicial de má qualidade distorce os preços da economia, na medida em que introduz um risco jurídico nos preços, que, ao incidir de forma não-uniforme nos vários mercados de bens e serviços, distorce os preços relativos e diminui a eficiência alocativa da economia. No mercado de crédito doméstico, por exemplo, e mesmo no acesso a financiamentos externos, o risco jurídico é um componente importante dos juros, que contribui para reduzir a oferta de crédito e levar a métodos de produção mais ineficientes do que os encontrados em economias com juros mais baixos. Assim, porque o banco não pode contar com o Judiciário para reaver rapidamente as garantias dadas — uma cobrança judicial de dívida leva em média de dois a três anos — ele tem de compensar esse custo financeiro extra no spread. Além disso, a morosidade do Judiciário faz com que os bancos sejam obrigados a manter toda uma burocracia encarregada de seguir os longos processos judiciais de cobrança de dívidas, causando um custo administrativo adicional, que também é incorporado nos spreads. O mercado de crédito imobiliário ilustra um caso em que os riscos e custos de transação introduzidos pela forma de atuação do Judiciário são tão altos que praticamente levam à inexistência do mercado. Porque contratos não são eficientemente garantidos, as firmas podem decidir não executar determinados negócios, deixar de explorar economias de escala, combinar insumos ineficientemente, não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma, deixar recursos ociosos etc. Além disso, tendem a se verticalizar, trazendo para o seio da empresa atividades que poderiam ser mais bem desenvolvidas em firmas especializadas. A eficiência também é comprometida pelo consumo de recursos escassos no próprio processo de litígio. Longos processos na justiça demandam advogados, tempo e atenção das partes e dos juízes. Outro custo similar é o incorrido pelos agentes econômicos no esforço de tentar manter-se atualizados em relação à legislação mais complicada que usualmente tenta substituir o bom funcionamento do Judiciário. Por exemplo, a alta taxa de evasão fiscal leva o governo a cobrar impostos mais ineficientes e em maior número, fazendo as firmas e o próprio setor público incorrerem em custos com a burocracia encarregada de lidar com esses impostos.” *Idem*, p. 09-10.

Rogério Gesta Leal, em obra especificamente direcionada ao estudo dos impactos entre o Direito e a Economia¹²⁵, apresenta, na segunda parte do livro, após examinar a relação entre o Direito e a Economia e a ordem econômica no ordenamento constitucional, uma série de casos em que os impactos das decisões judiciais se revelam candentes.

Em um primeiro exemplo, tratando da função social da propriedade, após digressão teórica sobre a função social em si e esboço histórico da propriedade, inclusive mencionando a evolução do apanágio teórico afeto ao tema¹²⁶, cita caso em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul, por intermédio de ação civil pública, postulou a imediata suspensão do início de qualquer obra de terraplenagem ou construção de unidade de saúde (Hospital Regional – Rede Sarah) no local definido ou nas proximidades do Distrito Industrial de Santa Maria. Indeferida a postulação de urgência em primeira instância, O Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reiterando a tese da irregularidade da instalação do hospital no local, ante o risco existente de desperdício de recursos públicos, diante da proximidade com empresas que desenvolvem atividades potencialmente poluentes. A instância *ad quem* decidiu, após considerações no sentido de que a propriedade atualmente não ostenta apenas função jurídica e ressaltando algumas particularidades do caso concreto¹²⁷, que deveria ser suspenso o início das obras de terraplenagem ou de construção do Hospital Regional – Rede Sarah, o que gerou movimentação política e social no sentido da frenética busca por novo terreno¹²⁸. Com este exemplo, o Autor pretendeu demonstrar que efetivamente a compreensão judicial a respeito da temática, ou seja, de que a propriedade ostenta não

¹²⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

¹²⁶ Uma citação bem interessante e que demonstra bem claramente a interface direito-economia é a menção à teoria dos contratos relacionais. Veja-se o seguinte excerto: “Teoria de Contratos Relacionais, oriunda das reflexões de economistas, à qual: (i) as transações econômicas (contratuais) podem se prolongar no tempo; (ii) os elementos de troca não podem ser mensurados ou especificados precisa e absolutamente quando da celebração do contrato; (iii) há interdependências das partes contratantes em face da relação contratual entabulada, transcendendo, em algumas situações, às suas exclusivas vontades, pois mantém inter-relações sociais múltiplas.” LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, p. 124. Esta teoria, presente no trabalho referenciado pelo Autor (MACNEIL, Ian. & CAMPBELL, David. **The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian MacNeil (Modern legal studies)**. New York: Paperback, 2000) tem o condão não apenas de trazer à lume uma nova perspectiva sobre os contratos em si, senão de torná-los dinâmicos e adequados à efemeridade do tempo econômico.

¹²⁷ Que não vêm ao caso agora, para que não se perca o foco da questão principal.

¹²⁸ LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, p. 137-150.

apenas função jurídica, ensejou repercussão política e social relevantes e aptas a solucionar a problemática inicialmente narrada na exordial da ação civil pública. Para que esta solução tivesse sido alcançada à plenitude, acrescento, não se poderia descurar da racionalidade da decisão judicial, isto é, da exposição racional, segura e objetiva a respeito não apenas da fundamentação que compreendeu apta ao resultado atingido ao final, senão também da linha argumentativa desenvolvida para que se pudesse chegar a tanto. Acaso, ao revés, tivesse o Relator optado por corrente emotivista, ou se limitasse a analisar aspectos jurídicos do direito em si, talvez a repercussão social e política que se verificou posteriormente não tivesse sido levada a cabo e, por conseguinte, solucionada a celeuma. Adiante também trataremos da necessidade de observância do conteúdo socialmente manifestado para fins de prolação de decisões judiciais, em especial aquelas que tratem das lacunas.

Na sequência, Rogério Gesta Leal descreve outros casos, afetos ao mercado, fornecedor e consumidor¹²⁹, à ordem econômica e o meio ambiente¹³⁰, ao custo social do direito à saúde no Brasil¹³¹; e, finalmente, ao serviço público no Brasil e seus impactos extra-normativos¹³². A proposta do Autor é a de demonstrar que nas diversas casuísticas descritas, a atuação do Poder Judiciário *hic et nunc* implicam efeitos dos quais não se pode afastar, ou, o que é pior, ignorar. Evidentemente, acaso a decisão não se revele multifacetária nestes aspectos, tampouco alcançará o grau de racionalidade e objetividade que se espera para que o conflito seja enlevado ao grau de complexidade social, denotando uma chaga aberta a demandar tratamento encadeado por todos os setores do aparelho estatal. Não se pretende, com isso, sustentar que o provimento, em si, não ostente a subjetividade própria de quem o lança ao mundo jurídico. A ideia é a de que a racionalidade e objetividade, enquanto premissas da teoria da argumentação, viabilizem a exposição adequada da linha argumentativa traçada e utilizada para fins decisórios, engendrando, em consequência, que a questão conflituosa possa ser tratada e examinada em todos os seus quadrantes, postulando-se a completude, ainda que tal não venha a ser alcançada.

¹²⁹ *Idem*, p. 163-192.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 193-233.

¹³¹ *Ibidem*, p. 234-263.

¹³² *Ibidem*, p. 264-294.

Os conhecidos estudos de Douglas North¹³³, Ronald Coase¹³⁴ e Oliver Williamson¹³⁵ caminham em semelhante trilha ao ideário ora exposto por Rogério Gesta Leal, isto é, no sentido de que a decisão judicial não somente deve deixar de ignorar seus efeitos externos, senão expressamente considerá-los como forma de completude do provimento que se destina, afinal, à toda sociedade. Se a sociedade revela-se, atualmente, complexa, não há como deixar de considerar que a decisão que procure ceifar litígio verificado em seu cerne deixe de sê-lo. Aprofundemos um pouco a questão da decisão judicial enquanto externalidade.

Externalidades são compreendidas pela análise econômica do direito como os efeitos de certa atividade ou relação econômica que incidem sobre aqueles que não são parte naquela atividade ou relação. Classificam-se em positivas ou negativas, aquelas verificadas quando aumentam o bem-estar de terceiros e estas quando o diminuem.

A decisão judicial, independentemente da vontade do juiz ou mesmo em se tratando de conflito intersubjetivo, poderá gerar efeitos que ultimarão por se espraiar para além dos autos, atingindo os demais agentes envolvidos na complexa teia institucional do Estado ou nos meandros da relação privada.

Luciano Benetti Timm e Manoel Gustavo Neubarth Trindade pontuam que a decisão judicial cujos efeitos acabem por atingir outros indivíduos afora os que se situam na relação jurídico-processual que gerou a lide, deve ser compreendida como um bem público. As decisões judiciais, nesse contexto, atingem não somente aqueles diretamente integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também “os que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar”¹³⁶.

¹³³ NORTH, Douglas. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹³⁴ COASE, Ronald Henry. **Essays on Economics and Economists**. Chicago: University Chicago Press, 1984; **The problem of social cost**. In **Journal of Law and Economics**. 3(1), 1-44. 1960.

¹³⁵ WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

¹³⁶ “Nessa senda, compreende-se que os bens públicos são responsáveis por irradiar externalidades, vez que principalmente a oferta dos mesmos por parte do Estado é responsável por atingir a sociedade de modo geral. No caso, em razão de suas características, os bens públicos oferecem externalidades positivas, pois envolvem distribuição involuntária dos seus benefícios. Nesse contexto, podemos compreender as decisões judiciais, sobremaneira oriundas dos Tribunais Superiores, como bens públicos, vez que podem atingir não só aqueles diretamente integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, e é exatamente aí que encontramos a racionalidade econômica motivando a eficiência, no caso, aplicada ao processo judicial. Outrossim, o caráter de bem público das decisões dos Tribunais Superiores permite igualmente a criação de sistemas de incentivos que prevejam mecanismos inibidores do comportamento processual inadequado e prejudicial ao bem comum (ineficiente como diriam os economistas), como são os casos das interposições de recursos meramente

Em especial no âmbito econômico, as decisões judiciais podem ensejar efeitos de acentuada importância. Cogite-se, por exemplo, da aplicação do conhecido efeito *crowding-out*, segundo o qual se verifica a redução de investimento sempre que o Estado aumenta a despesa pública. Em um cenário em que os juízes assumam feição menos racionalista e, de certa forma, mais particularista, *verbi gratia*, no exame das taxas de juros praticadas no mercado, culminando por reduzi-las ao sabor da razoabilidade, tal será decerto interpretado pelo mercado como a necessidade de majorar, por segurança, taxas praticadas em todas as contratações, tornando o dinheiro mais caro e, com isso, demandando atuação direta do Estado para ceifar a discrepância. Na ponta da linha, evidentemente, será o cidadão, em sua vertente consumerista, atingido direta e frontalmente como resultado do efeito *crowding-out*, quer pelo fato de que o mercado praticará taxas mais caras, quer porque o Estado aumentará as despesas públicas para aplinar as diferenças existentes entre a oferta e a procura do dinheiro nesse mesmo mercado.

Raciocínio assemelhado pode ser utilizado, quanto ao mercado: no que toca à fixação do *spread* levando em consideração o tempo da tramitação de demandas judiciais, os custos para o processo em si, a jurisprudência consolidada em determinado sentido, tomada como custo para determinada diretriz comportamental a ser praticada pelos agentes de mercado¹³⁷; e, no tocante ao aparelho público: a eventual promulgação de lei

protelatórios, irrelevantes ou de hipóteses já apreciadas pelos tribunais destinatários, que resultam no desperdício de recursos públicos, isto é, em termos econômicos, a não otimização da atividade jurisdicional. (...) Portanto, as decisões dos Tribunais Superiores, além de servirem de orientação para órgãos judicantes de instâncias inferiores, também servem de paradigma para o comportamento processual dos litigantes e até mesmo para a sociedade de modo geral, influenciando consistentemente nos custos de transação e na assimetria de informação e, assim, na eficiência social e econômica.” TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. In: **REVISTA DE PROCESSO – REPRO**. São Paulo, v. 178, ano 34, p. 153-179, dezembro 2009, p. 166-167. Cabanellas assim explica as externalidades: “En un sentido amplio, éstas consisten en los efectos de cierta actividad o relación económica, que inciden sobre quienes no son parte de tal actividad o relación. Algunas externalidades se manifiestan a través del sistema de precios, y tienden a no alterar el funcionamiento correcto de una economía de mercado. Así, por ejemplo, si una empresa A y una empresa B, que compiten entre sí, desarrollan nuevas tecnologías, ello beneficiará a los compradores de los productos de estas empresas y a muchos otros agentes económicos – consumidores, proveedores de insumos a A y B, etc. -, pero esos beneficios serán reflejados por el sistema de precios, y permitirán que los agentes económicos ajusten su conducta a los efectos consiguientes. Otras externalidades escapan al sistema de precios y sus efectos no pueden así ser experimentados por la persona que los causa. Así, quien contamina la atmosfera causa un perjuicio a terceros pero no experimenta costo alguno en consecuencia.” CABANELLAS, Guillermo, El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. In: KLUGER, Viviana. **Análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Helistas, 2006, p. 36.

¹³⁷ Daniel Moreira do Patrício e Ana Paula Soares de Souza desenvolvem esta temática, correlacionando-a à teoria dos jogos, em estudo intitulado “DILEMA DOS LITIGANTES: os custos do processo civil brasileiro”.

inconstitucional, mas que produza efeitos enquanto não afastada do cenário jurídico pelo Poder Judiciário (e, por vezes, com modulação temporal em seus efeitos), a interposição de recursos protelatórios com a finalidade de postergar ao máximo o pagamento de débitos reconhecidos por decisão transitada em julgado etc¹³⁸.

Há estudos especificamente direcionados a esta faceta da atuação judicial. Aliás, a *Law and Economics*, neste aspecto, traz à tona abordagens bem interessantes do tema, sempre correlacionadas com a prática cotidiana do mercado. Vale lembrar, nesta oportunidade, os estudos realizados por Oliver Williamson¹³⁹, Rachel Sztajn, Décio Zylbersztajn, Paulo Furquim de Azevedo¹⁴⁰, Armando Castelar Pinheiro¹⁴¹, Maílson da

Disponível em <file:///C:/Users/Tiago/Downloads/artigo%20-%20dilema%20litigantes.pdf>. Acesso em 02 março de 2015. Observe-se o seguinte excerto: “Uma pessoa que não nunca litigou, que jamais figurou como parte em um processo judicial pode ter uma visão romântica de nosso Judiciário. Em especial nos casos em que há dispensa da intervenção do advogado, como por exemplo, nos juizados especiais cíveis, nas demandas cujo valor patrimonial não supere 20 (vinte) salários mínimos. Nestes casos, geralmente o cidadão mais humilde, sob o aspecto econômico-social, acredita que será feita “justiça” e que seu direito será protegido pelo Estado. Desconhecendo o fato de que nosso sistema judicial, de fato, se constitui em um mecanismo de solução de conflitos, sem que as partes, mas apenas o Estado possa se utilizar da força, a parte caminha de forma inocente, acreditando que serão cumpridos alguns simples “rituais” para que o juiz possa proferir uma decisão necessariamente justa. Triste ilusão. Afinal, como se comportam os demais participantes do jogo judicial? Litigantes usuais, como, por exemplo, grandes prestadores de serviços oferecidos a um grande número de consumidores, como empresas de telefonia, instituições financeiras, planos de saúde, provedores de internet, administradoras de cartão de crédito, companhias aéreas, atuam de forma intensiva e, geralmente, cautelosa na condução de suas demandas judiciais, geralmente ocupando o pólo passivo da relação jurídica processual. Jamais se aventuram, mesmo nas causas de pequeno valor, a não se valer de escritórios de advocacia estruturados, com grande número de profissionais, cuja dedicação tem por objetivo final, ao menos, antecipar os custos que deverão ser provisionados em seus balanços decorrentes de perdas que sejam impostas nas centenas ou mesmo milhares de ações judiciais. Estas empresas, litigantes profissionais, são capazes de internalizar os custos decorrentes de decisões injustas e sempre agirão com o objetivo de sopesar os custos do litígio e os benefícios decorrentes da implementação de investimentos que possam ocasionar uma melhoria na prestação de seus serviços. O descumprimento de contratos e mesmo o dano eficiente são sempre considerados por estas grandes empresas.”

¹³⁸ O Conselho Nacional de Justiça vem indicando o Estado como o maior litigante no cenário pátrio. Tal, evidentemente, impacta na eficiência das decisões judiciais e é por essa circunstância também influenciado, na medida em que o aparelho público se alimenta da lentidão da justiça para definir estratégias comportamentais e institucionais. A externalidade, nesse aspecto, é utilizada pelo aparato público contra o próprio cidadão. Estudo realizado pelo Conselho Nacional da Justiça disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13874-inss-lidera-numero-de-litigios-na-justica>. Acesso 02 março de 2015.

¹³⁹ WILLIAMSON, Oliver. **Por que Direito, Economia e Organizações?** In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-59.

¹⁴⁰ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Economia dos contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 102-136.

¹⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-283.

Nóbrega¹⁴², Luciana Gross Cunha¹⁴³, Ana Lúcia Pinto da Silva, Luciana Luk-Tai Yeung, Carlos Eduardo Carvalho¹⁴⁴, Claudio Michelin¹⁴⁵, entre outros.

Orlando Gomes, outrora, já assinalava que o jurista deve partir de dados econômicos, já que o “fator jurídico reage sobre o econômico, não sendo, pois, simples forma que se amolda ao conteúdo, ou sub-produto.” Objetivou o Autor, com essa passagem, sustentar que os fatores jurídicos e econômicos caminham lado a lado, de sorte a que um não pode desconsiderar o outro a fim de que se possa viver e conviver em um Estado Democrático de Direito¹⁴⁶. Contudo, para que se possa chegar a tanto, o “fator jurídico”, no caso tratado pelo Autor como produto de normas objetivas, também deve ser racionalizado por intermédio das decisões judiciais que, em seu cerne, apresentem provimentos racionais e objetivos no que toca ao direito exposto, realizado e que se pretende venha a ser praticado.

No âmbito da sociologia, a racionalidade das decisões também reclama espaço. Boaventura de Souza Santos assinala que a concepção da Justiça como subsistema do sistema político global ultima por alocar os juízes no centro do campo analítico, de modo que o seu comportamento, as decisões por eles proferidas e a motivação nelas inserta passam a ser uma variável independente a compor o estudo da ideologia política e social dos juízes, sendo forçoso, pois, dotá-los de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre as decisões e os posicionamentos que assumem no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica¹⁴⁷. Observe-se a importância que o Autor confere à motivação, tida como uma das variáveis necessárias a que o juiz compreenda e a complexidade e pluralidade da sociedade contemporânea, realizando, por intermédio da

¹⁴² NÓBREGA, Maílson da. **Brasil: um novo horizonte**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 284-309.

¹⁴³ CUNHA, Luciana Gross. **Governança da Justiça**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. *Direito e Economia. 30 anos de Brasil. Agenda Contemporânea. Tomo 1*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358-381.

¹⁴⁴ SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. **A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. *Direito e Economia. 30 anos de Brasil. Agenda Contemporânea. Tomo 2*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23-47.

¹⁴⁵ MICHELON, Claudio. **Fundamentos Econômicos e não econômicos para a defesa do consumidor**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. *Direito e Economia. 30 anos de Brasil. Agenda Contemporânea. Tomo 2*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 283-299.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Bahia: Publicações da Universidade da Bahia, 1961, p. 34-35.

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. Porto: Edições Afrontamento, 7ª. ed., 1999, p. 150-152.

decisão, a solução final da *res de qua agitur*, senão também a composição de interesses contrapostos e justapostos no seio social.

Vejamos, agora, a importância da racionalidade das decisões e, principalmente, da motivação no campo da antropologia, ilustrada por um caso ocorrido no Estado do Pará.

Em 2010, duas ações civis públicas (2010.39.02.000249-0 e 2091-80.2010.4.01.3902) foram propostas perante a Justiça Federal de Primeiro Grau no Pará, distribuídas perante a 2ª Vara da Subseção de Santarém: a primeira proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a segunda pelas seguintes Associações: AINORMA – ASSOCIAÇÃO INTERCOMUNITÁRIA DE TRABALHADORES AGRO-EXTRATIVISTAS DAS COMUNIDADES DE PRAINHA E VISTA ALEGRE DO RIO MARÓ; ASSOCIAÇÃO INTERCOMUNITÁRIA DE MORADORES E TRABALHADORES RURAIS E AGRO-EXTRATIVISTAS DAS COMUNIDADES DE SÃO LUIZ; SÃO FRANCISCO E N. PARAISO; ASCOME – ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DAS COMUNIDADES FÉ EM DEUS AGROFLORESTAL E EXTRATIVISTA DA GLEBA NOVA OLINDA; ASSERVE – ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DA COMUNIDADE SEMPRE SERVE AGROFLORESTAL E EXTRATIVISTA; AMREP – ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DA COMUNIDADE REPARTIMENTO AGROFLORESTAL E EXTRATIVISTA; e AMOVIT – ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DA COMUNIDADE DOS PARENTES, AGROFLORESTAL E EXTRATIVISTA. Figuravam como assistentes litisconsorciais o ESTADO DO PARÁ e o MUNICÍPIO DE SANTARÉM e no polo passivo a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI e a UNIÃO FEDERAL¹⁴⁸.

Discutia-se, em resumo: i) a demarcação da Terra Indígena Maró na Gleba Nova Olinda I; ii) a alegação de que na área em que se postula a demarcação não existem índios, muito menos descendentes e que a suposta etnia indígena a que os povos dizem fazer parte foi extinta há séculos. No mérito, a Justiça decidiu, entre outras determinações, por declarar a inexistência de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas demarcáveis, nos termos do art. 231 c/c art. 67 do ADCT da Constituição Federal, ante o reconhecimento do não-preenchimento dos requisitos da tradicionalidade, permanência e originariedade, implementados até 5 de outubro de 1988, conforme exigidos pelo art. 231 da Constituição

¹⁴⁸ A íntegra da Sentença encontra-se disponível em http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/Sentenca_TI_Mar%C3%B3.pdf. Acesso em 02 março de 2015.

Federal, ademais do não-atendimento de dois dos três requisitos indispensáveis (relacionados pela lei n. 6.001/1973, em seu art. 3º) para que a condição jurídica de índio fosse reconhecida: 1) origem e ascendência pré-colombiana; 2) ser identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional¹⁴⁹.

O posicionamento judicial gerou uma série de manifestações no âmbito social, valendo citar algumas: a) nota de repúdio elaborada pela Comissão de Assuntos Indígenas da Associação Brasileira de Antropologia¹⁵⁰; b) manifestação de antropólogos contra ou a favor da decisão; c) invasão e ocupação do prédio da Justiça federal, em 05 de dezembro de

¹⁴⁹ O provimento decisório se baseou nas seguintes linhas argumentativas: “No presente debate verifico a ausência, não de apenas um, mas dos três elementos referidos e assim ergue-se obstáculo constitucional insuperável que inviabiliza o reconhecimento de terra tradicionalmente ocupada por indígenas. Senão vejamos:a) o descortino da realidade histórico-social, situação onde os elementos catalogados por técnicos contratados pela FUNAI em lugar de comprovar a existência de índios no Baixo-Tapajós e Arapiuns, antes revelam tratar-se de populações tradicionais ribeirinhas (São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró) e que em nada se distinguem das onze comunidades restantes (de um total de 14) que formam a Gleba Nova Olinda, assim, como também nada há que se divisar como elemento diferenciador das demais populações rurais amazônicas. Um ou outro elemento de cultura indígena, identificados pelo Laudo antropológico da FUNAI, ou foram introduzidos artificialmente por ação ativista-ideológica exógena, ou decorrem da própria influência indígena na cultura nacional da mesma forma como também o fizeram a cultura negra e europeia. Isso, conseqüentemente, afasta por completo o elemento tradicionalidade; b) As três comunidades (São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró) até o ano de 1999 não cogitavam de se autoremeterem como indígenas. E mesmo que somente após o ano de 2003, em um encontro em que decidiram “a estrutura organizacional da comunidade, com o abandono das denominações presidente, vice-presidente, tesoureiro e conselheiros, passando a adotar categorias como cacique, tuxaua e pajé,” assim como a escolha do Termo Arapium para o nome da etnia que os congregaria. Neste caso tem-se por não observado o requisito permanência ou marco temporal fixado definitivamente pelo STF no julgamento da Pet 3.388/RR (Raposa Serra do Sol). Na ocasião reconheceu-se que a Constituição Federal de 1988 substituiu a teoria do Indigenato pela Teoria do Fato Indígena, e que exige a comprovação e demonstração, da presença constante e persistente de índios, até 5 de outubro de 1988, em locais a serem reconhecidos como terras indígenas. Com isso, conforme assentou-se no referido julgado do STF, prestigiou-se a segurança jurídica, ao somente se reconhecer como terras tradicionalmente indígenas aquelas efetivamente ocupadas por estes até a promulgação da atual Constituição Federal. c) O laudo antropológico não forneceu qualquer evidência de que os pretendentes à condição de indígenas sejam descendentes das extintas etnias arapium e borari. Aliás, a própria existência de tais etnias, como se verá, baseia-se em pálidos registros históricos, que não permitem precisar quando, como, onde viveram e quais foram as razões para a extinção destas etnias. Não foram sequer identificados como pertencentes a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional pois as próprias comunidades formadas por populações ribeirinhas que habitam a Gleba nova Olinda, em sua grande maioria não reconhecem como indígenas as pessoas que assim se autorreconheceram. Portanto, ausente a comprovação de ancestralidade e, conseqüentemente, também o elemento originariedade.” A íntegra da decisão encontra-se, como assinalado acima, em http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/Sentenca_TI_Maro.pdf. Acesso 02 março de 2015.

¹⁵⁰ Disponível em <http://jornalggn.com.br/blog/mpaiva/nota-da-aba-antropologia-sobre-a-sentenca-judicial-que-nega-a-condicao-de-indigenas-ao-povo-borari-e-arapium>. Acesso em 02 março de 2015.

2014¹⁵¹; ademais, evidentemente e no plano processual, de recurso interposto pelo Ministério Público Federal contra o Julgado.

Se, em princípio, estas manifestações podem parecer usuais no ambiente democrático, por outro lado chama a atenção o vigor com que foram externadas, tanto por juristas, sociólogos e antropólogos, como pela sociedade em geral. O que, portanto, este provimento jurisdicional revela de nota diferencial a ter ensejado tais práticas, que redundaram até mesmo na invasão e ocupação do prédio da Justiça Federal na Subseção de Santarém, no Pará? Precisamente o vigor e a intensidade das manifestações decorreram da linha argumentativa delineada no Julgado que, perpassando por diversos domínios e áreas do conhecimento, em especial a antropologia, não se limitou à argumentação dedutiva que teria a Constituição da República, em seu artigo 203, como premissa normativa. Expondo, de maneira racional e não emotiva, as diversas facetas do conflito, o Poder Judiciário garantiu, seja com a concordância, seja com a discordância, que todos os aspectos sociais, antropológicos, jurídicos e até mesmo econômicos fossem discutidos.

Assim, também na seara da antropologia os efeitos externos da decisão não podem deixar de ser considerados, fazendo-se mister que a argumentação exposta acompanhe, despida de tons emotivos, o caminho a ser trilhado até a conclusão do provimento decisório.

Mas, indaga-se, como poderia esta questão ser trabalhada no âmago da decisão judicial? A sua estrutura interna poderia fornecer caminho seguro para a racionalidade; e, em especial no caso das lacunas, haveria de se preenchê-las com o aporte teórico obtido a partir do desenvolvimento da temática em discussão pelas diversas áreas do conhecimento?

Em seguida, abordaremos a estrutura interna da decisão, objetivando investigar se, e em que medida, o arcabouço jurídico-argumentativo pode fornecer trilha racional à própria racionalidade.

¹⁵¹ Informação disponível em <http://www.oestadonet.com.br/index.php/regional/item/6167-exclusivo-juiz-federal-fala-sobre-caso-marco-padre-defende-etnogenese-e-antropologo-devolve-acusacoes>. Acesso em 02 março de 2015.

ESTRUTURA INTERNA DA DECISÃO: LÓGICA E ARGUMENTAÇÃO

- Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó mi espíritu al abandonar el cuerpo.
- “Ya estás libre de las ataduras de los sentidos, las cadenas con las que tu espíritu estaba sujeto al cuerpo, han saltado, ya eres únicamente espíritu.
(...)
 - Te doy gracias por tus informes. Así, aproximadamente, me había imaginado la cosa, pero me agrada escuchar de tu boca la confirmación. ¿Como debo llamarte?
(...)
 - Llámame Psicóforo, el conductor de almas. Yo soy quien ha de conducirte al lugar de tu destino (...)
Como tú eres un romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. (...) Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado en la tierra (...) Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. (...)
(...)
 - ¿De modo que es sólo para teóricos? ¿Adónde van, pues, los prácticos?
 - Tiene su más allá especial, pero pertenece todavía al sistema solar. El sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos; allí domina aún una vida como la de la tierra: en una palabra, el práctico encuentra allí todas las limitaciones de la existencia terrenal. No podría respirar en el cielo teórico ni podría avanzar un paso de su lugar, como quiera que sus ojos no están hechos para la profunda oscuridad que allí domina.
- ¿Luego se trata de un lugar oscuro?
 - Completamente. Allí reina la noche más profunda. Los astros que se encuentran en este más allá, no pertenecen al sistema solar y no reciben ni un rayo de sol. El sol es la fuente de la vida toda, pero los conceptos nada tienen que ver con la vida, y necesitan de un mundo que exista sólo para ellos, alejado de cualquier contacto con la vida¹⁵²

a. Estrutura interna da decisão judicial.

Iniciemos com a seguinte casuística: o engenheiro Luiz Felipe de Andrade Martins, da Força Aérea Brasileira, faleceu no Rio de Janeiro há pouco mais de dois anos e desde então seu corpo encontra-se em uma clínica de criogenia, especializada em manter corpos congelados, em Detroit, nos Estados Unidos. Ao que se pode depreender do caso relatado, o engenheiro acreditava que pudesse voltar à vida com a ajuda da ciência. Este, ao menos, é o relato de uma de suas irmãs, que iniciou processo judicial em face das demais postulando que o corpo do falecido engenheiro fosse mantido congelado; e não, como pretendiam, que fosse enterrado no Estado do Rio de Janeiro. Em primeira instância, determinou-se a permanência na criogenia, mas em recurso, por 3 votos a 2, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro compreendeu que o

¹⁵² IHERING, Rudolf Von. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Traducción de Román Riaza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015, p. 279-281.

acertado seria o enterro¹⁵³. Entre as dificuldades narradas no processo está a de que o engenheiro não testou, ou estabeleceu de maneira irrefutável seu intento de que o corpo fosse congelado, como reconhecido pelo próprio Relator, Desembargador Ricardo Couto de Castro, ao salientar que não há “(...) testamento expresso de vontade do falecido, que queria ser congelado após sua morte, e nem há uma legislação que prescreva o *modus operandi* do emprego da criogenia no Brasil”. Conquanto tenha sido revertida a decisão de primeiro grau, determinando-se, em consequência, o enterro do corpo, a efetivação do ordenado somente se dará após o trânsito em julgado, considerando que a discussão permanece ativa, agora mercê da interposição de embargos infringentes¹⁵⁴.

O caso assinalado revela situação em que a dificuldade probatória se soma à inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro acerca do *modus operandi* do emprego da criogenia, como assinalado pelo Relator. Dessa sorte, à falta do aporte normativo e à vista da dificuldade probatória quanto ao desejo do *de cuius*, a solução jurídica materializada pela decisão judicial se apresenta deveras dificultosa, quer no âmbito da lógica, quer argumentativo, eis que não delineada a estrutura sintática ou o conteúdo semântico apto a definição do caso.

Neste capítulo, ultrapassadas as questões afetas à insuficiência da metodologia dedutiva e apresentados alguns casos-limite em que a compreensão dos multifacetários aspectos do litígio reclamam, em igual sonância ao desafio, também decisões que abarquem em sua feita dimensões bem amplas do conflito em si (sem, contudo, perder em racionalidade e objetividade), passaremos ao exame da estrutura interna da decisão, isto é, a sua “anatomia lógico-argumentativa”, a fim de verificar se e em que medida existe espaço para escandir o seu espectro de abrangência e, com isso, atingir também as lacunas, nomeadamente normativas e axiológicas.

No exame desta pretensa anatomia, dois grandes eixos se revelam de pronto existentes e aptos a figurar como o “esqueleto da decisão judicial”: o lógico e o argumentativo. A insuficiência da utilização isolada de cada um, ensejando eventuais

¹⁵³ Íntegra do caso disponível em <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/07/irmas-disputam-na-justica-corpo-do-pai-mantido-congelado-nos-eua.html>. Acesso em 03 março de 2015.

¹⁵⁴ Informações disponíveis em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/justica-rio-aceita-corpo-brasileiro-seja-congelado-eua>. Acesso em 03 março de 2015.

críticas e desacertos não parece denotar a impossibilidade de uma simbiose produtiva, rica e multifacetária.

Veremos algumas críticas e perplexidades em relação aos eixos centrais que compõem a estrutura interna da decisão judicial; após, ao final do capítulo, investigaremos a possibilidade de sua simbiose, assim como seus méritos e eventuais problemas.

No que toca, inicialmente, à lógica aplicada à decisão judicial, mais especificamente a lógica formal inerente à metodologia dedutiva, Luis Recaséns Siches observava, já nos idos da década de cinquenta do século XX, que há aproximadamente oitenta anos desde então já se escrevia muito a respeito da insuficiência da lógica aplicada para fins de interpretação jurídica, quer em sua faceta de criação, quer de funcionamento e individualização do direito. Assinalava que na Alemanha, França, países britânicos, Estados Unidos e América-Latina a questão vinha sendo abordada em estudos e em um sem-número de trabalhos¹⁵⁵.

O caso supramencionado bem demonstra que atualmente a situação tampouco se modificou neste quadrante da insuficiência do aparato lógico – ao menos lógico-formal – para a resolução da totalidade das questões postas à cura do aparelho judicial. Recaséns Siches relembra que também no campo da teoria fundamental do direito de base fenomenológica, qual a sustentada por Fritz Schreier, como no terreno da axiomática e ontologia jurídicas, nomeadamente na abordagem preconizada por Eduardo García Maynez, a problemática também se fazia ver de maneira candente. Nestes estudos e em diversas outras ofensivas contra a lógica, salientou-se que o ato de sentenciar não consiste nem exclusiva, nem substancialmente, em uma operação dedutiva (na feição da lógica tradicional)¹⁵⁶.

Com efeito, Fritz Schreier, partindo de uma análise fenomenológica assumidamente distinta do psicologismo de Sigwart¹⁵⁷ e mais aproximada de Husserl em

¹⁵⁵ SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1973, p. 26-27.

¹⁵⁶ SICHES, Luis Recaséns, *op. cit.*, p. 29-30. Chega a ser em tom jocoso a observação que lança Siches sobre a possibilidade de a dedução ser utilizada como única fonte para elaboração da decisão judicial: “Frecuentemente, lo que de hecho hace el juez no es eso – a Dios gracias, porque si lo hiciese, o cuando lo hiciese, el resultado en muchos casos sería lamentable.”. *Idem*, p. 29.

¹⁵⁷ Esta vertente teórica não será trabalhada nesta oportunidade, a fim de que não se perca o foco em relação à questão principal discutida. Todavia, em breve esboço, pode-se dizer que o psicologismo aplicável à lógica preconiza que os processos lógicos, conexões lógicas, princípios e axiomas sejam todos compreendidos como fruto de processos psicológicos, isto é, verifica-se uma redução das leis lógicas às leis psicológicas. Seus principais expoentes foram, entre outros: Wilhelm Wundt, Ebbinghaus, Külpe, Stumpf, Brentano, Meinong,

seu trabalho “Investigações Filosóficas”¹⁵⁸, observa que o mundo somente nos é dado na consciência, isto é, a “consciência” e o “mundo” encontram-se referidos reciprocamente, sem possibilidade de separação. Em assim sendo, tendo em linha de conta que os objetos do mundo somente se revelam na consciência, haverá *hic et nunc* consciência de objetos, que, por sua vez, ostentam intencionalidade em seus atos. Dessa forma, a intencionalidade compõe o próprio ato, externado na forma de objeto e atrelado à consciência; e, para captar o modo de ser do objeto individual, indispensável converter os atos em objetos¹⁵⁹.

No campo do direito, esta forma de ver atos, intencionalidade e objetos produziriam a seguinte consequência: os atos jurídicos são aqueles em que o direito se constitui, vale dizer, um ato intencional. Em assim sendo e considerando que o direito sempre apresenta como conteúdo um ato de conhecimento, a sua criação não depende do legislador ou do juiz, podendo ser concebido por todos aqueles que direcionem a sua intenção no âmbito do ato em si. Conquanto dotado de linhas mestras fundamentais e as observando, o direito se constituirá a cada vez que traduzida a sua intencionalidade em um determinado ato, porque produto da consciência e atrelado ao mundo¹⁶⁰.

Esta concepção fenomenológica representa possibilidade bem promissora de colmatação de lacunas. Atrelar a intencionalidade à criação em si do ato, correlacioná-lo à consciência e esta ao mundo, parece ser bem interessante quando se trata de criação originária do direito. O sujeito cognoscente é co-criador da norma, podendo, por si só e independentemente do ordenamento, preencher eventual vazio normativo ou dubiedade axiológica pré-existente. Adiante, em capítulos sequenciais ao presente, ver-se-á a importância da co-criação da norma para fins de preenchimento de lacunas.

Theodor Lips, Benno Erdmann e Christoph Sigwart, mencionado no texto. Para exame da temática: ORAYEN, Raúl; MORETTI, Alberto. **Filosofía de la lógica**. Madrid: editorial Trotta, 2004. Vide, em especial, o texto de Gladys Palau, intitulado “Lógica e Psicología” e, ainda mais especificamente, o item ‘4’, em que aborda expressamente a temática ora tratada, mencionado os Autores prefalados e os eixos centrais da conexão entre psicológica e lógica sob o ponto de vista do psicologismo alemão.

¹⁵⁸ HUSSERL, Edmund. **Investigaciones Lógicas 1 – Filosofía y Pensamiento**. Madrid: Alianza Editorial, 2006. Quanto a diferenciação do psicologismo e fenomenologia, em específico em relação aos atos, tem-se que naquela concepção o objeto de investigação é a aparição causal do ato no mundo empírico, ao passo que nesta se objetiva perquirir a própria essência do ato.

¹⁵⁹ SCHREIER, Fritz. **Concepto y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría Formal del derecho y del Estado sobre base fenomenológica**. Traducción de Eduardo García Maynez. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942, p. 32-38.

¹⁶⁰ SCHREIER, Fritz, *op. cit.*, p. 39-45.

Ao tempo em que busca a intencionalidade do ato para a formação do direito, esta visão aparta a decisão de eventuais psicologismos ou procura pelas razões intrínsecas adotadas pelo Julgador para fins de motivação. Ao contrário, de certa forma mesclando-se com a teoria da argumentação racional, a fenomenologia de Schreier repudia as “decisões eriprosociológicas” na forma como preconizadas por Ernst Fuchs, dando primazia à busca pela essência mesmo do ato, ainda que materializado por intermédio da decisão judicial.

Este campo de análise é deveras fértil e, somado à argumentação racional, parece permitir a construção de um sistema de preenchimento de lacunas suficientemente legitimado para viabilizar a solução de problemáticas concretas¹⁶¹. No caso mencionado no início deste capítulo, por exemplo, a adoção de uma postura por parte do engenheiro, enquanto vivo, em relação ao seu congelamento ou enterro, ou a compreensão judicial acerca da matéria estariam legitimadas como atos jurídicos ainda que nos meandros do ordenamento brasileiro inexistia o tal *modus operandi* que discipline o procedimento de congelamento e manutenção de corpos nesta forma. Esta forma de compreensão será, em momento posterior deste trabalho investigada, mas, por ora, parece promissora quanto aos fins pretendidos na indagação vestibular. A dificuldade fica por conta da delimitação da intencionalidade e, evidentemente, da legitimidade do co-criador do direito à luz do ordenamento jurídico positivo, questões que doravante também serão abordadas.

Eduardo García Máynez, partindo de matriz kelseniana, posiciona-se no sentido de que o ato jurídico depende, intrínseca e extrinsecamente, da existência de uma norma,

¹⁶¹ “Nosotros tendremos que realizar, en relación con el derecho, una investigación del mismo tipo que la emprendida por el filósofo de Königsberg. Saber cómo un acto jurídico concreto se produce y qué condiciones reales son necesarias para ello es, pues, algo que nos interesa. Pertenece este tema al territorio de la psicología o de la sociología del derecho, investigación, por cierto, de gran valor, pero que ignora sus límites y a menudo cree captar la esencia de lo jurídico por medio de análisis psicológicos. Es ésta la misma situación que prevalecía en la lucha de los empiristas contra Kant. Así como aquéllos preguntan de dónde viene la representación el espacio y no cuál es su esencia. Ehrlich inquiera ‘de dónde toman los tribunales sus normas de decisión’”. Por esto la respuesta de Ehrlich nada nos enseña acerca de la esencia del derecho, sino que brinda solamente valiosas e interesantísimas conclusiones sobre la psicología del juez. Aquel autor sostiene que el juez, al resolver las controversias, lo hace basándose, no en la ley, sino en la ponderación de los intereses en juego. ‘Kantorowicz’ ha llamado la atención sobre el hecho de que el gran Bartolo tenía la costumbre de resolver los casos que le eran sometidos, primeramente de acuerdo con la justicia; haciendo que sus discípulos buscaran después los textos y pasajes de las fuentes, necesarios para fundamentar su decisión. Los jueces proceden hoy todavía en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, de manera parecida. Tales decisiones son las que Ernst Fuchs llama ‘criptosociológicas’. Pero la cuestión consistente en saber de qué manera llega el juez al establecimiento de sus decisiones, y si en tal proceso juegan un papel la ley o la estimación de los intereses em conflicto, no debe ser propuesta a la fenomenología del derecho, que investiga la esencia, no el devenir del acto jurídico. Sean cuales fueran las consideraciones que hayan conducido al juez a la solución del caso concreto, la esencia del fallo judicial permanece inalterada. *Idem*, p. 43-44.

mas, criticando a teoria do positivismo ingênuo de Bergbohm, assinala que não é propriamente o fato da positividade que legitima o direito, senão a existência de princípios a partir dos quais emane o poder em si¹⁶². Retornando ao tema ao investigar a validade do direito sob o prisma da filosofia, destaca que normas são dogmas, classificados como princípios religiosos, cânones eclesiásticos, imperativos da moral, convencionalismos sociais e a legislação dos diversos Estados¹⁶³. Há, pois, o que denomina de conflito entre o *dever-ser legal* e o *dever-ser objetivo*, recomendando que se encontre a justificação da lei objetiva para que o direito possa alcançar a validade propugnada¹⁶⁴. Seria este um traço inicial da filosofia da razão prática no ambiente da teoria da norma?

Vê-se, já por esse pensamento, que a matriz kelseniana *ab initio* considerada resta, por ora, relativizada em suas considerações primordiais. Conquanto a norma fundamental seja pressuposta, não há espaço para valorações deontológicas sob o ponto de vista da teoria pura, ao passo que a sugestão de Máynez percorre caminho diverso, procurando encontrar na justificação do estatuto objetivo a essência do que considera princípios diretores do ordenamento em si.

Talvez por isso Recaséns Siches situe a abordagem de Máynez no campo da ontologia jurídica, já que o prévio conhecimento dos princípios – dogmas – se afigurariam necessários para que o direito obtenha validade e, como tal, revele-se legitimado a figurar como elemento diretivo da vida dos indivíduos. Ocorre que, pretendendo estabelecer um ponto de contato entre a proposta teórica e o caso discutido, forçoso convir que para solução da testilha inerente ao congelamento/enterro do corpo do engenheiro falecido não há como buscar em sua concepção individual-ontológica os princípios que regeriam a sua situação *post-mortem*, já que documento nenhum deixou nesse sentido. Por outro lado, ainda que

¹⁶² MÁYNEZ, Eduardo García. **Ensayos Filosófico-jurídicos**. México: Universidad Veracruzana, 1959, p. 20-25. Aliás, citando um diálogo ocorrido (não se sabe se ficticiamente ou em realidade) entre Péricles e Alcibíades, o Autor destaca que a concepção de lei em sentido formal e a sua eventual imbricação com a deontologia (bom, mau) já se observava há muito em Atenas, ao ponto de teóricos como Adolfo Menzel identificarem naquela forma de ver os estatutos legais teorias atualmente descortinadas, qual a teoria do reconhecimento, preconizando que a lei somente se reveste de legitimidade enquanto tal desde que os cidadãos a reconheçam como fonte de autoridade. MÁYNEZ, Eduardo García, *op. cit.*, p. 133-135.

¹⁶³ Observa, a propósito, tendo em linha de conta a doutrina penal do delito por convicção, que acaso o indivíduo se veja no conflito entre afrontar a legislação positiva e, mesmo preso, manter a paz interna; e, de outro lado, cumprir a legislação e permanecer em afronta a si mesmo, decerto escolherá o primeiro caminho, em observância a um princípio, de natureza deontológica, que lhe parecerá superior ao estatuto positivo. *Idem*, p. 25-27.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 27-29.

houvesse estabelecido o destino de seu corpo, tampouco essa sua convicção individual em vida auxiliaria a colmatar a reconhecida lacuna existente – e reconhecida como tal – no ordenamento positivo brasileiro acerca do tema. Finalmente, acaso se admitam particularismos acerca de princípios que regerão a validade do direito, ter-se-á, ao cabo do exame das situações conflituosas, o que Adolfo Menzel denominou da “sobremesa da incerteza”, o anarquismo¹⁶⁵.

Ao cabo dessas explanações, há que se reconhecer que, quer sob o prisma da ontologia, quer da axiomática, quer da epistemologia, a alocação do justo (no caso traduzido pelo destino do corpo à mímica de manifestação expressa do interessado, em vida) no ambiente interno da decisão judicial parece se revestir da dificuldade de maior envergadura a demonstrar a impropriedade do raciocínio lógico-formal como eixo único do ato de decidir.

A epistemologia, sabe-se, opera no segmento da razão teórica e, por isso, discute questões afetas à verdade e à natureza, calcada no ambiente da causalidade inerente à *physis*. Sob este ponto de vista, não se revela adequado investigar problemas situados para além de seus limites de esgotamento da análise das questões postas a exame, quer seja a justiça, quer a política, ou até mesmo o direito. Estes enfoques devem ser tratados em ambiente propício a tanto, qual seja o da razão prática. Esta, ao contrário da razão teórica, revelar-se-á capaz de situar em molduras teóricas mais bem estruturadas os imbrólios em que de forma subjacente venham à tona particularidades inerentes à ética e moral e, portanto, à ação individual; à política e, dessa forma, à ação coletiva; e ao direito e, assim, à ação normativa. Apenas nesse momento de exame teórico se poderá cogitar da análise da justiça, que, conglobada à liberdade, porém refratária à previsibilidade, denota em toda a sua plenitude o *ethos*, perpassado em sua delimitação pelos valores, costumes e tradições.

Curioso observar, aliás, que a razão prática, enquanto apta a trabalhar as questões pertinentes à justiça e, ao mesmo tempo, o *ethos*, parece não só abarcar, senão também – e principalmente –, demandar particularidades que sob o ponto de vista do direito podem causar óbice à própria razão teórica em seu descobrimento epistemológico da

¹⁶⁵ Não há aqui qualquer juízo de valor em relação ao anarquismo em si, apenas referência à correlação que o Autor mencionado estabelece entre a incerteza e a referida escola.

verdade¹⁶⁶. Estas se alocam tanto no quadrante da dificuldade probatória, quanto nas lacunas, qual o caso supramencionado em que, ainda que efetivamente se tivesse a correta noção da verdade inerente ao pronunciamento do interessado, enquanto vivo, quanto a manutenção do congelamento, mesmo assim não haveria como resolver a testilha sem o enfrentamento, sob o prisma da razão prática, acerca do justo, que, por sua vez, reclamaria a verticalização de facetas éticas/morais (seria justo manter o congelamento sem a certeza causal da futura recuperação?), políticas (determinado o enterro, como executá-lo sem a anuência do aparelho institucional do local aonde se encontra congelado o corpo, ou seja, país estrangeiro?), ou normativas (inexistindo previsão legal, como colmatar a lacuna?). Estaria a pretensão de justeza mais valorizada do que a pretensão de correção¹⁶⁷?

Enfrentaremos esta questão em outro momento. Por ora, importa perquirir como o justo tem sido tratado no ambiente judicial, o que abrirá sendas para o exame das lacunas e o seu preenchimento no campo do direito. Este terreno se revela deveras árido e as dificuldades já se demonstram por oportunidade da sua definição, assim como (im)prescindibilidade da aplicação no âmbito jurídico, antes mesmo da discussão alusiva à melhor formatação da justiça nos quadrantes internos da decisão judicial.

Amartya Sen, ainda no campo da definição da justiça, pontuou que a busca pela justiça se inicia com “o forte senso de injustiça”, isto é, conquanto o elemento em si não seja de fácil alcance, o seu revés é mais facilmente perceptível¹⁶⁸. Mesmo no âmbito da argumentação racional, a ideia de justiça encontraria esse mesmo diagnóstico, isto é, do fático ao jurídico, da *physis* ao *ethos*¹⁶⁹. Este embasamento permite a aferição do tema à luz

¹⁶⁶ Aqui uma importante observação: ao tratar da razão prática, Jürgen Habermas assinala, em “Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”, que dependendo de como se coloca a questão pertinente ao “Que devo fazer”, encontra-se significado pragmático, ético ou moral. O presente trabalho não se compromete com quaisquer destes isoladamente, tomando-os em conjunto para a definição da metodologia apta ao preenchimento das lacunas. HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>. Acesso em 11 agosto de 2015.

¹⁶⁷ Pretensão de justeza aqui compreendida como atrelada às questões de justiça, ao passo que pretensão de correção vinculada à validade do sistema.

¹⁶⁸ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 32-33.

¹⁶⁹ “A necessidade de uma teoria da justiça está relacionada com a disciplina de argumentar racionalmente sobre um assunto do qual, como observou Burke, é muito difícil falar. Afirma-se às vezes que a justiça não diz respeito à argumentação racional; que se trata de ser adequadamente sensível e ter o faro certo para a injustiça. É fácil ficar tentado a pensar nessa linha. Quando deparamos, por exemplo, com uma alastrada fome coletiva, parece natural protestar em vez de raciocinar de forma elaborada sobre a justiça e a injustiça. Contudo, uma calamidade seria um caso de injustiça apenas se pudesse ter sido evitada, em especial se aqueles que poderiam ter agido para tentar evitá-la deixaram de fazê-lo. Qualquer que seja o raciocínio argumentativo,

da proposta de justiça enquanto *niti* e *nyaya*, que, para o Autor, representa, na primeira abordagem, a adequação de um arranjo institucional e a correção de um comportamento; e, na segunda, uma espécie de perspectiva ontológica, isto é, correlacionada a uma visão mais ampla do mundo em que vivemos¹⁷⁰.

A concepção ontológica de justiça, o *nyaya*, talvez sugira, ainda sob o prisma da razão prática, uma interessante forma de colmatar lacunas e, analisada sob feição mais abrangente, correlacione o *ethos* à *physis*, estabelecendo nova leitura da razão teórica à luz da razão prática e, com isso, comprove que o estabelecimento da verdade perpassa necessariamente pela argumentação racional. Joseph Raz e Frederick Schauer assentaram pedras sobre este caminho, como se exporá com maior vagar no próximo capítulo deste trabalho. Neste momento, contudo, impõe-se ainda explorar a dificuldade da introdução da justiça, entrevista como *nyaya*, como elemento intrínseco à decisão em si, tornando-a racional.

A fim de que este objetivo seja alcançado, não há como prescindir da definição em si do justo¹⁷¹. Gregorio Robles, em “Introducción a la Teoría del Derecho” parece pensar da mesma maneira, ao salientar que, sob o ponto de vista descritivo-epistemológico, o pensamento humano está em permanente evolução e reconstrução, delimitada e gerenciada por diversas formas de pensar. A concepção do pensamento, continua, dá-se em permanente sincronia-diacronia, representada, no quadrante jurídico, pelas teorias que, acresço, definem o justo¹⁷². Tendo em linha de base este influxo teórico, passemos de revista, em rápido escorço, a algumas propostas teóricas que existem e coexistem no sentido da fixação de um quadrante objetivo apto a delimitar a “justiça do caso concreto”, para utilizar uma expressão com carga substantiva e inserir no ambiente normativo a problemática em si.

ele só pode intervir partindo da observação de uma tragédia e chegando ao diagnóstico da injustiça.” SEN, Amartya, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 50.

¹⁷¹ Como advertido em outras oportunidades em relação a outros eixos temáticos, também o estudo do justo em si, as definições de justiça e matérias correlatas não serão tratadas neste trabalho em limite superior ao necessário para o desenvolvimento da ideia central de que ora se ocupa. Como cediço, a só definição de justiça remonta estudos antigos e até os dias atuais representa questão aberta à teoria e prática, de modo que não se pretende adentrar em seara que dificulte ou cause embaraço ao tema em si tratado. Contudo, não há como tampouco deixar de enfrentá-lo, ainda que perfunctoriamente, para prosseguimento da investigação que se propõe, motivo pelo qual se apresentam, de maneira deveras limitada, apenas algumas ideias a respeito, sem o aprofundamento e desdobramento que a matéria demanda.

¹⁷² MORCHON, Gregorio Robles. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 35-40.

Jeremy Bentham sugeriu que leis justas e, portanto, passíveis de aplicação em sede judicial, seriam aquelas que, avaliadas sob o ponto de vista dos efeitos reais que causam, produzissem a maior felicidade para o maior número de pessoas possível¹⁷³. Nesse sentido, o valor-utilidade se sobrepõe à discussão deontológica que lhe antecede quanto à busca do justo, descurando-se, contudo, que o seu próprio mote central – a utilidade – também comporta valoração e, por isso, não resolve à completude o questionamento proposto¹⁷⁴.

Sua contraposição mais imediata, as teorias de fundo libertário, pretendem alocar o justo em feição individualista, mais arraigada ao que não se pode tomar do que ao que se pode oferecer¹⁷⁵. Fincada na i) ausência de paternalismo legal; e ii) ausência de conteúdo moral na legislação ou decisões judiciais, a concepção libertária da justiça refuta os parâmetros utilitaristas. O valor-utilidade, para esse apanágio teórico, fica substituído pela neutralidade estatal (em verdade, certo niilismo) que, em seara pública, ultima por contrariar valores que lhe servem de suporte enquanto instituição. Aliás, conquanto diversas em origem e embasamentos teóricos, pode-se cogitar certa semelhança no que tange à pouca relevância do social entre as teorias libertárias e a jurisprudência dos conceitos outrora em voga principalmente na Alemanha¹⁷⁶. Ambas lacônicas, vazias e fadadas ao insucesso em um mundo cada vez mais plural, comunicativo e discursivo, não se prestam a direcionar o julgamento no sentido do justo, senão no do individualismo ou formalismo exagerado e

¹⁷³ Esta é a clássica forma de manifestação da escola utilitarista inaugurada por Jeremy Bentham e explorada no campo teórico principalmente nas obras “An Introduction of the Principles of Morals and Legislation” e “The Theory of Legislation”. Na primeira obra, já se afigura clássica a passagem, exposta no capítulo 1, ao tratar do princípio da utilidade, segundo a qual “Nature has placed mankind under the governance of two overreign masters: pain and pleasure.” BENTHAM, Jeremy. **An Introduction of the Principles of Moral and Legislation**. London: Clarenton Press, 1873, p. 1. Neste trabalho, a proposta do Autor mencionado somente será exposta no limite em que necessária para embasamento do tema central tratado.

¹⁷⁴ Existem muitas outras objeções e formas de desenvolvimento do tema, mas, como salientado na nota anterior, a alusão ao utilitarismo constitui apenas um referencial de passagem.

¹⁷⁵ Toma-se aqui a feição libertária exposta na obra de Robert Nozick, a despeito de se reconhecer que há diversas outras concepções e evoluções teóricas acerca do assunto, mas que, por ora, não constituem o mote deste excerto do trabalho. NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁷⁶ Criticando a jurisprudência dos conceitos de maneira muito jocosa: IHERING, Rudolf Von. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Traducción de Román Riaza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015, p. 279-281, em especial no último capítulo, intitulado “En el Cielo de Los Conceptos Jurídicos”, em que imagina um diálogo com um anjo que explica ao recém-chegado como funciona e aonde se alocam, no céu, os juristas conceitualistas e quais as exigências para adentrar nesse seletivo grupo, figurando entre tais não haver sequer menção à relevância prática ou social dos conceitos.

desmedido. Nesse prisma, desservem sequer à lógica formal, vez que também apresentam conteúdo deontológico, ainda que centrípeto.

Se a escola libertária não se presta a dar relevância ao social por lhe faltar posicionamento substantivo do aparato público, talvez esse posicionamento, quando inequivocamente delineado, tampouco se revele tão acertado.

A feição republicanista da justiça, na forma como concebida por Aristóteles¹⁷⁷, trazia em seu cerne a vinculação da justiça à liberdade, mas, ao depois reformulada na Inglaterra e nos Estados Unidos, a “tradição republicana”, como destaca Robert Dahl, divergia do pensamento democrático grego¹⁷⁸ e apresentava-se calcada, em primeiro lugar, na defesa de um governo misto frente a outras formas de utilização do poder; em segundo lugar, no princípio de igualdade, de sorte que todos deveriam preconizar o bem comum (compreendida na forma roussoniana de povo como nação); em terceiro lugar, o atuar de acordo com a lei aplicável a todos¹⁷⁹. Publius, pela pena de James Madison em “O Federalista nº. 10”, ressaltou, como de resto em todos os textos de “Os Federalistas” escritos por James Madison, John Jay e Alexander Hamilton, que o governo republicano permite um espaço de representação significativo e que obsta corrupção e poder para poucos, ademais de impedir a atuação de líderes facciosos, o que recomendaria não apenas o republicanismo em si, senão também a regência normativa por meio de uma Constituição aplicável à União e aos Estados-membros¹⁸⁰. Assim, como consequência desta forma de

¹⁷⁷ Retratada no Livro III de “A política”. ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1985, p. 77-105.

¹⁷⁸ Robert Dahl noticia que a visão mais antiga podia ser denominada “republicanismo aristocrático”, ao tempo em que a mais recente forma de conceber esta escola de pensamento insere o componente democrático na Constituição da República. Ademais, outra distinção que se pode aperceber de partida (e sem aprofundamento desnecessário neste âmbito) é que enquanto outrora se postulava o equilíbrio entre os interesses do povo e dos poucos que compunham a aristocracia, na vertente atual se propugna o alcance do bem-estar do povo. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 35-40.

¹⁷⁹ Há, evidentemente, extensa bibliografia acerca do assunto. Ángel Rivero, em trabalho intitulado “El discurso republicano” apresenta histórico comparativo entre a democracia no período de Aristóteles e atual, ademais dos “quatro momentos do discurso republicano”, seus principais autores e algumas ideias que caracterizam o sistema. RIVERO, Ángel. **El discurso republicano**. In: ÁGUILA, Rafael de; GABRIEL, José Antonio de; GUTIÁN, Elena García; RIVERO, Ángel; VALLESPÍN, Fernando. *La democracia en su textos*. Madrid: Alianza Editorial, 2007, p. 15-72.

¹⁸⁰ As seguintes passagens são de especial interesse no contexto da apresentação do regime republicano: “Os dois grandes pontos de diferença entre uma democracia e uma república são: primeiro, nesta última o exercício do governo é delegado a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais; segundo, são bem maiores o número de seus cidadãos e a área que ela pode abranger. O efeito da primeira diferença é, por um lado, aperfeiçoar e alargar os pontos de vista da população, filtrando-os através de um selecionado grupo de cidadãos, cujo saber poderá melhor discernir os verdadeiros interesses de seu país e cujo patriotismo e amor

compreender o Estado Democrático de Direito, a justiça fica atrelada não apenas ao movimento legislativo que conglome Constituição e leis infraconstitucionais, senão perigosamente também aos valores republicanos que possam sobrepair ao direito em si.

No âmbito da decisão judicial, apelar a valores pode significar tanto o recurso às falácias e argumentos defeituosos, como a consequencialismos de impactos avassaladores e altamente subjetivos. Ainda que se apele ao consenso como forma de obter as razões aptas a alocar a justiça no âmbito da decisão, genericamente considerada, algumas dificuldades também ressoam de forma um tanto candente, como fica claro na teoria adiante tratada.

Outro exemplo de tentativa de inserção da justiça no quadro consensual existente na sociedade e, sob outro prisma, uma das mais bem estruturadas ideias de resolver a questão da justiça no âmbito dos provimentos estatais, foi a perspectiva liberal-igualitária, nomeadamente a preconizada por John Rawls. Em “Uma Teoria da Justiça”, Rawls apresenta concepção da justiça lastreada em dois princípios, sinteticamente descritos neste trabalho: i) cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais extenso de liberdades básicas compatíveis com um sistema de liberdade similar para todos; ii) princípio da diferença, fulcrado em que as desigualdades sociais e econômicas devam ser constituídas de sorte a que, ao mesmo tempo, sejam razoavelmente vantajosas para todos e vinculem-se aos empregos e cargos acessíveis a todos¹⁸¹.

Após a enunciação da teoria da justiça, Rawls sofreu críticas e ponderações teóricas acerca das suas proposições, o que o levou a refletir e, ao cabo do trabalho intitulado

à justiça dificilmente serão sacrificados por considerações temporárias ou parciais. (...) Em segundo lugar, como cada representante será escolhido por um número maior de cidadãos nas grandes do que nas pequenas repúblicas, será mais difícil para os candidatos sem méritos utilizar com êxito artifícios desonestos, que tantas vezes têm dado a vitória nas eleições. (...) Assim, vê-se claramente que a mesma vantagem que uma república apresenta sobre uma democracia, em controlar os efeitos de facções, é desfrutada por uma grande república em relação a uma pequena (...)? HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2010, 3ª. ed., p. 78-81.

¹⁸¹ RAWLS, John. **Teoría de La Justicia**. Traducción de María Dolores Gonzáles. México: FCE, 1995. Há um sem-número de obras que pretendem discutir a teoria rawlsiana da Justiça, valendo lembrar, com Gargarella e Kymlicka, que a concepção de Rawls em verdade influenciou muitos juristas e estudiosos, ademais de trazer para a agenda política a discussão com a sociedade acerca do tema e viabilizar a tomada de posicionamento estatal em iterativas situações. Também engendrou toda uma sorte de novas leituras sobre a temática e desenvolvimento, aprofundamento e verticalização do estudo deontológico, epistemológico e axiológico da justiça em si e temas conexos. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de Filosofia Política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1-32. KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63-118.

“Liberalismo político”, engendrar algumas alterações em sua inicial proposta teórica. Assim é que noções como “consenso sobreposto”, “razões públicas” e a própria redução do espectro de abrangência da teoria da justiça, a partir de então considerada como uma concepção política da justiça, vieram à tona com o fulcro de tentar imbricar as críticas recebidas com a vertente teórica *ab initio* exposta¹⁸².

Ocorre que mesmo as concepções reformuladas de Rawls não se apresentam indene a críticas. Tomemos, por exemplo, a sua visão sobre o “consenso sobreposto”, elaborada em resposta às críticas formuladas por Habermas. Rawls considera que o consenso sobreposto pode ser extraído da ordenação ou equilíbrio dos valores políticos ao momento em que ofereçam resposta razoável, mediante a razão pública, a todas ou quase todas as questões que dizem respeito à justiça básica e aos seus elementos constitucionais essenciais¹⁸³. A definição, é bem de ver, não se apresenta clara ou apta a delimitar com precisão qual ou quais os parâmetros razoáveis a considerar para fins de delimitação dos valores políticos. Tampouco se esclarece se a justiça básica definiria os valores políticos, ou o contrário; e, por fim, qual o efetivo papel dos elementos constitucionais essenciais neste quadrante da definição da justiça básica¹⁸⁴.

¹⁸² RAWLS, John. O Liberalismo político. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. Roberto Gargarella resalta essa tomada de posição de John Rawls. Observe-se a seguinte passagem: “Desde o momento de sua publicação, a teoria da justiça recebeu – como vimos – numerosas críticas, às quais Rawls tentou responder em uma variedade de textos. (...) Embora não haja dúvidas de que as mudanças fundamentais ocorridas na teoria da justiça tenham a ver com as questões apontadas anteriormente, é preciso dizer que Rawls foi muito receptivo às objeções que iam sendo feitas a seu trabalho por frentes muito diferentes. Assim, por exemplo, repensou seus textos originais – como vimos – à luz das críticas formuladas pela teoria feminista; foi aprimorando o igualitarismo que distingue sua proposta; procurou defender uma concepção mais sólida da democracia – a partir de muitas das objeções que recebera, sobretudo do campo do republicanismo; considerou o modo como as sociedades modernas foram mudando até se tornarem sociedades multiculturais (consideração essa que é crucial para entender todo LP); e voltou a refletir sobre as implicações internacionais de sua teoria da justiça, reconhecendo a necessidade de prestar atenção na extraordinária diversidade cultural que existe nas diferentes regiões do planeta. LP representa, decerto, o ponto mais importante nesse processo de reformulação teórica. Nessa obra, aparecem sintetizadas ou propostas muitas das mudanças citadas. Entretanto, LP demonstra também que, entre as inúmeras observações formuladas contra seu trabalho original, Rawls admite ser afetado sobretudo por uma delas: a que afirma que sua teoria da justiça não é – tal como ele pretendia – uma concepção neutra de fato perante as diferentes concepções do bem existentes, sendo, portanto, uma teoria incapaz de garantir as bases de sua própria estabilidade.” GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 223-224.

¹⁸³ RAWLS, John, *op. cit.*, p. 456.

¹⁸⁴ Gargarella também destaca algumas críticas ao consenso sobreposto: “As possíveis críticas ao consenso sobreposto seriam as seguintes: primeiro, afirmar que implica uma visão cética perante a possibilidade de uma concepção de justiça ser certa; segundo, afirmar que implica uma visão abrangente; terceiro, afirmar que implica, simplesmente, uma situação de *modus vivendi*; e quarto, afirmar que constitui uma ideia utópica.” GARGARELLA, Roberto, *op. cit.*, p. 231.

A questão fundamental – e que importa para o presente trabalho neste momento – é exatamente a definição e alocação da justiça, neste viés teórico representada tanto pela razoabilidade como pelos valores políticos em si, no âmbito do provimento decisório judicial. O seu *locus* na estrutura interna estaria atrelado a uma forma deontológica de compreender a justiça, travestida muitas vezes pela razoabilidade? Ou o contrário, isto é, ajustando-se as formas lógicas sob o prisma do dever-ser encontraríamos espaço para alocação da justiça, ainda que fruto de um consenso sobreposto?

Ao que se pode depreender desta análise meramente exemplificativa das teorias da justiça, não se logrou encontrar uma definição precisa; e, ainda que diversa tivesse sido o resultado final, como tal se inseriria no contexto interno da decisão judicial.

A importância da investigação remete imediatamente às lacunas, eis que, sejam axiológicas, normativas ou de natureza ou classificação diversas, ter-se-á, para eventual preenchimento, que se abordar a questão deontológica como inerente à decisão, seja denominada como justiça, seja de outra maneira considerada.

Há, em paralelo, a alternativa da eficiência, na forma como postulada genericamente pela “Law and Economics”, que, sem prejuízo de vertentes teóricas mais atreladas aos valores nos meandros da mesma escola¹⁸⁵, propugna que formulações como “ $B < P.L$ ”, segundo a qual, em esfera aquiliana, a responsabilidade depende que os ônus do cuidado (B) sejam menores do que o dano (L) multiplicado pela probabilidade do dano (P)¹⁸⁶; ou “ $B \geq P.D / (1 + d)n + U - A$ ”, fórmula cunhada por Richard Posner para, em análise à liberdade de expressão, verificar se um discurso deve ou não ser admitido no cenário

¹⁸⁵ Esta abordagem não será explorada neste trabalho senão como referencial teórico de passagem, motivo pelo qual opta-se, nesta oportunidade, tão somente por fazer menção sem maiores digressões.

¹⁸⁶ Esta fórmula é conhecida como “Regra de Hand”. Learned Hand, considerado um dos quatro melhores juízes dos Estados Unidos em todos os tempos, ao lado de Holmes, Brandeis e Cardozo, ao examinar o caso *United States v. Carroll Towing Company* e ponderar se teria havido negligência por parte da empresa Connors Company, proprietária de uma embarcação, ao deixá-la amarrada ao píer da baía de Nova York sem ninguém a bordo gerando a colisão com outra embarcação após o rompimento das cordas, decidiu que, em função da ausência de regra geral para determinar quando a ausência de um barqueiro ou de alguém que o substitua tornará o proprietário da embarcação responsável por danos a outros barcos causados pelo rompimento de amarras, a obrigação do proprietário de evitar danos a terceiros será determinada por 03 (três) variáveis: a) probabilidade de o barco se soltar; b) gravidade dos danos causados; c) o ônus das precauções adequadas. Assim tendo em foco tais variáveis, o juiz Hand observou que a responsabilidade depende que os ônus do cuidado (B) sejam menores do que o dano (L) multiplicado pela probabilidade do dano (P). Ou: $(B < P.L)$. BATTESINI, Eugênio. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: a aplicação da regra de Hand no Brasil**. III Conferência Anual da Associação brasileira de Direito e Economia – ABDE. 20 a 22 de outubro de 2010, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil.

jurídico¹⁸⁷; delimitem, em termos de variáveis, todas as feições que podem ser adotadas por elementos axiológicos.

Não se descarta que hodiernamente o Estado deva atrelar mesmo o exercício de direitos à realidade jurídico-econômica. Stephen Holmes e Cass Sustein, a este respeito – em obra especificamente direcionada ao estudo do exercício de direitos, nomeadamente de índole Constitucional –, advertem que todos os direitos são positivos, no sentido de que dependem de estruturação econômico-financeira do Estado para assegurar a sua proteção, exercício e realização¹⁸⁸. Com efeito, não há como relegar tal aspecto econômico ao desdém, ou subvalorizá-lo ao ponto de tê-lo em consideração de maneira secundária ao momento de emitir provimentos decisórios. Acertado o pensamento; situação diversa, no entanto, parece ser a de pretender afastar a necessária valoração a ser empreendida acerca de temas como justiça, moral, ética, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas e, finalmente, lacunas, com o propósito de esquadriñar fórmula que os aprisione e deixe de abrir espaço para análise de particularidades. Isso, para muito além das possibilidades do exercício do direito enquanto linguagem, tampouco se afiguraria proveitoso, na medida em que a própria realidade cuidaria de mostrar a ineficiência da própria eficiência.

Há, todavia, o extremo oposto. Após o encerramento da Segunda Guerra Mundial, Gustav Lambert Radbruch, outrora positivista (*rectius*: formalista), abdicou em parte de seus posicionamentos teóricos para cunhar o que ficou doravante conhecido como a “Fórmula de Radbruch”, segundo a qual em havendo conflito entre a justiça e a segurança jurídica, haveria que se resolver a celeuma sob dois prismas: i) o direito posto tem aplicação preferencial, ainda que seu conteúdo seja injusto e não benéfico às pessoas; ii) o direito posto cederá passo à justiça acaso a lei se revele extremamente injusta¹⁸⁹. Sob este enfoque,

¹⁸⁷ POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 54-55.

¹⁸⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos**. Traducción de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

¹⁸⁹ O trabalho em que a Fórmula foi exposta pela primeira vez foi “Gesetzlicher Unrecht und übergesetzliches Recht” (RADBRUCH, Gustav. **Arbitradriedad legal y Derecho supralegal**. Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962), mas também em RADBRUCH, Gustav. **Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas**. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2013 e em outras obras a questão vem tratada, a exemplo de RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de Filosofía del Derecho**. Disponível em <http://minhateca.com.br/vitorhugoabadia/Documentos/Cinco+minutos+da+Filosofia+do+Direito,18583479.docx>. Acesso em 11 março de 2015.

variáveis ou considerações alusivas à eficiência passarão ao largo, ao menos no que toca ao conflito entre o direito positivo e o seu conteúdo tido como extremamente injusto.

Ao que parece, pois, internalizar no ambiente judicial o conceito de justiça ou valores correlatos precederá o exame em si das lacunas, visto que a escanção dos aspectos decisórios se faz necessária para a alocação de elementos tanto a nível deontológico, como pragmático e epistemológico.

Vejamos, pois, na sequência do trabalho, como – e, eventualmente, se existe forma de – superar tal problemática à luz das perspectivas da lógica e argumentação.

b. Um passeio guiado pela lógica:

1. Lógica formal (clássica);

Uma das conexões possíveis – quiçá a mais antiga – que a lógica oferece em relação à decisão é a que hodiernamente se conhece como justificativa “interna” e “externa”. Esta se caracteriza quando o juiz faz uso de argumentos situados para além da metodologia subsuntiva, tais como argumentos empíricos, consequencialistas, coerenciais, de índole valorativas, entre outros; e aquela se verifica quando a argumentação por dedução é chamada a ocupar o seu lugar na construção do provimento decisório.

Robert Alexy esclarece, a respeito desta divisão, que a justificativa interna está diretamente correlacionada ao silogismo jurídico, ao passo que a justificativa externa tem a tarefa de fundamentar as premissas não extraídas diretamente do direito positivo. Assim, nesta, o objetivo seria o de justificar as premissas usadas na justificação interna, podendo ser divididas, para ele, em seis grupos: a) interpretação; b) argumentação da Ciência do Direito, ou seja, dogmática; c) precedentes; d) argumentação prática geral; e) argumentação empírica; f) formas especiais de argumentos jurídicos¹⁹⁰.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do Discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: GEN – editora Forense, 2011, p. 219-229. Há, efetivamente, quem não veja na decisão judicial a presença de justificativas externas ou internas e ainda as critique sob o fundamento de falta de adequada delimitação. REDONDO, María Cristina. **La noción de razón para la acción em el análisis jurídico**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

A metodologia para a efetivação da justificativa interna¹⁹¹ é a dedutiva, silogística, que pode ser representada tanto em sua forma simples, como outras mais complexas¹⁹². Esta construção remonta ao início da compreensão da lógica enquanto forma de construção de argumento sólido¹⁹³ e teve em Aristóteles seu inicial arquiteto-idealizador¹⁹⁴. A vantagem do seu emprego no contexto decisório condiz com a metodologia que propõe, de incidência de uma norma para resolução de um caso conflituoso. Tal viabiliza o que se compreende como descarga argumentativa por parte do órgão decisório, isto é, tendo havido argumentação de fundo a justificar, outrora, o advento do ente normativo agora incidente, por qual motivo repetir a argumentação que lhe serviu de base?

¹⁹¹ Da justificativa externa cuidaremos posteriormente, ainda neste capítulo. Interessantes estudos sobre esta temática foram desenvolvidos, entre outros Autores, por: REDONDO, María Cristina. **Razones y Normas**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/razones-y-normas-0/>. Acesso em 26 de mar. 2015; REDONDO, María Cristina. **El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011), pp. 245-264. Disponível em: <file:///C:/Users/fe95/Downloads/el-paradigma-constitucionalista-de-la-autoridad-juridica.pdf>. Acesso em 26 de mar. 2015; REDONDO, María Cristina. **El Carácter Práctico de los Deberes Jurídicos**. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142013.pdf>. Acesso em 26 de mar. 2015; REDONDO, María Cristina. **Teorías del Derecho e Indeterminación Normativa**. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141959.pdf>. Acesso em 26 de mar. 2015; REDONDO, María Cristina. **Lógica y Concepciones del Derecho**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/lgica-y-concepciones-del-derecho-0/>. Acesso em 26 de mar. 2015.

¹⁹² A fim de que não se perca a fluidez no texto, serão evitadas as descrições de fórmulas, somente utilizadas quando efetivamente necessárias no corpo da discussão. Entretanto, para visualização da forma simples e complexas do silogismo, possível consultar o próprio trabalho supramencionado, de Autoria de Robert Alexy. ALEXY, Robert, op. cit., p. 220-225, ademais de outros trabalhos especificamente correlacionados ao tema: CAMPOS, Sávio Laet de Barros. **A teoria dos silogismos: o primado do “intelecto intuitivo” na analítica aristotélica**. Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT – Instituto de Ciências Humanas e Sociais – ICHS – Departamento de Filosofia. Cuiabá, 2010. Disponível em: <http://filosofante.org/filosofante/?mostra=noticia&ver=1&id=218&le=F13&label=Trabalhos%20Acad%C3%A0Amicos>. Acesso em 27 de mar. 2015; D’OCA, Fernando Rodrigues Montes. **Silogismo prático: uma apresentação inferencial do ato de pesar razões?**. Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS – VIII Edição, 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/VIII/1.33.pdf>. Acesso em 27 de mar. 2015; DIAS, Carlos Magno Corrêa. **Silogística – Uma introdução à lógica dos enunciados categóricos**. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/425>. Acesso em 27 de mar. 2015; MARGUTTI, Paulo. **Silogística Aristotélica**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~margutti/Silogistica%20Aristotelica.pdf>. Acesso em 27 de mar. 2015.

¹⁹³ Irving M. Copi fornece precisa explicação acerca da definição do argumento e sua utilização: “Para que um argumento esteja presente, uma dessas proposições afirmativas deve decorrer de outras proposições declaradas como verdadeiras, as quais se apresentam como base para a conclusão – ou como razões para se acreditar na conclusão”. Adiante, também destaca o que se pode compreender como sendo um argumento sólido: “Há raciocínios perfeitamente válidos que têm conclusões falsas – mas devem ter, pelo menos, uma premissa falsa. O termo ‘sólido’ é introduzido para caracterizar um argumento válido cujas premissas são todas verdadeiras. Um raciocínio dedutivo não consegue estabelecer a verdade de sua conclusão se não for sólido, o que significa que não é válido, ou então que nem todas as suas premissas são verdadeiras.” COPI, Irving M., **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: editora Mestre Jou, 1968, p. 31-39.

¹⁹⁴ ARISTÓTELES. **Organon – V Tópicos**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

A lógica em seu sentido formal propicia, dessa forma, o estabelecimento de um *iter* para a resolução de testilhas em que, ao tempo em que constitui limite bem claro de aplicação para os casos ditos fáceis, também isola aqueles compreendidos como difíceis, permitindo que outras técnicas sejam neles testadas e executadas. Mas, a despeito desta questionável divisão entre “fáceis” e “difíceis”, a questão de fundo estaria nos casos, ou na aplicação em si da lógica formal no ambiente decisório¹⁹⁵?

Aprofundando o exame da temática, pode-se perceber que os mecanismos lógico-dedutivos oriundos da feição formal clássica da lógica não parecem explicar algumas mazelas que se situam em seu próprio âmago. É como se existissem feridas internas cujo tratamento vem sendo administrado em ordem a não prejudicar o funcionamento do organismo como um todo, sem, porém, alcançar a completa cura.

Uma dessas feridas é o conhecido dilema de Jørgensen¹⁹⁶, de acordo com o qual se questiona a própria existência de uma lógica de normas. Não havendo qualquer novidade no sentido de que as normas não se consubstanciam em entidades apofânticas, isto é, não trazem em seu cerne valores veritativos, Jørgen Jørgensen percebeu que tal premissa conduziria necessariamente à impossibilidade da existência de uma lógica de normas, uma vez que as conexões existentes entre as premissas se baseiam necessariamente em elementos que encontram a verdade em sua base. Sua compreensão combina uma tese metalógica,

¹⁹⁵ Jorge Rodríguez também questiona tanto a divisão de casos fáceis e difíceis, como a aplicação da metodologia dedutiva para solução dos conflitos. O problema, segundo ele, não tem a ver com o caso em si, senão com a decisão que o juiz haverá de adotar a respeito. Observe-se o seguinte excerto: “(...) No existe ningún procedimiento mecánico para demostrar los derechos de las partes en ningún caso. Ahora bien, desde el punto de vista que estoy considerando, hablar de ‘casos fáciles’ y ‘casos difíciles’ no parece del todo apropiado. Porque podría llevar a creer que se trata de una cualidad que se predica de los casos, cuando en realidad esto no es así. Supóngase un caso para cuya resolución resulta cuestionable la aplicación de cierta norma por reputársela discriminatoria. Teniendo en cuenta que en un caso semejante existiría un problema relativo a la conformación de la premisa normativa, podríamos pensar a primeira vista que se trata de un ‘caso difícil’. Ahora bien: a) si frente a los mismos hechos un juez aplica la ley tachada de discriminatoria y outro la descarta – quizás alegando su inconstitucionalidad –, ¿se diría que sólo el segundo es un caso difícil? Y aún más: b) si dos jueces aplican dicha ley discriminatoria, pero uno considera en los fundamentos de su decisión el problema de su concordancia o no con los principios constitucionales y se decide por la primera alternativa, mientras que el segundo omite toda consideración al respecto, ¿se diría que sólo el primero es un caso difícil? Lo expresado se orienta a poner de manifiesto que la dificultad o facilidad no se predica en realidad del propio caso, sino más bien de la decisión que el juez ha de adoptar a su respecto. Nada habría en un ‘caso’ que lo hiciera fácil o difícil, tal lo que a primera vista surge del ejemplo considerado. No obstante, ¿puede ser cierto que no haya nada en un ‘caso’ que lo haga fácil o difícil? O, utilizando una terminología más apropiada, ¿la mayor o menor discrecionalidad que posea el eventual decisor respecto de un ‘caso’ no depende de las propiedades del ‘caso’ a resolver?” RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 307-308.

¹⁹⁶ Denominação dada por Alf Ross em “Imperatives and Logic”. ROSS, Alf. Imperatives and Logic. *In: PHILISOPHY OF SCIENCE*, nº. 1, vol. 11, jan. 1944, p. 30-46.

segundo a qual a lógica somente relaciona entidades das quais se pode predicar a verdade ou falsidade, e semântica, de acordo com a qual as normas não são verdadeiras ou falsas, para chegar a conclusão da inexistência de lógica de normas. Note-se que, diferentemente da usual distinção entre ser e dever-ser, que, nos meandros acadêmicos tem gerado iterativa produção doutrinária em um sem-número de discussões¹⁹⁷, Jørgensen ataca a lógica de normas em seu manancial, isto é, no âmbito do próprio dever-se, entendendo-o incapaz de fazer predicar do regramento uma conexão que justifique a aplicação do raciocínio silogístico. Em poucas palavras, seu raciocínio perpassa pelo seguinte: do dever-ser não se pode derivar outro dever-ser, o que inabilita a lógica para estabelecer relações entre enunciados prescritivos¹⁹⁸.

Três anos depois do trabalho de Jørgensen em que o dilema ficou conhecido, Alf Ross, a quem coube descrever e denominar o dilema, propôs, para solucionar a questão, considerar a existência de uma “lógica da validade”, baseada em não aceitar a tese metalógica em que se apoiava o dilema. Validade e invalidade poderiam substituir a verdade e a falsidade como valores lógicos para as normas e tais deveriam ser considerados de maneira subjetiva e não objetiva, de sorte a que um enunciado é válido se está presente em uma pessoa o estado psicológico que assim o determina; e vice-versa¹⁹⁹. Pode-se criticar esta forma de resolução do dilema baseado em eventual erronia semântica quanto à compreensão subjetiva – e, por isso, necessariamente particularizada, *ad hoc* – da validade, o que prejudicaria um sistema de normas enquanto tal²⁰⁰. Posteriormente, vale dizer, depois de mais de vinte anos da primeira crítica, Alf Ross, em “Directives and Norms” revisitou o tema, assinalando desta vez que a validade não representa um conceito psicológico, senão

¹⁹⁷ Para resumir: KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 83-92.

¹⁹⁸ A tese de Jørgensen foi citada em dois trabalhos que recebem o mesmo nome, mas se completam em conteúdo: “Imperatives and Logic” e “Imperatives ob logic”. Esta compreensão, para melhor explicação, passa pelas seguintes premissas: “(1) Un enunciado B es consecuencia lógica de un enunciado A si, y sólo si, no es posible que A sea verdadero y B, falso; (2) Si X y Z son enunciados y alguno de ellos no es verdadero, ni falso, entonces ni Z es consecuencia lógica de X ni X es consecuencia lógica de Z; (3) Los enunciados prescriptivos no son verdaderos ni falsos; (4) Si X y Z son enunciados prescriptivos, entonces ni Z es consecuencia lógica de X ni X es consecuencia lógica de Z”. MARÍN, Rafael Hernández. Los dos dilemas de Jørgensen. In: **ANALISI E DIRITTO**, 2006, p. 147-168. Há quem identifique dois dilemas e não apenas um, a exemplo de Rafael Hernández Marin, consistentes no caráter veritativo (primeiro) e nas conexões lógicas (segundo); outros, contudo, a exemplo de Jorge L. Rodríguez, em “Lógica de los sistemas jurídicos”, pensam existir um dilema, porém com dois viéses. RODRÍGUEZ, Jorge L., *op. cit.*, p. 181.

¹⁹⁹ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 38-40.

²⁰⁰ Crítica similar a esta lança CABRERA, Carlos Alarcón. Imperativos y Logica en Jørgen Jørgensen. In: **ISEGORÍA**, n. 20, 1999, p. 207-215.

metodológico, de maneira a representar condições de regulação do comportamento humano que independem da análise ou aprovação subjetiva²⁰¹.

Diversas outras tentativas de solução do dilema de Jørgensen foram empreendidas. Kalinowski sugeriu que a existência de “fatos normativos”, baseados em que as normas, assim como os juízes de valor, ostentam valores de verdade que se revelam independentes da vontade e convicções morais das pessoas²⁰²; Dubislav, cuja análise do tema é inclusive anterior ao trabalho de Jørgensen, ponderava a necessária distinção entre “sentença de exigência” e o seu “fator indicativo”, de espeque a salientar que as consequências lógicas das normas são exigidas²⁰³; Alchourrón e Antonio Martino, por sua vez, sustentam que a lógica se limita ao discurso descritivo, podendo ser construído um sistema lógico independente das noções de verdade e falsidade e que, por isso, poderia ser aplicado tanto aos enunciados descritivos, como às prescrições²⁰⁴.

²⁰¹ ROSS, Alf. **Directives and Norms**. New York: Humanities Press, 1968.

²⁰² A curiosa tese, exposta nos textos “El problema de la verdad en la moral y en el derecho” e “Lógica de las normas y lógica deóntica”, apresenta o evidente desconforto de imbricar planos diversos de análise, o dos fatos e o das normas, o que, atrelado de certa maneira a um cognitivismo ético (no sentido de conduta), parece dificultar a compreensão do problema em si, por meio da generalização da solução correspondente. Enquanto generalização, portanto, a solução é, no mínimo, falaciosa. Para uma análise da temática, vide: KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducida por Juan A. Casaubon. Buenos Aires: editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973, p. 67-144.

²⁰³ Juliano Maranhão assim explicita o que ficou conhecido como o “truque de Dubislav”, apresentando, inclusive, interface do tema com a doutrina Kelseniana (em realidade, o último Kelsen): “A solução de Dubislav é construída sobre a distinção entre a sentença de exigência (Forderungssätze) e seu fator indicativo associado, que descreve o estado de coisas demandado ou o conteúdo do imperativo. Se um imperativo F_1 exige o estado a e se b é uma consequência lógica de a , segue que o imperativo F_2 , exigindo b , é dedutível de F_1 . Tal truque pressupõe que as consequências lógicas do que foi exigido são também exigidas. Isto nos conduz ao problema ontológico das normas, *i.e.*, o que significa (definição) ou quando está alguém justificado em acreditar (justificação) que uma norma existe ou é válida ou que determinado comportamento é obrigatório de acordo com uma ordem normativa. Se normas são a expressão de atos de vontade concretos, *i.e.*, se a existência de uma norma está intrinsecamente ligada à sua promulgação pela autoridade normativa, como postula o último Kelsen, seria razoável admitir a existência de uma norma com base no truque de Dubislav? A exigência derivada poderia ter o mesmo *status* de uma exigência resultante de um ato de vontade concreto? A última resposta de Kelsen é um claro não. Kelsen chega a conceder que uma autoridade que exija o conteúdo derivado de outra norma estaria racionalmente justificada, mas a existência da norma derivada calca-se na sua promulgação pela autoridade normativa, não na sua dedutibilidade a partir do conteúdo de uma norma pré-existente. Caso contrário, endossar o truque de Dubislav, como faz o próprio Jørgensen, levaria a uma invenção de normas que não foram efetivamente desejadas ou promulgadas”. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Estudos sobre lógica e direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 34-35.

²⁰⁴ ALCHOURRÓN, Carlos; MARTINO, Antonio. **Lógica sin verdad**. In: THEORIA – SEGUNDA ÉPOCA, año III, n.º. 07-8, p. 7-43. Jorge L. Rodríguez assim descreve a proposta de Alchourrón e Martino: “En el mismo sentido discurre una propuesta formulada por Carlos Alchourrón y Antonio Martino. Sostienen que la idea de que la lógica se limite al discurso descriptivo y que sus nociones principales deben definirse a partir de la verdad y la falsedad se trata en realidad de un prejuicio carente de sustento. Sobre esa base, esbozan una idea acerca de cómo construir un sistema lógico independiente de las nociones de verdad o falsedad, que de modo directo o indirecto caracterizan a las presentaciones sintácticas y semánticas de la lógica. Tal como se

Georg H. Von Wright elaborou a tentativa que por ora mais interessa no contexto da estrutura interna da decisão judicial. Partindo da diferenciação entre normas e proposições normativas (“asserções metanormas”), elucida que aquelas não são verdadeiras ou falsas, ao passo que estas sim o são. Com base nesta classificação e considerando que existe acentuada diferença entre o enunciado prescritivo (a norma) e o descritivo (a proposição normativa), Von Wright destacou a possibilidade da criação de uma lógica das proposições normativas, de modo que o dilema se resolveria em si, sob o ponto de vista da lógica das proposições normativas. De acordo com seu escólio, enunciado normativo (ou proposição normativa) tem como resultado algo que deva, possa ou tenha que não se fazer, mas com fundamento veritativo, isto é, que revele uma verdadeira resposta à pergunta acerca do(s) motivo(s) pelo(s) qual(is) não se pode fazer ou deixar de fazer algo²⁰⁵.

No que importa ao presente item, forçoso reconhecer uma primeira insuficiência da lógica formal ao raciocínio silogístico para a formação da estrutura interna da decisão judicial. Com efeito, sob o prisma da justificativa interna, o Dilema de Jørgensen expõe à luz dificuldade que pretensamente invalida a argumentação por dedução enquanto tal. Entretanto, como as dificuldades nada mais representam do que oportunidades para novas soluções, não há como deixar de reconhecer com as soluções do dilema uma possível visualização de resposta às lacunas. Este tema será em capítulo próprio explorado, de modo que por ora haverá de ser apenas perfunctoriamente exposto, de sorte também a conduzir ao desenvolvimento da estrutura interna.

A proposta de Von Wright, retomando, sugere a diferenciação entre normas (desprovidas de fundamentos veritativos e eminentemente prescritiva) e proposição normativas (dotadas de fundamento veritativo e eminentemente descritiva). Note-se, pois, que lança esta distinção com base na aferição da norma, isto é, o caráter ambíguo (em sua expressão) da norma em si. E se, explorando essa possibilidade de caráter ambíguo, esta

examinará más adelante, tanto la noción de consecuencia sintáctica como la semántica poseen en común ciertas características, las cuales podrían recogerse en una noción abstracta de consecuencia lógica, a partir de la cual fundar un sistema del todo independiente de la verdad o falsedad que podría por ello aplicarse tanto a enunciados descriptivos como a prescripciones”. RODRÍGUEZ, Jorge L., *op. cit.*, p. 183.

²⁰⁵ Von Wright, neste ponto, relembra a distinção empreendida pelo filósofo sueco Ingemar Hedenius entre sentenças legais genuínas e espúrias, aquela utilizada para formular as regras legais e esta para fazer uso dos enunciados existenciais pertinentes às normas legais (proposições normativas). VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción. Una investigación lógica**. Traducción de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editora Tecnos, 1970, p. 119-120.

mesma sugestão pudesse ser aplicada para a ausência de norma²⁰⁶? Diante da ausência de norma a configurar a lacuna (e.g.: não existe regramento legal no direito brasileiro para o congelamento de corpos e a sua permanência nesse estado até que sobrevenha protocolo científico de tratamento da doença que gerou o falecimento, como no caso exposto no início do capítulo), por que não considerar que exista a possibilidade, ainda assim, de um juízo descritivo extraído da lacuna em si? No caso do brasileiro congelado, por exemplo, a lacuna normativa reconhecida judicialmente não impediria um juízo descritivo extraído da não-norma, em ordem a reconhecer ora a autorização, ora a negação do pleito em si.

Observe-se:

N (norma) – Proibida a permanência de corpo congelado à espera de futuro protocolo científico;

PN (proposição normativa) – está vedada a permanência de corpo congelado à espera de futuro protocolo científico;

N (norma) – _____;

PN (proposição normativa) – está vedada a permanência do corpo congelado à espera de futuro protocolo científico; não está vedada a permanência do corpo congelado à espera de futuro protocolo científico.

Primeira e óbvia pergunta: como da ausência de uma norma se pôde extrair um enunciado que descreve uma proibição; e, concomitantemente, uma autorização? O regular não seria, até mesmo com base no princípio da permissão²⁰⁷, autorizar-se a realização da conduta, ao menos nos quadrantes do direito privado?

Outro questionamento: como entender a existência de um enunciado descritivo (ou proposição normativa) à míngua de um enunciado prescritivo (norma)?

Terceiro questionamento: ao se conceber o enunciado descritivo como algo dotado de valor normativo, não seria ele, então, uma norma e não uma proposição normativa; e, na linha deste raciocínio, então inexistiriam proposições normativas?

²⁰⁶ A exposição do tema será, repise-se, aprofundada em outro capítulo, por ora sendo tratado apenas sob a faceta da lacuna normativa e de maneira deveras sucinta.

²⁰⁷ O princípio da permissão, ou da não proibição, será em seguida tratado, mas, desde logo, adianto as seguintes referências em que pode ser encontrado. VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoria General del Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 40-68. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987. Ainda, tratando da interpretação do direito no que toca às lacunas: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 519-601.

Para responder ao primeiro questionamento, retornemos a Charles Taylor. Consoante já mencionado neste trabalho, Taylor propõe a existência do que denomina “frameworks”, concepção de acordo com a qual em toda comunidade existem fins e valores a partir dos quais se formulam pretensões e críticas. Pontua o Autor que sobreditos fins consubstanciam o esqueleto moral identificável a partir do contexto social, representando estrutura não visível, porém sem a qual não se pode sequer conceber o movimento ou a vida em sociedade²⁰⁸.

Baseado nesta concepção, entendida como correta na perspectiva deste trabalho, não há como sequer cogitar da existência de um ordenamento normativo independente e desapegado aos “frameworks” sociais, de sorte que sempre e inexoravelmente existirão valores de fundo aos quais o sistema normativo vigente deverá observância, não sob pena de invalidade, senão sob pena de não se legitimar enquanto produto de concepção social. E mais, tais valores poderão variar consoante a movimentação social, tornando-se mais ou menos facilmente identificáveis de acordo com o influxo de ideias, pensamentos e discussões, em caráter dialético (ou melhor, dialógico), que a sociedade vier a adotar.

Neste cariz, a ausência de norma, a lacuna normativa, não inviabilizará decerto a identificação de um juízo descritivo do ordenamento a respeito de determinado ponto. Ocorrerá tão somente que o juiz extrairá a resposta ao questionamento não da apreciação positivada (a norma) a respeito de determinado ponto, senão da própria moldura social que o direito propõe naquele recorte espaço-temporal.

Não se trata, afaste-se logo, tão somente da introdução de um elemento comunitarista no âmbito da concepção das normas, senão de trazer à luz o fundamento social de legitimidade das normas e tratá-lo, no âmbito da decisão judicial, como aferição de momento axiológico que permita ao juiz ingressar com legitimidade na busca pelo juízo descritivo no qual se baseia aquele enquadramento normativo em determinado momento espaço-temporal, visualizando, a partir dele, uma forma de suprir uma identificada lacuna normativa.

A busca, nesse caso, pela colmatação da lacuna não passará da norma, que no caso inexistente, ao caso concreto, mas da concepção social identificada a partir do “framework” para a revelação da vontade querida pelo ordenamento, a partir da visão da

²⁰⁸ TAYLOR, Charles. **Hegel and Modern Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

sociedade, a respeito de determinado conflito posto à apreciação do Poder Judiciário. Assim agindo, o juiz não perderá em legitimidade, porque se limitará a identificar o “framework” social (em movimento meramente declaratório); tampouco atuará enquanto legislador positivo, pois não criará uma norma, senão reconhecerá que existe um juízo descritivo a respeito de determinado ponto e desse juízo extrairá consequências que permitam solucionar a problemática trazida ao seu exame; e, finalmente, também não emitirá pronunciamento situado para além do controle social, já que estará ancorado em visualizações consolidadas socialmente a respeito de determinado ponto. Ademais disso e como consequência da própria concepção do “framework”, não será aplicado o princípio da explosão acaso o juiz conceba a possibilidade ou a vedação de determinado pleito, ou o aceite e, em momento espaço-temporal distinto, repila, pois tal dependerá da sua visualização do “framework” vigente naquele momento, naquela sociedade e de acordo com aquele recorte espaço-temporal.²⁰⁹

A proposição será desenvolvida com maior vagar em capítulo próprio neste trabalho²¹⁰, de modo que a sua enunciação nesta oportunidade tem apenas o condão de demonstrar, ainda que de maneira resumida, que da existência de uma lacuna normativa se pode extrair, a partir de um enunciado descritivo, a recomendação que o sistema enquanto tal apresenta; e, diversamente do que propugna o princípio da permissão, ao menos no âmbito do direito privado, nem sempre a solução estará afeta à autorização da realização da conduta²¹¹.

²⁰⁹ O princípio da explosão representa um dos axiomas lógicos (da lógica clássica) que conferem solidez ao sistema. Pode ser representado pela fórmula $(\alpha, \neg \alpha) \vdash \beta$, segundo o qual qualquer coisa pode surgir de uma contradição. Assim o explicita Ricardo Sousa Silvestre: “(...) Intimamente associado a estes dois últimos princípios temos o chamado princípio da explosão (também conhecido como *ex contradictione sequitur quodlibet*): (...) isto é, de uma contradição do tipo $\{\beta, \neg \beta\}$ podemos concluir toda e qualquer fórmula”. Não se considera, neste texto, a compreensão da lógica paraconsistente, que abertamente afasta o princípio da explosão por considerar que a verdade pode ser quantificada em graus. Neste sentido, ainda Ricardo Silvestre: “Exemplos de lógicas não clássicas são os sistemas em que o princípio do terceiro excluído não é válido. (...) Outro exemplo é a lógica paraconsistente, na qual o princípio da explosão (...) não é válido. Em outras palavras, em tais sistemas lógicos (...) pode haver enunciados da linguagem lógica que não são deduzidos a partir de uma contradição. Comumente nessas lógicas também não valem o princípio da redução ao absurdo (...) e o princípio da não contradição (...)”. SILVESTRE, Ricardo Sousa. **Um curso de lógica**. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 40-43.

²¹⁰ Inclusive estabelecendo a necessária diferenciação entre esta forma de ver a colmatação de lacunas e a “lógica das preferências” descrita, entre outros autores, por Christoph Sigwart. SIGWART, Christoph. **Logic. Vol. I. The judgment, concept and inference**. Translated by Helen Dendy. New York: Macmillan & co., 1895.

²¹¹ Jorge L. Rodríguez tangencia esse mesmo ponto, embora não chegue as mesmas conclusões, ao tratar do que denomina “norma” e “norma-negação”, existentes de maneira concomitante no quadrante normativo vigente. Embora trate do tema aludindo à “norma”, “norma-negação”, “lógica das proposições normativas”,

Enfrentemos agora o segundo questionamento, lembrando-o: como entender a existência de um enunciado descritivo (ou proposição normativa) à míngua de um enunciado prescritivo (norma)?

Eugênio Bulygin e Carlos Alchourrón parecem fornecer resposta a esta questão ao cunharem a diferenciação entre concepção hilética e expressiva das normas.

Em trabalho intitulado “The Expressive conception of norms”, inserida em livro denominado “New Studies in Deontic Logic. Norms, Action and the Foundation of Ethics”, os Autores observam que de acordo com a concepção hilética, as normas devem ser entendidas como o significado de certos enunciados, ao passo que nas formulações expressivas das normas, sua visualização seria eminentemente prescritiva, embora representando não a norma em si, tida pelos Autores em uma particular correlação entre o universo de casos e o universo de soluções, senão o *resultado* do uso prescritivo da linguagem²¹².

Conquanto insistam na diferenciação entre normas e proposições normativas (“Norms must be distinguished from normativa propositions (...)”²¹³), existem elementos nesta diferenciação que permitem extrair consequências símeis de entidades diferentes, as normas e as proposições normativas, sem que se caia no Dilema de Jørgensen, ou se reconheça a existência diferenciada de uma lógica de normas e uma lógica de proposições normativas. Não se pretende equiparar normas e proposições normativas, diferenciação útil sob muitos pontos de vista²¹⁴, mas sim extrair consequências idênticas, não em todos os aspectos, para supedanear a possibilidade de preenchimento de lacunas normativas.

Em assim sendo, tendo em linha de conta a concepção expressiva das normas, resultado não da norma em si, mas do uso prescritivo da linguagem, entrevê-se a possibilidade de, com apoio na linguagem dialeticamente (ou dialogicamente) trabalhada, incutir como resultado desse uso prescritivo uma enunciação descritiva que independeria

“negação externa”, “negação interna”, permissão negativa” e “permissão positiva”, sua explicação alusiva à temática perpassa pela verificação de enunciados descritivos e sua consequência normativa. Alcança, assim, as mesmas consequências da proposta constante no presente trabalho, porém por caminho diverso, chegando a mencionar a existência de um *modus ponens deôntico*, que abarcaria todas essas dificuldades. RODRÍGUEZ, Jorge L., *op. cit.*, p. 185-197.

²¹² ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio. **The expressive conception of norms**. In: HILPINEN, Risto. *New Studies in Deontic Logic. Norms, Action and the Foundation of Ethics*. London: D. Reidel Publishing Company, 1981, p. 95-123.

²¹³ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio, *op. cit.*, p. 96.

²¹⁴ Acadêmicos e práticos, ao menos.

do comando objetivamente posto. Vale dizer, da ausência de normas (não há regra que preveja a manutenção do corpo congelado no Brasil), poderia ser extraída, em sua concepção expressiva, o uso prescritivo da linguagem resultado de uma concepção intrinsecamente trabalhada na sociedade a ponto de, por exemplo, compreender que a manutenção do corpo poderia ou não violar a dignidade da pessoa humana, boa fé, razoabilidade ou princípios correlatos, dependendo do ramo do direito em que o conflito vier a se inserir; e, assim, reputar existente um enunciado descritivo que colmatasse, sob o aspecto normativo, a lacuna reconhecida.

Sob este ponto de vista, a diferenciação entre normas e proposições normativas não influenciaria ou causaria obstáculo à resolução da celeuma; ao revés, com aporte na compreensão social do enunciado descritivo, seria possível extrair consequências símile às normas e proposições normativas aptas a, não as fundindo em entidades únicas, permitir o manejo de seu conteúdo, colmando lacunas existentes e reconhecidas.

O último questionamento passa pela dificuldade de compreensão do enunciado descritivo como algo dotado de valor normativo; isto é: concebendo-o como dotado de consequências símile às normas, então inexistiriam proposições normativas?

A esta questão espera-se ter respondido ao ser mencionado que, embora apresentem pontos de convergência quanto às consequências, as normas não se equiparam às proposições normativas pelo motivo de que enunciam júzos diversos, descritivos (no caso das proposições normativas) e prescritivos, no caso das normas. Ainda que se parta da concepção de Alchourrón e Bulygin (hilética/expressiva), não haverá fusão, como, aliás, eles próprios ressaltam²¹⁵, mas pontos de contato entre consequências²¹⁶. Ao tempo em que se preserva a diferença entre normas e proposições normativas, ressalta-se o ponto de contato que viabiliza a legitimidade judicial, porque descritiva, no uso da força ilocucionária de expressões e formas de visualização do direito oriundas diretamente da sociedade.

Bem, ao que se pode depreender da discussão achegada neste momento, a lógica em sentido formal não confere suporte teórico para questões que não se limitem ao estudo da validade do argumento; deixando sem solução dificuldades como as ora assinaladas,

²¹⁵ Nesse ponto, divirjo de Jorge Rodríguez, que considera a concepção hilética atrelada às proposições normativas. RODRÍGUEZ, Jorge. L., *op. cit.*, p. 184: “De acuerdo con la concepción hilética, las normas son entendidas como el significado de ciertos enunciados – las formulaciones normativas –, por lo que se trataría de entidades semejantes a las proposiciones”.

²¹⁶ Conclusão deste Autor e não de Alchourrón e Bulygin.

además de outras tantas afetas também à teoria do direito, como, *verbi gratia*, as situações de textura aberta, ou derrotabilidade, para não citar outras problemáticas já expostas no capítulo primeiro deste trabalho. Tampouco se pode explorar a norma em seus diversos níveis de análise²¹⁷ com o aporte teórico único da lógica formal. Necessita-se mais, isto é, algo que, ainda sob o prisma da lógica e, portanto, da justificativa interna da decisão judicial, agregue valores e os aloque adequadamente em espaço próprio, sem prejuízo da aferição da validade do argumento. Estando, contudo, ainda no âmbito da justificativa interna, há que se perquirir se, independentemente do recurso à fundamentação da fundamentação, espaço destinado à justificativa externa, seria possível fixar em recorte teórico especificamente voltado para tanto o uso de argumentos algo axiológicos, passíveis de, sem prejuízo do rigor formal, qualificação como sólidos.

Neste ponto, a lógica formal, em sentido clássico-Aristotélico, não auxiliará. Vejamos, portanto, outras abordagens do tema e como se relacionam ainda no contexto da justificativa interna.

2. Lógica deôntica.

Cesar Antônio Serbena, em dissertação de mestrado, relembra o seguinte paradoxo: Protágoras e Eátulus convencionaram que o primeiro instruiria o segundo na arte da retórica, mas, considerando que Eátulus não tinha condições financeiras de pagar pelo ensinamento, adimpliria pelas aulas assim que, depois de versado na arte, vencesse o primeiro caso. Ultimado o aprendizado, Eátulus nada postulava em juízo, o que ensejou a deflagração de insurgência judicial por Protágoras, objetivando o pagamento pelos serviços prestados. Apresentou, com tal intento, a seguinte linha argumentativa: Eátulus deve me pagar: a) pois, acaso a sentença seja favorável a mim, Eátulus estará obrigado juridicamente a adimplir ao pactuado; b) acaso a sentença não me seja favorável, Eátulus terá vencido a primeira causa e, por consequência, também estará obrigado a pagar. Eátulus, já em resposta, argumentou que não deveria em hipótese alguma pagar, pois: a) acaso a sentença lhe fosse favorável, não teria que adimplir ao convencionado por força do provimento

²¹⁷ Por exemplo, os níveis sintático, semântico e pragmático descritos por Jorge L. Rodríguez. RODRÍGUEZ, Jorge. L., *op. cit.*, p. 185-197.

decisório; b) acaso a sentença não lhe fosse favorável, não teria vencido a primeira causa e, portanto, nada teria a adimplir²¹⁸.

A alegoria mencionada denota dificuldade que, no campo da lógica de natureza clássica, aristotélica, não se resolverá a contento. Já fora mencionada acima a distinção entre normas e proposições normativas, classificação que também se situa para além do campo da norma de origem formal, meramente proposicional. E mais, tendo em linha de conta a forma sugerida para colmatação de lacuna normativa, extraindo-se consequências do juízo descritivo, isto é, da proposição normativa, que constitua ponto de contato com o “framework” social, tampouco encontra-se no arcabouço lógico-clássico amparo teórico suficiente para conferir embasamento à atuação judicante neste particular.

O conflito entre Protágoras e Eáutulus também caminha na mesma senda, demonstrando, a partir do paradoxo sugerido, que existem situações de perplexidade em que algum elemento axiológico deverá ser introduzido para que o sistema funcione à completude.

Diante de tais considerações, analisemos o que a lógica de natureza deôntica, não-clássica, tem a oferecer neste ambiente²¹⁹.

Sem tomar partido na disputa pela primazia na criação da lógica de natureza deôntica²²⁰, pode-se dizer, com razoável aceitação, que a lógica em foco surgiu em 1951, a

²¹⁸ SERBENA, Cesar Antônio. **Ciência do Direito e Lógica Deôntica Paraconsistente**. 1999, 151f. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em direito no programa de mestrado em Direito da UFPR – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

²¹⁹ Aqui, uma observação se faz necessária. Este não é um trabalho sobre lógica deôntica, ou qualquer outro ramo da lógica, clássica ou não-clássica. Ao contrário, pretende-se utilizar do instrumental lógico tão somente com o objetivo de se alcançar o intento de investigar a forma de colmatação de lacunas, principalmente normativas e axiológicas. Dessa forma, não se empreenderá exame histórico das lógicas aludidas e tampouco se verticalizará o estudo além do necessário para demonstrar o ponto que se pretende alcançar ao transcorrer do texto.

²²⁰ “As primeiras reflexões sobre lógica deôntica remontam ao século XIV (Knuuttila, 1981). Em 1926, já sob o impacto da lógica matemática, o austríaco Ernst Mally escreveu um minucioso livro pioneiro sobre a lógica do dever (Mally, 1926). Entre 1937 e 1939, Jørgen Jørgensen, Karl Menger, Albert Hofstadter e J. C. C. McKinsey também escreveram textos nessa área. Porém, por várias razões, todos esses estudos das décadas de 20 e 30 tinham insuficiências importantes (Føllesdal; Hilpinen, 1971). Em 1951, o finlandês Georg Henrik von Wright publicou o artigo “Deontic Logic”, também pioneiro e ainda insatisfatório, mas que veio a desempenhar um papel seminal, pelo avanço que representou relativamente aos seus antecessores (von Wright, 1951). Esse artigo de von Wright foi debatido e aperfeiçoado por vários lógicos, daí resultando o assim chamado sistema-padrão, que pode ser considerado como maduro e logicamente plausível (Føllesdal; Hilpinen, 1971)”. GOMES, Nelson Gonçalves. Um panorama da lógica deôntica. *In*: **KRITERION**, vol. 49 no.117 Belo Horizonte 2008. Íntegra do artigo disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2008000100002>. Acesso em 25 março de 2015.

partir de artigo de Georg Henrik Von-Wright intitulado “Deontic Logic”²²¹ e partia do reconhecimento da insuficiência dos conceitos modais aléticos (possível, impossível e necessário) para estruturação de tautologias em lógica proposicional. No sistema clássico de Von-Wright²²² as variáveis proposicionais (os modais aléticos, portanto) são substituídas por modais deônticos (proibido, permitido e obrigatório), aceitando-se as tautologias como fórmulas válidas do sistema ao momento em que o operador deôntico é seguido por uma expressão de lógica proposicional. Aceitam-se, ainda nesse sistema deôntico clássico, as definições de proibido e obrigatório em termos de permissão; e, ainda, axiomas como a lei da distribuição²²³ e o princípio da permissão²²⁴.

Há bastante material de pesquisa sobre o tema²²⁵, mas, em síntese e no que interessa ao presente trabalho, é a virada da lógica deôntica em seu sistema clássico preconizado por Von-Wright enquanto ainda lógica de normas para o seu posterior aperfeiçoamento, a lógica de proposições normativas, tratada pelo Autor na obra intitulada “Norma y acción”²²⁶, que trará subsídios teóricos para enfrentar a questão da insuficiência da lógica clássica no exame das lacunas. A partir do reconhecimento da lógica das proposições normativas, viabilizou-se concluir no sentido da: i) existência de uma lógica de sistema normativo, ao passo que a lógica de normas se situa tão somente no quadrante da lógica normativa; ii) possibilidade de uma mesma ação estar proibida (permitida/obrigatória) em um dado sistema, ao mesmo tempo em que não está proibida

²²¹ VON WRIGHT, G. H.. *Deontic Logic in Mind – A quarterly review of Psychology and Philosophy*. New Series, Vol. 60, nº 237. (Jan., 1951), pp. – 1-15. Disponível em: <http://wnswz.strony.ug.edu.pl/von%20wright,%20deontic%20logic.pdf>. Acesso em 30 março de 2015.

²²² Von-Wright variou em muito sua abordagem sobre o tema ao longo dos anos de pesquisa, como salienta: CABRERA, Carlos Alarcón. Las lógicas deônticas de Georg H. von Wright. In: *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº. 26, 2003, p. 109-126.

²²³ $P(pvq) \leftrightarrow PqvPq$.

²²⁴ $PqvP-q$.

²²⁵ PERON, Newton Marques. *Lógicas da Inconsistência Deôntica*. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, março de 2009. Disponível em: <http://www.cle.unicamp.br/prof/coniglio/Dissertacao%20Newton.pdf>. Acesso em 26 março de 2015;

CONIGLIO, Marcelo E.. *Logics of Deontic Inconsistency*. Department of Philosophy, IFCH, and Centre for Logic, Epistemology and The History of Science (CLE). State University of Campinas (UNICAMP), Campinas, SP, Brazil. Disponível em:

<http://www.cle.unicamp.br/prof/coniglio/Logics%20of%20Deontic%20Inconsistency.pdf>. Acesso em 26 março de 2015; LEWIS, David. *Papers in ethics and social philosophy*. United States of America: Cambridge University Press, 2000; GOMES, Nelson Gonçalves. *Um panorama da lógica deôntica*. *Kriterion* [online]. 2008, vol.49, n.117, pp. 9-38. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/kr/v49n117/a0249117.pdf>. Acesso em 25 março de 2015.

²²⁶ VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y Acción: una investigación lógica*. Traducción por Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

(permitida/obrigatória) em outro; iii) do reconhecimento de que o fato de determinada ação estar proibida não é completa, pois, enquanto não se indique de qual sistema normativo se trata, a oração não estará dotada de valor de verdade²²⁷.

Como decorrência destas asserções, vincula-se a lógica das proposições normativas ao sistema a que inserida, conquanto se permita trabalhar, num juízo descritivo, com possibilidades que a mera prescrição não concede.

Entretanto, ainda assim, a lógica deôntica, parafraseando a conhecida “sentença de Gödel”²²⁸, não logra trazer absoluta consistência ao sistema normativo, deixando também sem resposta alguns questionamentos, tais como: a) paradoxo da obrigação derivada; b) paradoxo de Alf Ross; c) paradoxo do bom samaritano; d) paradoxo de R. M. Chisholm.

Exploremos, pois, cada um destes paradoxos, todos citados por Cesar Serbena²²⁹, explorando a sua correlação ao tema das lacunas.

O paradoxo da obrigação derivada foi criado por Arthur N. Prior e tem a seguinte estruturação lógica: $Fp \supset O(p \supset q)$, de sorte que se um agente faz algo proibido p , então, obrigatoriamente, gera-se pelo seu ato uma obrigação q , de modo que “se alguém causa um acidente, está sujeito às consequências” como explica Nelson Gonçalves Gomes. O paradoxo, em si, localiza-se no fato de que tendo alguém cometido determinada ação, fica obrigado a cometer outra, como, por exemplo, no caso de que se alguém cometeu um ilícito administrativo, fica obrigado a cometer um ilícito civil. Desnecessário sustentar sua inaceitabilidade. Como o sistema padrão não se revela suficiente para delimitar as consequências da obrigação derivada e, bem assim, o conceito da obrigação reparadora, abandonou-se a sistemática monádica em prol do sistema diádico da lógica deôntica, em que um predicado pode conter dois ou mais argumentos e “os operadores deônticos não se aplicam sobre uma única frase p , mas sim sobre expressões do tipo p/q , compostas de duas

²²⁷ Estas ponderações encontram-se detalhadas em BULYGIN, Eugênio. **Lógica Deôntica**. In: ALCHOURRÓN, Carlos E. *Lógica*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 129-141.

²²⁸ Alusão ao primeiro teorema da incompletude de Gödel, exposto em “On Formally Undecidable Propositions in Principia Mathematica and Related Systems I”, segundo o qual “Qualquer teoria efetivamente gerada capaz de expressar a aritmética elementar não pode ser tanto consistente quanto completa. Em particular, para qualquer teoria formal consistente e efetivamente gerada que prova certa verdade da aritmética básica, existe uma afirmação aritmética que é verdade, mas não demonstrável na teoria”. No contexto, a menção ao teorema tem o objetivo tão somente de demonstrar a indemonstrabilidade também da lógica deôntica para se definir o verdadeiro ou falso. NETTO, Felipe O. S.. **Os teoremas de Gödel**. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cadmat/article/view/11864/11541> . Acesso em 09 abril de. 2015.

²²⁹ SERBENA, Cesar Antônio, *op. cit.*, p. 54-58.

frases”²³⁰. Assim, Von Wright, em seu “Novo Sistema”, sustentou que a lógica deôntica diádica admitiria a existência de obrigações mutuamente contraditórias (à exceção das obrigações incondicionais), ademais da aplicação de um *modus ponens* deôntico²³¹.

A existência de obrigações mutuamente contraditórias e o *modus ponens* deôntico auxiliam no seguinte sentido no exame das lacunas: i.1) no âmbito das lacunas axiológicas, cuja conceituação e detalhamento se verá em capítulo sequencial neste trabalho, admitir-se-á a utilização de modal operativo deôntico revelando igual força ilocucionária em quaisquer das formas em que se imprima significação nas expressões jurídicas utilizadas e, considerando que não se estará diante de uma obrigação incondicional, também se verá possível a abertura do sistema para dados e informações que não lhe são, em princípios, próprios, como, e.g., econômicos, sociológicos e antropológicos; i.2) no âmbito das lacunas normativas, também a possibilidade da coexistência de obrigações mutuamente contraditórias viabilizará que, por intermédio da abertura do sistema a outros sistemas de referência, o “framework” sugerido por Taylor possa estar legitimado sob o aspecto lógico – deôntico diádico – enquanto forma de suprimento do vazio normativo no sistema; ii) o *modus ponens* deôntico, representado pela formulação “De p e $p \supset q$ derive-se q ”²³², ao permitir que p e q representem fórmulas quaisquer, admite, como consequência, que possam ser introduzidas nas fórmulas o elemento sugerido por Taylor, o “framework”, de sorte a que se extraiam consequências jurídicas válidas e, por conseguinte, o argumento possa ser tido como sólido sob o aspecto lógico, sem, no entanto, ser trivial.

²³⁰ GOMES, Nelson Gonçalves, *op. cit.*, p. 19-21.

²³¹ “O Novo Sistema de Von Wright, em realidade, não admitia a existência de obrigações mutuamente contraditórias, mas a sua versão corrigida, de 1965, passou a admiti-la, sendo estruturada nas seguintes regras: “Regra da substituição de uma variável por uma fórmula: Num axioma ou teorema, uma variável proposicional pode ser substituída por uma fórmula, desde que todas as ocorrências da variável sejam substituídas pela mesma fórmula. Regra liberalizada do *modus ponens*: De p e $p \supset q$ derive-se q . (p e q representam fórmulas quaisquer, que não precisam ser teoremas.) Regra da substituição por equivalência: Num axioma ou teorema, é possível substituir-se uma variável proposicional ou uma subfórmula molecular por fórmulas moleculares que lhe sejam equivalentes. Regra da substituição de variáveis por fórmulas atômicas deônticas: Se, numa tautologia da lógica comum, todas as ocorrências de uma variável proposicional são substituídas por uma fórmula atômica do tipo $O(p/q)$, obtém-se um teorema.” *Idem*, p. 21-23. Vide, a respeito, na sequência, as seguintes ordens: VON WRIGHT, G.H. **A Note on Deontic Logic and Derived Obligations. Mind, 65, p. 507-509, 1956;** VON WRIGHT, G.H. **A New System of Deontic Logic. Danish Yearbook of Philosophy, I, p. 173-182, 1964;** VON WRIGHT, G.H. **A Correction to a New System of Deontic Logic. Danish Year Book of Philosophy, 2, p. 103-107, 1965.**

²³² Ou, em formulação mais clara, sugerida por Lorenzo Peña: “Es obligatorio que, si A, B; y Sucede, de hecho, que A; vale concluir: Es obligatorio que B”. PEÑA, Lorenzo Peña. **Normatividad y contingencia.** Madrid: Los libros de la Catarata, 2009, p. 25-64.

Assim é que: no caso i.1) correlacionado ao conflito citado no início deste capítulo, acaso se reconheça a existência de lacuna axiológica em “expressão de última vontade” (trabalhando, só para explicitar o raciocínio, a hipótese não reconhecida pelo Poder Judiciário da existência de lacuna axiológica), ter-se-á como válida a compreensão segundo a qual qualquer elemento probatório apto a vincular a vontade do engenheiro acerca do destino de seu corpo poderá ser interpretado com efeitos jurídicos semelhantes aos de um testamento; i.2) no caso da reconhecida lacuna normativa, a compreensão social pertinente à aceitabilidade da manutenção de um corpo em congelamento à espera de evolução científica poderá ser trabalhada sob os pontos de vista sociológico, antropológico, econômico e outros, em ordem a extrair desse manancial de ideias um núcleo representativo do “framework” que seria capaz de preencher a lacuna normativa inerente à disciplina normativa da temática; a legitimação do Poder Judiciário, neste caso, deriva direta e explicitamente, da legitimação social manifestada por um de seus co-fundadores do pensamento vigente, o juiz; ii) a compreensão da “expressão de última vontade” (que seria a lacuna axiológica) + o “framework” (suprindo a lacuna normativa) viabilizam, por intermédio do *modus ponens* deôntico, chegar-se a um argumento sólido que resolva à plenitude o sistema sem qualquer déficit social de legitimação. Alcança-se, pois, a fórmula “De p e $p \supset q$ derive-se q ” que, só por si, confere solidez ao argumento e afasta a trivialidade.

Nesse cariz, se, por um lado, o paradoxo das obrigações derivadas parece inviabilizar a aplicação da lógica deôntica monádica, encontramos na lógica deôntica diádica e, principalmente, no *modus ponens* deôntico que dela deriva a possibilidade de preenchimento de lacunas (axiológica ou normativa), tendo como resultado um argumento sólido, não trivial. A questão será, como salientado, discutida com maior vagar em momento apropriado deste trabalho, mas, por ora, presta-se desde logo a evidenciar uma das possíveis soluções às lacunas axiológicas e normativas, preservando a solidez do argumento (afastando-se, portanto, a trivialidade) e conferindo legitimidade ao juiz no alcance da resolução da testilha.

O paradoxo de Alf Ross também embasa interessantes conclusões a respeito da mesma temática.

Como cediço, o paradoxo de Ross pode ser assim descrito: $OA \rightarrow O(A \vee B)$, ou $PA \rightarrow P(A \vee B)$, de modo que se uma ação é obrigatória, então é obrigatória esta ou qualquer

outra ação. O próprio Autor exemplifica o paradoxo da seguinte forma: “Se é obrigatório enviar uma carta, então é obrigatório enviá-la ou queimá-la”²³³. O paradoxo, portanto, fica por conta do fato de que alguém pode cumprir o comando queimando a carta, de modo a tornar impossível o comando original.

A questão neste paradoxo é a seguinte: a admissibilidade de que consequências lógicas tenham o mesmo *status* de obrigações. Note-se que não se trata de imbricar os modais deônticos (proibido, permitido e obrigatório) aos modais aléticos (necessário, possível), já que o paradoxo opera no nível deôntico, questionando justamente a possibilidade de o operador deôntico gerar consequências lógicas que inviabilizem o cumprimento do comando original. Trata-se de questionar a possibilidade de utilização do operador deôntico em si, pondo em dúvida o próprio sistema deôntico que o tem como base²³⁴.

Avancemos aos demais paradoxos aludidos, para, em sequência, correlacioná-los ao estudo das lacunas.

O paradoxo do “bom samaritano” pode ser assim descrito, em termos proposicionais: $O\sim A \rightarrow O\sim(A\wedge B)$, isto é, se uma ação é proibida, então é proibida a conjunção desta ação com qualquer outra²³⁵. A perplexidade ínsita ao paradoxo é a seguinte: se uma pessoa vê outra sendo agredida (ação proibida), está igualmente proibido de ajudá-la, porque, como salientado, de se uma ação é proibida, então é proibida a conjunção desta com qualquer outra ação.

Em termos proposicionais:

- (1) $\vdash q \rightarrow p$ (ii) (verdade lógica)
- (2) $\vdash \sim p \rightarrow \sim q$ de (1) por inferência (contraposição)
- (3) $\vdash O(\sim p \rightarrow \sim q)$ de (2) pela regra RO
- (4) $\vdash O\sim p \rightarrow O\sim q$ de (3) pela regra (O \rightarrow)
- (5) $O\sim p$ de (i)

²³³ ROSS, Alf. **Imperatives and Logic.** *Philosophy of Science*, Vol. 11, nº 1 (Jan., 1944), pp. 30-46. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/184888?uid=2&uid=4&sid=21106482771793> . Acesso em 19 de março de 2015.

²³⁴ Juliano Maranhão traz o seguinte exemplo para aclarar o paradoxo de Ross: “Suponha que exista para todos com 18 anos de idade uma obrigação de prestar serviço militar ou prestar serviços comunitários. Por alguma razão o exército nacional é extinto e, então, promulga-se nova norma determinando ser obrigatório prestar serviços comunitários aos 18 anos. Essa nova norma faz alguma diferença com relação ao conjunto de nossas obrigações? Se a resposta a esta pergunta for positiva então estamos mais próximos do ceticismo de Alf Ross; se negativa, então a lógica tem algum papel ontológico no universo normativo”. MARANHÃO, Juliano, *op. cit.*, p. 36.

²³⁵ SERBENA, Cesar Antônio, *op. cit.*, p. 56.

(6) $O \sim q$ de (5) e (4) por inferência (*modus ponens*); isso é exatamente (iii)²³⁶

Finalmente, o paradoxo de Chisholm, também conhecido como “paradoxo de obrigação-contrária-ao-dever” pode ser assim descrito:

- (1) É obrigatório João não engravidar Maria
- (2) Não engravidar Maria obriga João a não se casar com ela.
- (3) Engravidar Maria obriga João a se casar com ela.
- (4) João engravidou Maria.²³⁷

O paradoxo em tela denota a possibilidade de obrigações morais se revelarem contrárias a um dever, assim podendo ser descrito:

- (1) $O(\sim p \rightarrow \sim q)$ por (ii)
- (2) $O \sim p \rightarrow O \sim q$ de 1 pela regra ($O \rightarrow$)
- (3) $O \sim p$ por (i)
- (4) $O \sim q$ por inferência (*modus ponens*) sobre (2) e (3)
- (5) $p \rightarrow Oq$ por (iii)
- (6) $\sim p$ por inferência (*modus tollens*) de (4) e (5)
- (7) p por (iv)
- (8) contradição entre (6) e (7)²³⁸.

Note-se que os paradoxos mencionados consideram o *modus ponens* deôntico, gerando, no entanto, divergência quanto à implicação. Neste ponto, importante ressaltar certa divergência existente neste quadrante. Alchourrón²³⁹ e Von Wright²⁴⁰ concebem a

²³⁶ Descrição proposicional disponível em <http://logicaedireito.blogspot.com.br/2010/11/logica-deontica-e-alguns-paradoxos.html>. Acesso em 26 março de 2015.

²³⁷ Esta formulação foi sugerida por Lennart Åqvist e ficou conhecida na descrição do paradoxo de Chisholm, mas, claro, existem outras, como, por exemplo, a seguinte: (i) É obrigatório que Pedro não roube a comunidade ($O \sim p$); (ii) É obrigatório que se Pedro não rouba a comunidade, então que Pedro não seja castigado pelo crime de roubo da comunidade ($O(\sim p \rightarrow \sim q)$); (iii) Se Pedro rouba a comunidade, então é obrigatório que Pedro seja castigado pelo crime de roubo da comunidade ($p \rightarrow Oq$); (iv) Pedro rouba a comunidade (p). Descrição proposicional disponível em <http://logicaedireito.blogspot.com.br/2010/11/logica-deontica-e-alguns-paradoxos.html>. Acesso em 26 março 2015. Para uma descrição do paradoxo em linguagem simbólica e correspondentes exemplificações: PERON, Newton Marques. **Lógicas da inconsistência deôntica**. 2009, 60f. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em direito no programa de mestrado em Direito da UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

²³⁸ Descrição proposicional disponível em <http://logicaedireito.blogspot.com.br/2010/11/logica-deontica-e-alguns-paradoxos.html>. Acesso em 26 março de 2015.

²³⁹ ALCHOURRÓN, Carlos. Detachment and defeasibility in deontic logic. *In: STUDIA LOGICA*, n.º. 57, 1994, p. 5-18.

²⁴⁰ VON WRIGHT, G. H.. **Deontic logic**. *Mind*. 60:1–15, 1951. Reimpresso em: *Logical Studies* (by G.H. von Wright), Routledge and Kegan Paul, Londres, 1967, p. 58–74. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0026-423%28195101%292%3A60%3A237%3C1%3ADL%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em 30 de março de 2015.

implicação de forma estrita, sem espaço para escolhas; ao passo que S. Hansson²⁴¹ e D. Lewis²⁴² vislumbram na implicação uma relação de preferência entre mundos possíveis. Há, portanto, no âmbito da lógica deôntica diádica, um conflito na relação de implicação que pode ultimar por alterar o resultado final do *modus ponens* deôntico. E é exatamente este o ponto em que o estudo dos paradoxos e da lógica deôntica diádica pode auxiliar no preenchimento de lacunas.

Adotando a perspectiva de Hansson e Lewis, em que preservam o *modus ponens* deôntico partindo, no entanto, de uma relação de implicação lastreada em relação de preferências, será possível admitir, com amparo lógico, espaço não apenas para a introdução de “frameworks” na solução de lacunas axiológicas e normativas, senão também das teorias da argumentação como forma de racionalização, agora já no âmbito da justificativa externa, como parte do raciocínio decisório. Há, portanto, um ponto de contato (relação de preferências na implicação) entre a justificativa interna (preenchida por intermédio do *modus ponens* deôntico) e a justificativa externa, trabalhada na esfera das teorias da argumentação jurídica, o que conferirá solidez ao argumento sob o prisma da justificativa interna (preservando a dedução, porém sob a faceta deôntica) e a racionalidade sob o ponto de vista das teorias da argumentação.

Trata-se, pois, de uma correção de rota na argumentação por dedução, agora com aporte deôntico e capaz de viabilizar uma abertura aos “frameworks” que emanem da sociedade; e sua necessária imbricação às teorias da argumentação como forma de conferir racionalidade à decisão em si.

Especificamente no campo das lacunas, axiológicas ou normativas, ter-se-á, com a colmatação judicial operada por intermédio da utilização de “frameworks” emanados da sociedade e da estrutura dedutiva com aporte na lógica deôntica diádica que considere a relação de implicação baseada na preferência, a possibilidade de fechamento do sistema em virtude de decisão judicial legitimada a tanto.

Assim: acaso o juiz decida que, à míngua de legislação que estabeleça o procedimento para manutenção do corpo do brasileiro congelado, ainda assim haveria de se denegar o pedido de enterro do corpo, não estaria agindo de forma dissonante à esfera de

²⁴¹ HANSSON, Sven Ove. **Preference-based deontic logic**. Journal of PhilosophicL Logic 19: 75 – 93, 1990. Kluwer Academic Publishers. Printed in the Netherlands.

²⁴² LEWIS, David. **Papers in Ethics and Social Philosophy**. New York: Cambridge University Press, 2000.

competências típicas que lhe outorgam a Constituição da República. Isso, claro, tendo em linha de conta que identifique o “framework” que emana da sociedade e o trabalhe enquanto elemento da justificativa interna com amparo no *modus ponens* deontico diádico e tendo a relação de implicação lastreada pelas preferências como base.

Esta proposta será igualmente melhor desenvolvida em capítulo sequencial, oportunidade em que também se abordará uma possível refutação, consistente na imprecisão da lógica das preferências sob o prisma da solidez dos argumentos. Por ora, contudo, suficiente a sua menção como forma de introdução do pensamento que perpassa todo o presente trabalho no sentido da colmatação de lacunas no âmbito da teoria da decisão judicial.

3. Lógica Paraconsistente.

A estrutura acima delineada não resolve, contudo, a questão das variações de graus decorrentes de expressões (em sentido não-lógico) corriqueiramente utilizadas no âmbito jurídico. Um ato praticado obrou com maior ou menor boa-fé; a ação oriunda da Administração Pública violou o princípio da dignidade da pessoa humana, ou foi razoável; o comportamento do contratante foi adequado à função social; são exemplos de expressões que, mesmo diante do modal deontico acima empregado e considerando seu pressuposto de que as obrigações mutuamente contrárias não estão excluídas (salvo as incondicionais), não haverá como estabelecer uma distinção em graus para fins de prolação de uma decisão que se entenda racional. O ponto nodal, portanto, consiste em verificar se e em que medida expressões (no sentido lógico) podem sofrer variações de grau em sua aplicação sem incorrer no conhecido princípio da explosão²⁴³.

Este é o objeto de estudo da lógica paraconsistente, ao menos no ponto de contato com o direito²⁴⁴. Desde logo se impõe ressaltar que a proposta da lógica paraconsistente culminará, no que interessa ao presente estudo, no que se passou a denominar “silogismo paraconsistente”, que, como adiante se verá, possibilitará uma

²⁴³ Detalhando o estudo das leis da lógica clássica: VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoria General del Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias sociales, 1976, p. 87-105.

²⁴⁴ Não se pretende empreender escorço histórico sobre a lógica paraconsistente e tampouco descrevê-la em grau de detalhamento técnico que inviabilize a fluência do texto; isso sem mencionar a existência de diversas lógicas tidas como paraconsistentes. Objetiva-se, ao contrário, tão somente utilizar de aporte teórico da lógica paraconsistente no grau necessário para permitir a exposição da problemática, sua sugestão de resolução e, bem assim, a correlação com o tema central do trabalho.

mescla entre a justificativa interna e a externa. Este é, aliás, o motivo pelo qual a temática está sendo tratada como o último dos tópicos da justificativa interna para, em seguida, centrar atenção ao estudo de algumas das teorias da argumentação que conferem racionalidade à justificativa externa.

A fim de que não se adentre em polêmicas acerca do surgimento da lógica paraconsistente e a sua sistematização atual, calha observar que Newton Affonso Carneiro da Costa, reconhecido autor da lógica paraconsistente, alude a J. Lukasiewicz e N.A. Vasilev como precursores da lógica ora tratada. Aquele, segundo Da Costa, trabalhou a possibilidade da existência de uma lógica em que a lei da contradição não se afigura válida em quaisquer de suas formas, sem, contudo, elaborar qualquer sistema paraconsistente; ao passo que o segundo modifica a lógica aristotélica construindo lógicas imaginárias, em que estariam eliminadas as contradições verdadeiras. Da Costa salienta que Vasilev não desenvolveu sistema lógico que, ao final, estivesse emancipado da lógica em sentido aristotélico²⁴⁵.

A lógica paraconsistente, na forma sugerida por Newton da Costa, evita a contradição – e, por conseguinte, a explosão –, considerando que as relações de implicação, conjunção e equivalência são definidas consoante o cálculo proposicional. Assim, o ato encontrará em seu valor de performance o elemento que virá a definir a forma de aplicação das relações de implicação, conjunção ou equivalência²⁴⁶.

Com nítido apoio em previsão de Wittgenstein²⁴⁷, a lógica paraconsistente objetiva expor cálculos proposicionais paraconsistentes e não triviais. Conquanto não se preocupe epistemologicamente com a verdade²⁴⁸, encontra embasamento na teoria da

²⁴⁵ DA COSTA, Newton Carneiro Affonso; LEWIN, Renato A. **Lógica paraconsistente**. In: ALCHOURRÓN, Carlos E. *Lógica*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 185-204.

²⁴⁶ DA COSTA, Newton. **Novos Fundamentos para a Lógica Deôntica**. Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática. 2º Série. Vol. 11, n.º 1, p. 05. Curitiba. Abril de 1990.

²⁴⁷ “(...) indeed, even at this stage, I predict a time when there will be mathematical investigations of calculi containing contradictions, and people will actually be proud of having emancipated themselves from contradiction”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Apud*. DA COSTA, Newton C.A.; BÉZIAU, Jean-Yves; BUENO, Otávio. **Elementos de teoria paraconsistentes de conjuntos**. Campinas: Unicamp, 1998, p. 20.

²⁴⁸ “A questão acerca da verdade da paraconsistência já nos levaria inevitavelmente para além dos próprios limites da lógica paraconsistente, ao menos no que diz respeito aos fundamentos da mesma – a esfera na qual tencionamos nos situar. (...) Um compromisso com a verdade da paraconsistência não nos parece, em absoluto, necessário, nem para as investigações teóricas a respeito da lógica paraconsistente, nem tampouco para as diversas aplicações que tais investigações propiciam. Quanto às primeiras, compromissos heurísticos e pragmáticos (independentes da noção de verdade) são suficientes para motivar e sustentar as mais variadas pesquisas na área; quanto às segundas, um comprometimento com a ‘verdade pragmática’ (ou a mera ‘adequação empírica’) dessa lógica parece-nos suficiente para ‘legitimar’ suas aplicações. Encontra-se aqui,

verdade cunhada por Alfred Tarski para desenvolver um sistema em que duas estruturas de primeira ordem, como definidas pela lógica clássica, ainda que isomorfas, não são sempre equivalentes, de modo que a valoração correspondente não resta determinada pelas sentenças atômicas, mas pela totalidade das sentenças²⁴⁹.

Como se sabe, na conhecida “teoria semântica da verdade”, Alfred Tarski propõe que a palavra “verdadeiro” tenha natureza lógica em que expressa propriedade de certas expressões e orações, ou seja, a noção exata de verdade implica uso de outras noções semânticas, como, por exemplo, a de satisfação²⁵⁰. Partindo do pressuposto de que a linguagem cotidiana não ostenta estrutura claramente definida, reputa que não há como se utilizar de linguagens semanticamente cerradas, de sorte que a definição de verdade se encontra no nível da metalinguagem e necessariamente correlacionada à satisfação, que, por sua vez, representa “una relación entre objetos arbitrarios y ciertas expresiones denominadas ‘funciones predicativas’²⁵¹. A satisfação pode conter as chamadas “variáveis livres” que aparecem nas orações e, por isso, permitir que a disjunção lógica “x é maior que y, ou x é igual a y” satisfaça ao menos uma das funções “x é maior que y”, ou “x es igual a y”²⁵².

pois, duplo agnosticismo: por um lado, quanto à verdade da própria paraconsistência, e, por outro, embora a ele intimamente relacionado, quanto à existência de contradições reais. DA COSTA, Newton C.A.; BÉZIAU, Jean-Yves; BUENO, Otávio. **Elementos de teoria paraconsistentes de conjuntos**. Campinas: Unicamp, 1998, p. 75.

²⁴⁹ DA COSTA, Newton C.A.; BÉZIAU, Jean-Yves; BUENO, Otávio, *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁰ “Mientras que las palabras “designar”, “cumplir” y “definir” expresan relaciones (entreciertas expresiones y los objetos a los que “se refieren” dichas expresiones), la palabra “verdadero” tiene una naturaleza lógica diferente. Expresa una propiedad (o denota una clase) de ciertas expresiones, esto es, de oraciones. No obstante, es fácil comprobar que todas las formulaciones ofrecidas anteriormente y destinadas a explicar el significado de esta palabra (cfr.: secciones 3 y 4) se referían no sólo a las oraciones mismas, sino también a los objetos a los que “aludían” dichas oraciones, o tal vez a “los estados de hecho” que describían. Es más, al parecer, la forma más natural y más sencilla de dar con una definición exacta de la verdad implica el uso de otras nociones semánticas tales como la de satisfacción. Es por ello por lo que consideramos que el concepto de verdad del que estamos tratando es un concepto semántico, y el problema de definir la verdad aparece intimamente relacionado al problema más general de establecer los fundamentos de la semántica teórica.” TARSKI, Alfred. **La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica**. Traducción de Paloma García Abad. Disponível em: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf> . Acesso em 01 abril de 2015.

²⁵¹ *Idem*, p. 15-18.

²⁵² Para uma descrição mais aprofundada da teoria aludida, vide: DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. MORTARI, Cezar Augusto. **Alfred Tarski - A concepção semântica da verdade**. Textos clássicos de Tarski. Editora Unesp. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=337bN18v7ekC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=TEORIA+SEM%C3%82NTICA+DA+VERDADE+DE+ALFRED+TARSKI&source=bl&ots=ZkKD0dVO81&sig=ldsZ0S9IeOmID8fC72VVhyNcP9k&hl=pt-BR&sa=X&ei=iZE6Vd_mIYLrtQWFIIHgDw&ved=0CDQQ6AEwBA#v=onepage&q=TEORIA%20SEM%C3%82NTICA%20DA%20VERDADE%20DE%20ALFRED%20TARSKI&f=false . Acesso em 24 abril de 2015; PEREIRA, Renato Machado. **Concepção semântica da verdade segundo Alfred Tarski**. Dissertação de mestrado – Programa de Pós-graduação da CAPES, 2009. Disponível em

Trabalhando com as leis da identidade e não-contradição, pondera Newton da Costa que as noções clássicas de objeto e identidade podem ser dialetizadas em ordem a permitir que, ao longo do tempo, sofram alterações sem, contudo, malferir a lógica que lhes confere suporte matemático ou físico²⁵³. No que interessa à lógica paraconsistente, a verdade semântica de Tarski, aliada a possibilidade de dialetizar as leis lógicas clássicas permitem a utilização de poderoso instrumental ao Magistrado para, sem perder a solidez do argumento, valer-se de provimentos decisórios reconhecendo diferenças de graus (valores de performance) nos conceitos-chaves utilizados na premissa normativa e, ainda assim, introduzir elemento valorativo que permita atribuir correção à casuística fática (funções predicativas).

Para tanto, sugerem Newton da Costa e Otávio Bueno que o juiz utilize o que compreendem como “silogismo paraconsistente”, em que, ao mesmo tempo, introduzem-se elementos que satisfazem o predicado e outros que não o satisfazem, todos na mesma formulação assim descrita: $\exists x (p(x) \wedge \neg p(x))$. Ou seja, cada predicado possui, no interior do discurso, três elementos: i) aquele que o satisfaz; ii) aquele que não o satisfaz; e iii) aquele que, ao mesmo tempo, o satisfaz e o não satisfaz²⁵⁴.

Assim: i) a decisão que reconheça a violação à boa-fé em determinado grau; ii) a decisão que reconheça a proporcionalidade de determinada ação administrativa no que toca ao confronto de direitos fundamentais; iii) a decisão colegiada em que, concomitantemente, utilizem-se os Julgadores da razoabilidade, ou proporcionalidade em seus correspondentes votos para chegarem a soluções opostas; encontram fundamento no silogismo paraconsistente como forma de conferir solidez ao argumento. A pretensão de correção, dessa maneira, não resta soçobrada; e não se verifica trivialidade.

Claro, no entanto, que para alcançar tal intento, terá o juiz que adentrar à justificativa externa a fim de delimitar quer a função predicativa oriunda da relação entre objetos e as expressões utilizadas, quer o grau de variação do elemento em si (o valor de performance), por exemplo: a razoabilidade, a boa-fé, a proporcionalidade etc, de sorte a trazer ao arcabouço decisório a racionalidade que se propugna.

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=190473.

Acesso em 24 abril de 2015.

²⁵³ DA COSTA, Newton Carneiro Affonso. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. São Paulo: editora Hucitec, 2008, 3ª ed., p. 136-137.

²⁵⁴ Newton C.A.; BÉZIAU, Jean-Yves; BUENO, Otávio, *op. cit.*, p. 145-146.

No campo das lacunas, o aparato instrumental da teoria semântica da verdade em conjunto com a lógica paraconsistente, em especial o silogismo paraconsistente, permite ao juiz não somente valorar, em grau axiológico, eventual expressão de textura aberta, ou dificuldade de delimitação, sem trivialidade ou malogro às leis lógicas da identidade e não-contradição; mas também conferir suporte deôntico à lacuna normativa.

Importante, contudo, ressaltar que a utilização da lógica paraconsistente no contexto das lacunas, nomeadamente nas lacunas ditas axiológicas, revela-se, em certo grau, como particularismo da lógica deôntica diádica, especificamente voltada a garantir que a variação de graus das expressões de textura aberta não esteja ao final infirmada por trivialidade, ou violação às leis da lógica clássica. Assim se deve destacar não apenas para justificar a utilização da lógica paraconsistente nesta etapa, já que necessariamente se verificam expressões de interpretação aberta em lacunas axiológicas, senão também para que não se tenha a errônea impressão de que a faceta da lógica ora tratada afasta todo o instrumental anteriormente percebido e descrito.

Note-se, aliás, a convergência entre os seguintes elementos, até agora trabalhados para a colmatação de lacunas: i) identificado o “framework” social, ter-se-á o norte a partir do qual o juiz poderá trabalhar, estando legitimado a tanto; ii) a lógica deôntica diádica permitirá o direcionamento na escolha da solução a adotar sem, contudo, a pecha de subjetivismos, lógica das preferências e, ao mesmo tempo, garantindo-se a obrigatoriedade ínsita ao dever-ser no campo normativo; e, finalmente, iii) a lógica paraconsistente afastará em definitivo qualquer risco de trivialidade ou violação às leis lógicas, permitindo ao juiz, por derradeiro, trabalhar a variação de graus das expressões de textura aberta para preencher lacunas axiológicas e, no campo das normativas, colmatá-las de acordo com o juízo descritivo que apresente consequências normativas, consoante supramencionado.

Enfim, ter-se-á metodologia eficaz de preenchimento de lacunas que, legitimando o juiz a tanto, viabilizará a construção de argumentos sólidos (não-triviais), válidos sob o ponto de vista lógico e racionais sob o prisma da teoria da argumentação.

Como, todavia, enquadrar essa formatação lógico-argumentativa no âmbito das teorias da decisão judicial. Vejamos, na sequência do trabalho, algumas propostas de teorias para, ao final do capítulo, revisar a correspondência ora sugerida.

4. A Argumentação jurídica: algumas propostas:

a) Neil MacCormick:

O escocês Neil MacCormick dedicou boa parte de seus estudos a construção de uma teoria da argumentação que não apenas evidenciasse a fundamentação amparada em estatutos normativos, mas indicasse o caminho percorrido pelo julgador para alcançar determinado resultado que se pudesse compreender e traduzir como o objetivo trilhado pela norma jurídica²⁵⁵.

A teoria argumentativa que preconizou baseava-se inicialmente no raciocínio silogístico evidenciado pela argumentação que denominou por dedução. Para ele, os casos que não fossem qualificados como difíceis – os quais, segundo observa, constituem a grande maioria das situações levadas a apreciação pelo aparelho judicial – poderiam ser resolvidos pela subsunção do fato à norma já previamente delimitada sob o aspecto objetivo nos meandros do sistema jurídico positivado²⁵⁶.

Os casos difíceis e os que não demandassem análise para além do silogismo, contudo, não prescindiriam da utilização de outras técnicas argumentativas e até mesmo o recurso aos princípios, tidos pelo Autor como o objetivo central do regramento positivado²⁵⁷. Qualificando-se como pós-positivista, Neil MacCormick compreendeu,

²⁵⁵ Em estudo denominado “A noção de Coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades”, os Autores Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cláudia Rosane Roesler e Ricardo Antônio Rezende de Jesus, após apresentarem os fatos que, segundo Manuel Atienza, demandam a crescente preocupação com a explicitação da argumentação por parte do aparelho judicial, assim destacam em relação à teoria preconizada por Neil MacCormick: “Nesse quadro de crescente interesse pela reflexão sobre a argumentação jurídica, algumas contribuições podem ser consideradas como constitutivas de uma teoria *standart* da argumentação, compondo o quadro a partir do qual as discussões mais específicas, conceituais ou aplicadas se desenvolvem. Desde o final da década de 70 do século XX, um dos autores cuja contribuição certamente configurou o perfil atual da teoria da argumentação jurídica é Neil MacCormick. Em que pese vários escritos sobre temas como a soberania e a questão da integração europeia, sua reputação acadêmica deve-se sobretudo aos textos de filosofia do direito, com especial destaque para os trabalhos acerca da argumentação jurídica”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende. A noção de Coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. *In*: **REVISTA NEJ – ELETRÔNICA**. Florianópolis, v. 16, n. 02, p. 207-221, maio/agosto 2011, p. 208-209.

²⁵⁶ “Uma argumentação dedutiva é uma argumentação que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as ‘premissas’ da argumentação. Uma argumentação dedutiva será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão. Com isso, o que se quer dizer é que seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão”. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26-27.

²⁵⁷ “É uma verdade muito óbvia que nem todas as normas jurídicas, nem mesmo todas as normas legisladas em forma verbal fixa, podem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja. Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação a algum contexto questionado ou questionável do litígio.

aproximando-se neste particular das ideias de integridade e comunidade de princípios sustentadas por Ronald Dworkin²⁵⁸, que os princípios trariam substrato jurídico quando a dedução por si só não resolvesse a problemática fática e jurídica posta à cura do aparelho judicial²⁵⁹.

Em tais casos, caberia ao Julgador realizar o que denominou “teste de adequação”, considerando argumentos de ordem universal, coerência e coesão, ademais, principalmente, dos consequencialistas.

A universalidade, sob sua óptica, recomenda ao Julgador que na resolução de qualquer testilha tente extrair premissas gerais aplicáveis a outros casos análogos²⁶⁰. Em tópico anterior já se pontuou que a adoção de semelhante conduta consagraria o princípio da imparcialidade argumentativa, que, conexo à inércia perelmaniana, incutem ao Julgador o ônus de apresentar símile argumentação e conclusão em casos idênticos, justificando o resultado diferente em razão de eventual discrepância em alguma circunstância fática que recomende o *discrîmen*.

Como as normas são formuladas em linguagem, elas apresentam (como H.L.A. Hart salientou) uma trama aberta e são vagas pelo menos no que diz respeito a certos contextos. A divergência prática entre as Partes poderia ser solucionada e a decisão justificada por meio de dedução somente depois de ter sido tomada uma decisão de interpretar a norma promulgada de acordo com a interpretação (a) ou (b) (...). Resumindo: as normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambiguidade for resolvida”. MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 83-85.

²⁵⁸ “O princípio judiciário de integridade instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e deveres que decorrem de decisões políticas anteriores, ao reafirmamos essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007, p. 271-272.

²⁵⁹ “Em seu livro mais recente sobre a teoria da argumentação jurídica, traduzida no Brasil por Retórica e Estado de Direito, o autor revisa várias das posturas adotadas nos trabalhos anteriores. Na entrevista que concedeu a Manuel Atienza em 2006, MacCormick declara que a sua posição atual é pós-positivista. Também em Retórica e Estado de Direito MacCormick afirma que uma posição pós-positivista é um pressuposto para o desenvolvimento da teoria que está exposta nesta obra”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende, *op. cit.*, p. 210.

²⁶⁰ A universalidade pode ser bem verificada na obra do Autor à conta da concepção que traça acerca da coerção da justiça formal, a qual “consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido. (...). Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância de precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado”. MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 93-95.

Esta é, em linhas gerais, a ideia da universalidade como recurso argumentativo utilizado pelo Autor ora em estudo. Compreende que no bojo das decisões judiciais devem ser extraídos os argumentos qualificados como *obiter dictum* e os que de fato representem a *ratio decidendi* da refrega. Aqueles funcionariam como elementos acessórios ao desfecho argumentativo da lide, ao passo que nestes estaria verdadeiramente a premissa que seria haurida para futuros casos²⁶¹.

Subdividida em espécies, a *ratio decidendi* seria capaz, sob a acepção individual, de expressar a verdadeira argumentação que rendeu azo ao desfecho ultimado, ao passo que sua aplicação genérica estaria voltada não para a individualidade em exame, senão para os futuros, potenciais e vindouros casos idênticos ou símiles, porém de características acessórias desimportantes para a solução final.

Atento à universalidade, caberia ao julgador verificar, ainda, se a decisão observa a coerência que se pode – e deve – esperar tanto da espécie em exame se em confronto com as recomendações normativas, como nos meandros do sistema em si. Trata-se, respectivamente, da coerência sob o aspecto narrativo e normativo, ambas a conferir à decisão a integridade e coesão oriundas da aplicação do regramento jurídico, que vige por causa da sociedade e não como consequência dela²⁶².

²⁶¹ “Existem fortes razões de princípio pelas quais os juízes, ao tomar decisões referentes a casos particulares, deveriam agir apenas em conformidade com alguma sentença que cubra não apenas o caso particular, mas todos os outros casos possíveis que sejam semelhantes simplesmente porque seriam cobertos pela mesma sentença. (...) Há, portanto, alguns casos nos quais um elemento essencial da justificação de uma decisão particular é uma sentença a respeito de uma questão genérica do direito sobre o qual as partes estão em disputa. (...) Quando isso ocorre, pode no mínimo fazer sentido tratar a sentença proferida como a *ratio decidendi* do caso e usá-la como norma para o futuro. (...) A visão de A.L. Goodhart de que é possível descobrir a *ratio* de qualquer caso através da determinação de quais fatos foram tratados pelo juiz como fatos materiais do caso, associando esses fatos à decisão proferida e generalizando o todo como uma norma do direito é, nessa medida, perfeitamente razoável (...). Existe, portanto, uma possibilidade de que alguns precedentes contenham decisões relativamente claras a respeito de questões de direito definidas de modo bastante acentuado, e que outros contenham decisões implícitas, se clareza relativa semelhante, mas talvez menor. Ainda outros, em razão de discordância judicial ou simples confusão, não contêm nenhuma”. *Idem*, p. 104-108.

²⁶² “A coerência narrativa diz respeito aos fatos e se revela um importante componente na justificação das decisões jurídicas. É preciso que, ao fundamentar uma decisão, os fatos narrados façam parte de uma sequência inteligível de eventos que façam sentido como um todo. O teste para verificar a coerência fática não pode prescindir dos elementos da experiência racional, juízos probabilísticos de senso comum, combinados com causalidades produzidas pelo conhecimento científico. (...) Se a coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir”. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende, *op. cit.*, p. 215-216.

Os argumentos consequencialistas, de outro turno, não podem ser relegados ao desdém, notadamente em situações em que o raciocínio silogístico não se revela suficiente a escudar e embasar o acertamento normativo preconizado. Nestes casos, deverão ser consideradas também as consequências normativas – e não meramente fáticas – da decisão a ser assumida para além do caso concreto e se em foco o ordenamento enquanto sistema que apresenta a diretriz social a ser trilhada.

Para tanto, o julgado decerto se valerá de argumentos de fundo também avaliatório, de sorte a conceber o que entende apropriado mesmo no pouco firme terreno axiológico muitas vezes traduzido pela aplicação de princípios e cláusulas gerais abertas. Estará, segundo pensa, apartado do modelo eminentemente decisionista se a aferição que fizer do princípio vier escudada na compreensão social da finalidade querida pela lei, o que, a um só turno, conferirá legitimidade ao teor de sua decisão e viabilizará a evolução do sistema, que se alimentará das próprias decisões e posturas adotadas²⁶³. Neste ponto, as ideias do Autor em muito se aproximam da linha traçada por Jürgen Habermas ao sustentar a necessidade de o discurso partir da ação comunicativa para a sua efetivação. Não é por acaso, aliás, que se verifica uma releitura de Neil MacCormick por ele próprio ao se comparar os seus dois livros atinentes à argumentação: “Argumentação jurídica e teoria do direito”²⁶⁴ e “Retórica e Estado de Direito”²⁶⁵, sendo que o último editado traz em seu cerne a reapreciação por si próprio de diversos eixos teóricos antes apresentados.

Estas ideias iniciais mencionadas, evidentemente em rápido esboço, contribuem para a compreensão do modelo argumentativo sustentado pelo Autor em foco.

²⁶³ “Esse é o modo consequencialista de argumentar, embora num sentido algo restrito. Ele considera as consequências de adotar uma deliberação por um lado ou pelo outro, pelo menos até o ponto de examinar os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação. É uma argumentação de caráter intrinsecamente avaliatório, na medida em que indaga sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade dessas consequências. Não existe, porém, nenhuma razão para pressupor que ela envolva uma avaliação em termos de uma única escala, como por exemplo, a escala benthamita de agregados supostamente mensuráveis de prazeres e dores. Os juízes caracteristicamente referem-se a critérios como os da justiça, senso comum, interesse público e conveniências ou praticidade, ao avaliar os prós e contras de deliberações determinadas. Ela é, em parte, subjetiva. Os juízes, ao avaliar as consequências de possíveis deliberações opostas, podem atribuir pesos diferentes a critérios diferentes de avaliação; podem divergir quanto ao grau de injustiça percebida, ou do inconveniente previsto que resultará da adoção ou rejeição de uma determinada deliberação”. MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 133-134.

²⁶⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁶⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

A forma como se dará a correspondente aplicação pode ser evidenciada pelo seguinte *iter* procedimental.

Em primeiro momento, deverá o Julgador verificar se o caso controvertido pode ser solucionado à vista do mero silogismo, isto é, da argumentação por dedução, também compreendida como justificativa de primeira ordem. Acaso o fato compreenda perfeita subsunção à norma já positivada nos meandros do sistema, inexistindo qualquer particularidade ou limitação de pertinência ou interpretação, deverá ser aplicada. Esta operação, segundo o autor, resolverá grande parte dos casos controvertidos, eis que nem sempre se estará diante de situações extremas em cujo cerne se traduza um embate normativo ou principiológico, muitas vezes correlacionado com o que se compreende como a justiça a ser efetivada.

Ocorre que o raciocínio silogístico comporta particularidades. Isso porque a caracterização do fato como premissa a justificar a operação dedutiva não prescindirá da aprofundada análise da comprovação das assertivas lançadas e, bem assim, da lógica (sob o aspecto formal-clássico) que delas emanam. Compreendendo erroneamente os fatos ou tendo-os como não comprovados, o juiz aplicará a argumentação por dedução partindo de premissa que não auxiliará na resolução da testilha²⁶⁶.

Por igual, deverá o julgador submeter a norma que figura aparentemente como embasamento normativo para, congregada à premissa fática, render azo à conclusão, a um “tese de validade”, por meio do qual se aferirá se ela se sustenta no âmbito do sistema. Se, na premissa fática, diversas interpretações acerca do ônus probatório podem alterar a

²⁶⁶ “Decerto, a lógica em si emprega mais do que define as noções de verdadeiro e falso. No entanto, o uso de argumentos lógicos torna-se uma impostura se nos rendemos à simulação de considerar as asserções incertas como verdadeiras, sem nenhuma adução de prova para elas. O respeito pela racionalidade, dentro do qual se pressupõe o respeito pela argumentação lógica, fornece apoio forte, se bem que tangencial, àquela concepção do ônus da prova em processos penais à qual, por imperfeita que seja na prática, os Estados liberais aderem na teoria pública. Se descartássemos a lógica da aplicação de normas, teríamos muita dificuldade para dar conta da importância da ideia do ônus da prova”. MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 60-61.

compreensão correta das circunstâncias fáticas, no aspecto normativo a adequação, ou não, da norma ao sistema poderá gerar, outrossim, conclusões diversas e conflitantes²⁶⁷²⁶⁸.

Definidas as características das premissas fáticas e fixada a validade do ente normativo superior que lhe ampara, impõe-se, ainda no quadro da justificação de primeira ordem, que o juiz atente para as limitações inerentes à dedução que podem apresentar problemas de interpretação e de pertinência, aquele verificado quando a norma trouxer em seu cerne alguma ambiguidade interpretativa que deva necessariamente ser solucionada para fins de operacionalização do raciocínio silogístico²⁶⁹; e este evidenciado na hipótese em que se deve fixar a compreensão da norma a fim de verificar se pode ser utilizada como premissa normativa para o caso em debate²⁷⁰. Note-se que apesar de aproximados, os problemas de interpretação e pertinência não se confundem, na medida em que no primeiro caso a aplicação da norma já está clara no contexto da controvérsia, restando definir qual a melhor interpretação que se fará, ao passo que na segunda hipótese, de pertinência, a questão se situa no enquadramento da norma aquele caso em que se supõe poderá vir a ser aplicada. Uma vez definida a pertinência do regramento e achegada a interpretação correta, poderá

²⁶⁷ “É, portanto, compartilhada entre o pensamento do direito natural e o pensamento do direito positivista a tese de que os sistemas jurídicos dispõem de critérios, sustentados pela aceitação da sociedade na qual o sistema se insere, sendo o cumprimento desses critérios no mínimo presumivelmente suficiente para a existência e uma norma como norma válida do sistema. (Para fins de concisão, doravante ela será chamada de a tese da validade). É essa tese da validade compartilhada que é pressuposta quando tratamos da justificação por dedução de decisões judiciais como algo suficiente e conclusivo: dada uma norma válida *se p então q*, e dado que houve uma ocorrência de *p*, uma decisão jurídica que ponha *q* em vigor (que expresse uma consequência legal) é uma decisão justificada”. *Idem*, p. 78-79.

²⁶⁸ Embora o Autor não mencione e neste momento não exista espaço para aprofundar o exame da temática, acresço que a aferição da tese da validade não poderá desconsiderar o contraste da norma aos parâmetros constitucionais, sistemas internacionais e mesmo princípios normativo superiores hauridos da compreensão da justiça, sendo de grande valia neste último caso a conhecida Fórmula de Gustav Radbruch, segundo a qual “as normas individuais de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto.” ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 48.

²⁶⁹ “(...) As normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente depois que a ambiguidade for resolvida. No entanto, resolver a ambiguidade de fato envolve escolher entre duas versões rivais da norma (*se p', então q ou se p'', então q*). Uma vez que foi feita essa escolha, segue-se uma simples justificação por dedução de uma decisão específica”. MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 85-86.

²⁷⁰ “Às vezes, porém, levantam-se problemas, e as decisões sobre eles são fornecidas e justificadas de um modo que não pode ser representado em termos plausíveis como algo que envolva a simples aplicação de normas de direito já estabelecidas, válidas e obrigatórias, ou mesmo a criação de escolhas interpretativas entre diferentes versões dessas normas do direito. O tipo de problema que tenho em mente não pode de modo algum ser representado em termos plausíveis como se dissesse respeito à questão: Aqui há uma incontestável norma do direito *se p, então q*, mas o que *p* significa? O problema é antes: de algum modo a lei justifica uma decisão favorável a essa parte contra aquela nesse contexto”? *Idem*, p. 87.

ser aplicado de maneira silogística como premissa normativa à circunstância fática que lhe reclama subsunção.

No direito pátrio, por vezes o problema de interpretação é evidenciado, embora não tratado como tal. Observe-se, *inter plures*, os casos já definitivamente solucionados pelas Cortes Superiores em relação à união homoafetiva (APDF n.º 132/RJ), em que a problemática da interpretação da cláusula constitucional alusiva à família veio à tona²⁷¹; o caso da aplicação da Lei Maria da Penha à cunhada do agressor (HC n.º 172.634/DF), em que se viu o Superior Tribunal de Justiça na necessidade de interpretar a cláusula infraconstitucional que definia o âmbito de abrangência da lei²⁷²; e, finalmente, o caso da impenhorabilidade do bem de família ao bem de raiz cujo domínio era titularizado por solteiro (RESP. n.º 759.692/DF), tendo a mesma Corte de empreender exegese também acerca da *mens legis* preconizada pela Lei n.º 8.009/90²⁷³. Em todas estas situações, afora inúmeras outras que poderiam ser lembradas, os problemas de interpretação restaram evidentes e, uma vez solucionados, abriram azo ao argumento por dedução, resolvendo-se a questão controvertida por mero silogismo.

Da mesma forma aos problemas de interpretação, casos alusivos à definição da pertinência legal são iterativos e facilmente perceptíveis no âmbito jurisprudencial, conquanto não tratados com esta denominação. Basta rememorar situações em que os Tribunais se viram na contingência de aplicar alguma cláusula geral aberta, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios a determinado caso, tendo de fixar, anteriormente ao raciocínio por dedução, se haveria pertinência em invocar tais normas de textura aberta. Assim procedeu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o RESp. n.º 1202514/RS, ocasião em que teve de verificar se os princípios *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *surrectio* e *supsessio* seriam pertinentes ao caso²⁷⁴. Não se tratou da correspondente interpretação, que seria levada a cabo posteriormente, mas sim de sua pertinência à espécie sob exame. Também o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao julgar a Apelação Cível

²⁷¹ Íntegra do Julgado disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.../RE477554ementa.pdf>. Acesso em 03 abril de 2015.

²⁷² Íntegra do Julgado disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14612771/habeas-corporis-hc-172634>>. Acesso em 15 abril de 2015.

²⁷³ Íntegra do Julgado disponível em <http://ww1.imprensaoficial.ms.gov.br/pdf/DO8121_30_01_2012.pdf>. Acesso em 20 abril de 2015.

²⁷⁴ Íntegra do Julgado disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/.../recurso-especial-resp-1202514-rs.../relatorio-e-vot...>> Acesso em 15 abril de 2015.

n.º 0774352-0, 14ª Câmara Cível, viu-se na contingência de definir se o dever lateral de cumprimento do contrato encontrava pertinência no caso analisado²⁷⁵. Não se definiu a interpretação do instituto, mas, em etapa anterior, sua pertinência a situação sob exame. Inúmeras outras situações podem ser lembradas, mas, diante da impossibilidade de aprofundamento do tema nesta etapa, cingimo-nos aos casos analisados.

Ainda no tocante às limitações da justificação de primeira ordem, destaca Neil MacCormick a existência de problemas de fatos secundários, existentes quando as Partes não discordam quanto aos fatos principais e tampouco existe qualquer embuço à interpretação ou pertinência da norma aplicável, mas, no âmbito fático, faz-se necessário definir entre inúmeras hipóteses factuais qual será a que consistirá na premissa fática a ser levada em consideração na operação silogística²⁷⁶.

Assim, em resumo, no âmbito da argumentação por dedução – primeiro passo a ser trilhado pelo juiz para, adotando o modelo argumentativo preconizado por Neil MacCormick, decidir a causa posta ao seu exame – deverá o julgador observar: a) quanto a definição das premissas fáticas: regras da lógica e ônus probatório; e b) quanto à premissa jurídica: a tese da validade, tal como compreendida pelo Autor em foco. Em seguida, deverá resolver eventuais problemas de pertinência, interpretação e de fatos secundários, a fim de lograr obter, ao final, premissas fáticas e normativas aptas e hábeis a viabilizar o silogismo. Agindo dessa forma e sendo viável o silogismo, resolverá a questão por mera dedução, aplicando os fatos à norma.

Entrementes, situações se verificarão em que a justificação de primeira ordem não será suficiente para decidir a *res de qua agitur*. Cogitar-se-á, nestas hipóteses, das justificativas de segunda ordem, apoiada em técnicas que não se limitam a subsunção do

²⁷⁵ Íntegra do Julgado disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto>. Acesso em 15 abril de 2015.

²⁷⁶ “Às vezes, mesmo depois da solução de conflitos por meio da decisão de questões de fato controvertidas, e mesmo que as partes estejam de acordo quanto ao que realmente ocorreu, podem ainda restar problemas referentes aos fatos. Por exemplo, em *MacLennan v. MacLennan* (1958 S.C. 105) o Sr. M. moveu uma ação junto ao Supremo Tribunal escocês para obter o divórcio de sua mulher, com base no adultério cometido por ela, afirmando entre outras coisas que ela havia tido um filho mais de um ano depois de seu encontro mais recente. Em sua defesa, a mulher admitiu esses fatos, mas confessou que a criança tinha sido concebida por meio de inseminação artificial com sêmen de um doador, não tendo ocorrido nenhuma relação sexual adúltera. O marido alegou que a defesa era descabida e concluiu com o pedido de uma sentença de divórcio. (p. 118) Certos fatos primários foram comprovados ou pressupostos como comprovados para as finalidades do debate: esses fatos primários contam como ocorrência do requerido fato secundário – o adultério – para fundamentar uma solicitação de divórcio?” MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 118-119.

fato à norma. Neste ponto, utiliza-se o Autor de duas espécies de argumentos, ambos subdivididos: a) argumentação consequencialista, que em bojo traz a aferição do interesse público, justiça e, em seu cerne, a argumentação avaliatória; e b) a argumentação de coerência, que em seus meandros revela o argumento por coesão e da autenticidade do desacordo²⁷⁷.

A argumentação consequencialista consiste em levar em conta e exteriorizar as consequências futuras da decisão judicial, não propriamente sob o aspecto fático (porque relacionado estritamente ao caso concreto), mas no tocante a normatividade ínsita à *ratio decidendi* genérica. O juiz, avaliando as consequências do posicionamento que assuma, verificará se o resultado normativo final a ser haurido do provimento decisório ultimar-se-á por salvaguardar a coerência e aplicabilidade do sistema, ao revés de derruí-lo.

Não há, todavia, como utilizar a argumentação consequencialista desconexa à avaliatória, de maneira que ao julgador será demandada análise de conceitos abertos como o interesse público, justiça e bem-estar²⁷⁸. Esta situação parece melhor se amoldar aos sistemas jurídicos que adotam preponderantemente ou de maneira exclusiva o *common law*, já que a partir da concepção judicial do direito aplicável à espécie serão retirados fundamentos normativos para a construção do sistema em si. Nos ordenamentos apegados ao sistema do *civil law*, por outro lado, ressoa autoritário e decisionista incutir ao julgador a possibilidade de definir, ainda que por meio de decisões intersubjetivas, a melhor compreensão acerca de conceitos como bem-estar, justiça e interesse público.

²⁷⁷ “Se for verdade que justificar a decisão particular envolve a enunciação de alguma deliberação universal pertinente à questão particular, depreende-se em termos lógicos que a justificação de segunda ordem diz respeito a uma escolha entre deliberações desse tipo. A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante. Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico. Em nossos casos-problema, elas devem ser baseadas em deliberações que façam sentido no contexto do sistema jurídico. E, exatamente como a justificação científica envolve a verificação de uma hipótese em comparação com outra e a rejeição da que não passar nos testes pertinentes, assim também (como argumentarei) a justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfizerem testes pertinentes – sendo que estes tratam do que faz sentido no mundo e do que faz sentido no contexto do sistema.” *Idem*, p. 129-131.

²⁷⁸ “(...) Esse é o modo consequencialista de argumentar, embora num sentido algo restrito. Ele considera as consequências de adotar uma deliberação por um lado ou pelo outro, pelo menos até o ponto de examinar os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação. É uma argumentação de caráter intrinsecamente avaliatório, na medida em que indaga sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade dessas consequências”. *Ibidem*, p. 133.

Esta é, contudo, uma interpretação prefacial do tema, de modo que um ligeiro aprofundamento aponta em sentido diametralmente distinto. Com efeito, mesmo no âmbito do *civil law* podem ser verificadas iterativas situações em que o próprio ordenamento entrega ao julgador a análise de sobredito conceito, como se pode observar, *verbi gratia*, no caso do interesse público de que trata o artigo 155, inciso I do CPC para fins de decretação de segredo de justiça²⁷⁹ e, ainda, quando proferidas decisões em mandado de segurança que ultimem por causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, tal como previsto no artigo 15 da Lei n.º 12.016/2009²⁸⁰. Em ambos os casos, terá o julgador de, *ex vi legis*, expor seu entendimento acerca dos conceitos jurídicos abertos, ou, parafraseando H. Hart, das normas de textura aberta aludidas na legislação positiva. Considerando que o silogismo não auxiliará em primeira etapa, terá de se valer de argumentos consequencialistas para aferir se, sob sua avaliação, na situação em apreço a norma encontra ressonância.

Com a menção a apenas duas situações já se pode observar que afastar a possibilidade de o Julgador contextualizar a aplicação da norma não condiz com a inafastabilidade do controle jurisdicional, mesmo em sistemas que preponderantemente ou de maneira exclusiva adotem os parâmetros da *civil law*.

O mesmo procedimento se verifica quando o caso concreto reclama a ponderação entre dois princípios de igual estatura, ou, ainda, quando um conceito jurídico indeterminado como a boa-fé se contrapõe a uma norma positiva de aplicação silogística inequívoca à refrega. Nestas situações, a decisão virá embasada, ainda que não o diga, em critérios consequencialistas e de justiça, de maneira que compreenderá o Julgador que a adjudicação do bem da vida propugnado haverá de se compatibilizar com o seu entendimento acerca da melhor forma de acertamento normativo ao caso.

²⁷⁹ “Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público;”. A íntegra do Código de processo Civil pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em 15 maio 2015. O artigo 155, inciso I, corresponde ao 189, inciso I do novo CPC, Lei n.º. 13.105, de 16.03.2015. Íntegra do novo CPC disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20 abril de 2015.

²⁸⁰ “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”. A íntegra do texto legal pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/112016.htm>. Acesso em 20 abril de 2015.

Ademais, para além dos argumentos de fundo consequentialistas, também deverá o Julgador verificar a coerência da decisão fruto do posicionamento assumido e, em passo posterior, também a coesão. Naquela hipótese, de coerência, cuidará o juiz de analisar se com a decisão o sistema permanecerá fazendo sentido enquanto tal²⁸¹. Acima já se falou da coerência sob o aspecto narrativo e normativo, sendo possível, nesta etapa, concluir que em ambas as espécies o fito é o mesmo, qual seja, o de viabilizar a racionalidade do ordenamento, de modo que a decisão não se mostre de tal sorte dissonante que não possa ser enquadrada no sistema.

Deverá, portanto, o juiz argumentar no sentido de que a decisão não afrontará as normas vigentes, de qualquer estatura, e, bem assim, que não conflita com a jurisprudência, princípios gerais de direito e a dogmática. Neste terreno poderão ser efetivadas ponderações entre princípios, proscricções de regras à conta da aplicação de cláusulas gerais de textura mais aberta e, ainda, analogias.

Duas observações, porém: haverá o julgador de observar que a mera alusão a precedentes sem a necessária argumentação pertinente ao caso examinado não fundamenta adequadamente a decisão²⁸²; e, na mesma linha, que a argumentação por analogia não pode criar lei, a não ser, de acordo com a compreensão do Autor, em caráter excepcional, isto é, em casos de “interstícios legais”²⁸³.

Neste ponto, a argumentação por coesão se prestará a garantir que a decisão, ainda que venha a suprir o interstício legal, não contrarie o sistema como um todo, pois não se revelará válida se afrontosa a normas objetivadas e vinculantes. Operar *praeter legem*

²⁸¹ “A argumentação a partir da coerência vai ainda mais longe, buscando não apenas evitar incompatibilidades ou contradições categóricas, mas na realidade encontrando um modo para que o sistema como um todo faça sentido, ao fazer sentido de suas ramificações separadamente”. MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 347.

²⁸² “Mais uma vez devemos insistir que a citação de precedentes de sustentação, que apresentem uma analogia mais ou menos próxima (...), e a discriminação de precedentes contrários não podem ser consideradas determinantes da decisão no caso em tela. (...) Elas são decisivas, sim, para demonstrar que a decisão (...) é legalmente justificável. Sem elas, a decisão careceria de fundamentação caracteristicamente legal”. *Idem*, p. 163.

²⁸³ “O reconhecimento altamente desejável de um poder pertinente ao judiciário para criar leis deve ser restrito pelo reconhecimento de um dever de fazê-lo apenas nos interstícios. É preciso, portanto, que haja um critério para distinguir a legislação intersticial da estrutural. Um critério possível é o que de uma analogia pertinente ou um princípio estabelecido é um elemento necessário para justificação de uma decisão inovadora. Assim, se buscarmos uma razão pela qual argumentos a partir de analogias ou a partir de princípios têm a força que têm na argumentação jurídica, a resposta é a existência de uma norma convencional altamente desejável que confere poder aos juízes para estender a lei no sentido de cobrir circunstâncias que não estejam regidas de modo direto ou inequívoco por normas estabelecidas de caráter compulsório, mas que impõe limites ao alcance desse poder”. *Ibidem*, p. 244.

não pode se confundir, afinal, com a decisão *contra legem*, sendo que a coesão garantirá que mesmo nos casos de legislação com interstício estrutural o julgador não conceba um contradireito afrontoso aos comandos, objetivos ou princípios, já existentes²⁸⁴.

Finalmente, poderá ser utilizado o argumento da autenticidade do desacordo se o julgador compreender que a dissonância externada pelas Partes na verdade se refere a observância da mesma questão sob pontos de vistas distintos²⁸⁵. Por vezes, a discordância advém de visões mais legalistas e menos antropológicas, sociológicas ou oriundas de ciências diversas, de modo que o acerto do conflito não poderá prescindir da abordagem interdisciplinar a ser compatibilizada com o ordenamento. Neste momento, poderá o julgador se valer do conhecimento de outras disciplinas, o que é denominado por Alexy como empiria²⁸⁶, e até mesmo da experiência acumulada por efeito da análise de casos semelhantes ou dos resultados práticos produzidos por decisões símiles, em casos conexos.

Sintetizando, portanto, o modelo argumentativo de Neil MacCormick, deverá juiz assim proceder: a) verificar se a resolução da testilha se resume a operação silogística (justificação de primeira ordem ou por dedução), observando os detalhes e limitações a ela inerentes; b) não sendo possível, terá de empreender análise consequencialista e coerencial, adotando as justificativas de segunda ordem.

²⁸⁴ “É fácil transmitir em poucas palavras o ponto crucial sobre os argumentos a partir da coesão no direito. Existe um mandamento judicial fundamental: Não contradirás normas do direito estabelecidas e vinculantes. Se ele não existisse, a ‘tese da validade’ em qualquer uma de suas versões não produziria absolutamente nenhum efeito (p. 255). Não se trata apenas de que uma decisão deva ser justificada por bons argumentos a partir de consequências e/ou a partir de princípios ou analogias. É também preciso demonstrar que ela não é incompatível com normas estabelecidas”. *Ibidem*, p. 255.

²⁸⁵ “Uma analogia pode revelar a força deste último ponto: só posso discordar acerca da distância em milhas entre Edimburgo e Glasgow com alguém que use o mesmo padrão de medição de milhas que eu uso. Se eu digo que são 44 milhas e outra pessoa diz que são 50, parece que discordamos. Mais tarde, porém, acaba se revelando que o critério usado pelo outro para dizer que são 50 milhas foi o de que, em sua última viagem de Edimburgo a Glasgow, ele espirrou 50 vezes no trem, enquanto meu método de medição é o mais comum. Nesse caso, podemos apenas comparar anotações e etimologias – afinal de contas não discordamos, mas somente parecemos discordar. A verdadeira discordância num assunto semelhante pressupõe a existência de padrões comuns que possam em princípio ser aplicados de modo que se possa atingir um resultado correto, por mais difícil que seja realizar com precisão o processo de medição. Com esse exemplo demonstra, o argumento da autenticidade do desacordo é importante. De fato, há divergências reais no direito, mas as mais básicas são, a meu ver, as divergências práticas sobre o que é melhor fazer, levando-se em consideração todos os aspectos. Não se trata de divergências especulativas cuja existência nos força a reconhecer que existe uma única resposta para um determinado problema”. *Ibidem*, p. 321-323.

²⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, 3ª ed. p. 229.

Solucionando a *res in iudicium deducta* e expondo objetivamente a argumentação – ou técnica argumentativa – utilizada, serão definitivamente afastados modelos desconexos à racionalidade, ainda que para a decisão dos casos alguma parcela de subjetivismo se revele imprescindível.

b. Stephen Toulmin.

O filósofo inglês Stephen Toulmin publicou ao decorrer de sua vida muitas obras de influência nos campos da filosofia, epistemologia, lógica da implicação e diversos outros segmentos teóricos e pragmáticos²⁸⁷, mas foi principalmente no livro “Os usos do argumento” que demonstrou a sua compreensão acerca da argumentação jurídica, estabelecendo o *iter* que compreende necessário, não apenas no específico campo da teoria da decisão judicial, para que uma tese possa ser exposta de maneira a revelar encadeamento nos argumentos utilizados²⁸⁸. Tão influente foi a obra de Toulmin, que é estudada e aplicada em diversos campos do conhecimento afora o jurídico, tais como a filosofia, a epistemologia, a linguagem e até mesmo em searas em que, em princípio, operam cálculos exatos, tais como a matemática e computação.

Rafael Porlán Ariza noticia a influência de Toulmin no campo da epistemologia evolucionista e até na educação, segmento em que, partindo do objetivo de conciliação entre a “(...) necessidade de imparcialidade na avaliação do conhecimento tendo em vista o fato histórico e psico-social da enorme diversidade de normas racionais aceitas nos diferentes meios sociais e culturais (...)” e “(...) questões operativas que envolvem todos os âmbitos do pensamento humano (...)”, propõe que o debate epistemológico esteja situado comumente entre a necessidade de definição de critérios imparciais de racionalidade, “ (...) que estariam na razão (para os racionalistas) ou nos fatos (para os empiristas), e a defesa (emergida da constatação histórica e psico-sociológica da diversidade conceitual) de uma posição relativista.”, introduzindo, assim, o conceito de “ecologia conceitual”, baseada em que os

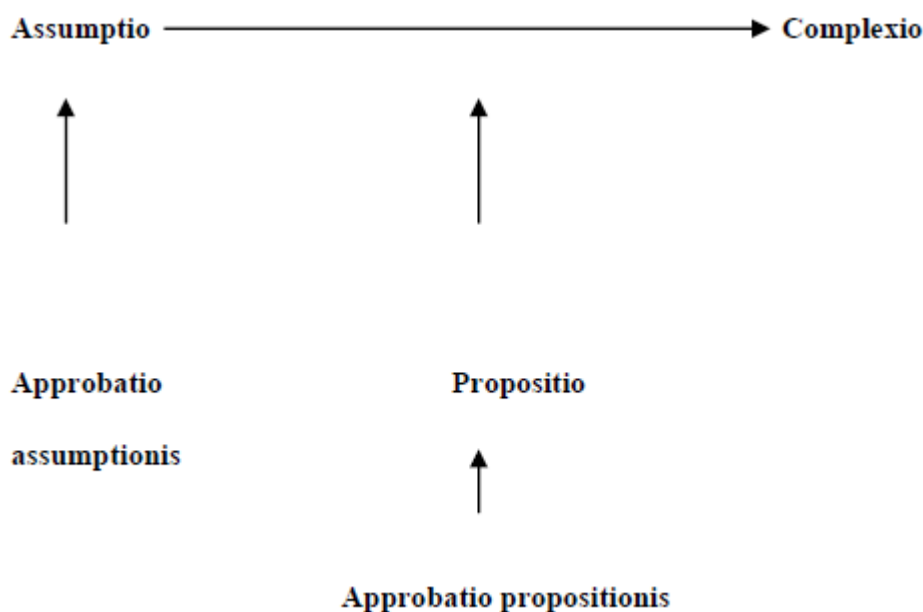
²⁸⁷ Para um sumário das obras de Stephen Toulmin: www.rjohara.net/darwin/files/Toulmin-bibliography. Acesso em 06 abril de 2015.

²⁸⁸ TOULMIN, Stephen E. Toulmin. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

juízos formais e conceitos somente possam ser adequadamente examinados e descortinados se levada em consideração a ecologia, isto é, o ambiente, como a coerência interna²⁸⁹.

Talvez por esse grau de dinamicidade e interdisciplinariedade, a teoria da argumentação de Toulmin, baseada em seis elementos bem definidos (dados, tese, oposição, garantia, apoio e qualificações modais), encontre dificuldades de inserção em qualquer ramo do conhecimento bem delimitado, dando azo à divergência quanto à prevalência de compreensões retóricas, lógicas factuais ou pragmáticas em seu cerne.

De fora parte a celeuma supramencionada, a propósito da origem da teoria de Toulmin, parece que seu manancial encontra-se nos epiqueremas de Cierón ao menos as ideias básicas então utilizadas e desenvolvidas em “Os usos do argumento”²⁹⁰. Com efeito, Cierón, em “De Inventione y en Rhetorica ad Herennium”, oferece o seguinte esquema visual de Epiquerema²⁹¹:

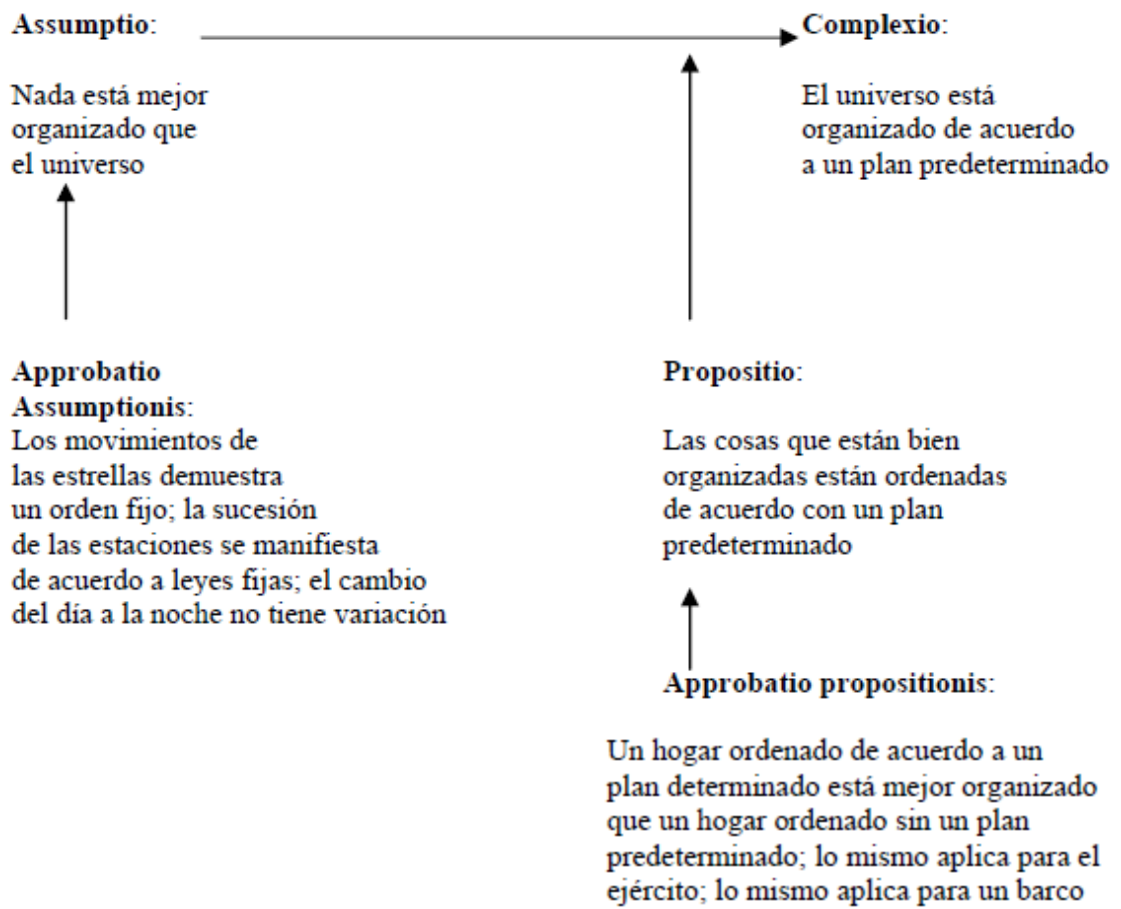


²⁸⁹ ARIZA, Rafael Porlán. A epistemologia evolucionista de Stephen Toulmin e o ensino da ciência. *In: CAD. BRAS. ENS. FÍS.*, v. 19, n. Especial: p. 70-83, jun. 2002.

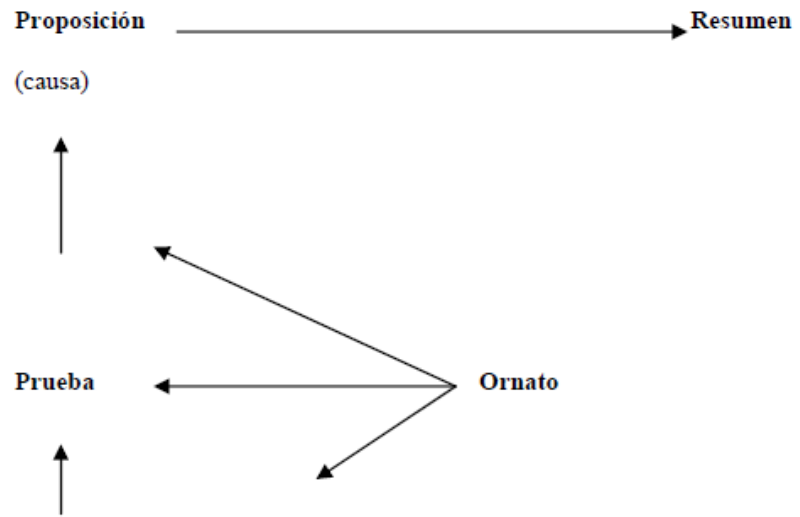
²⁹⁰ YÁÑEZ, Cristián Santibáñez. Retórica, dialéctica o pragmática: a 50 años de *los usos de la argumentación* de Stephen Toulmin. *In: CÍRCULO DE LINGÜÍSTICA APLICADA A LA COMUNICACIÓN (CLAC)*, n. 42, p. 91-125. Íntegra do texto disponível em <http://www.ucm.es/info/circulo>. Acesso em 06 abril de 2015.

²⁹¹ YÁÑEZ, Cristián Santibáñez, *op. cit.*, p. 96

Cristiano Yáñez assim explicita e exemplifica o esquema e Cierón:

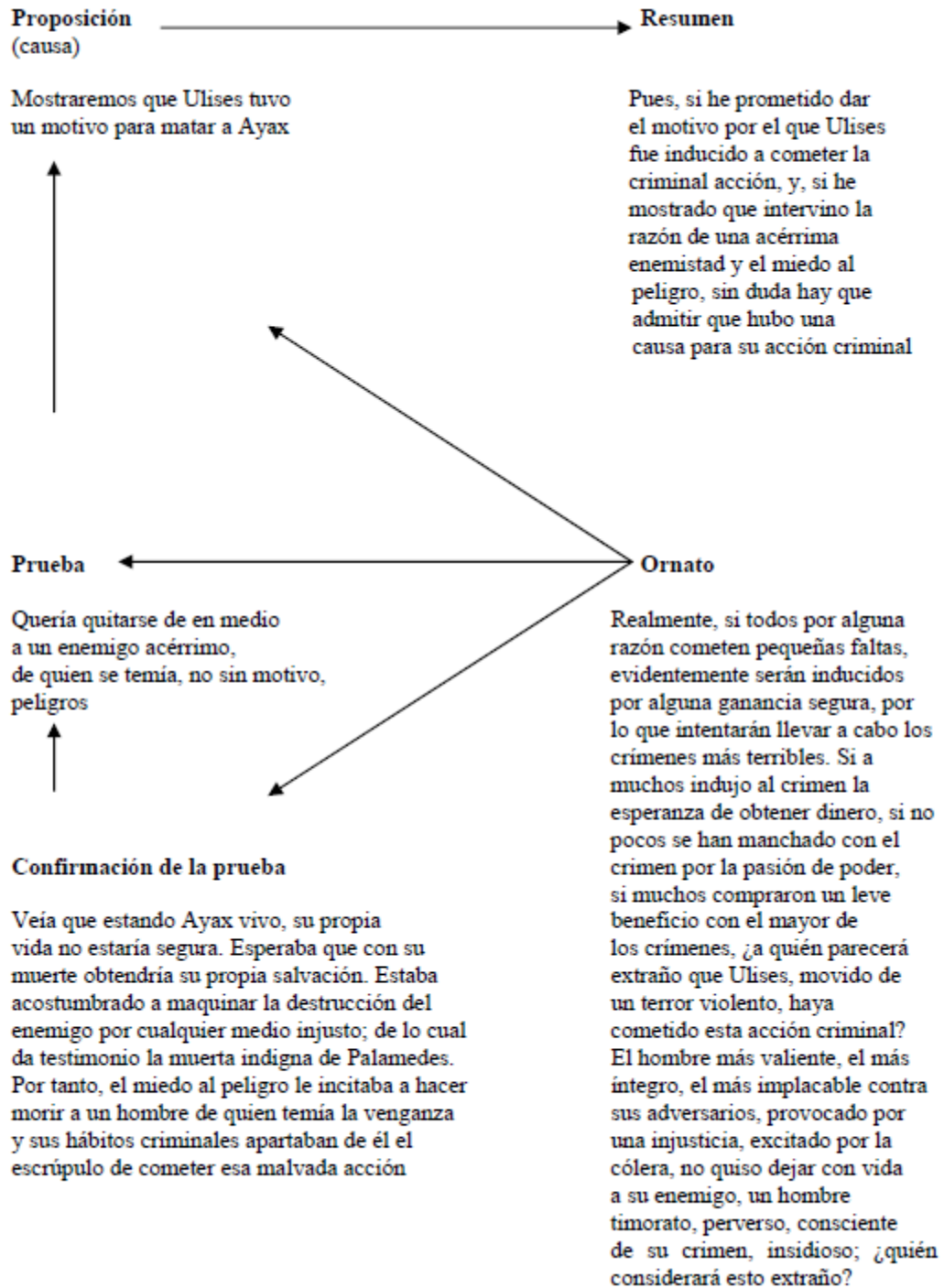


O Epiquerema encontra variação a partir da Retórica a Herenio, podendo ser assim explicitado:



Confirmación de la prueba

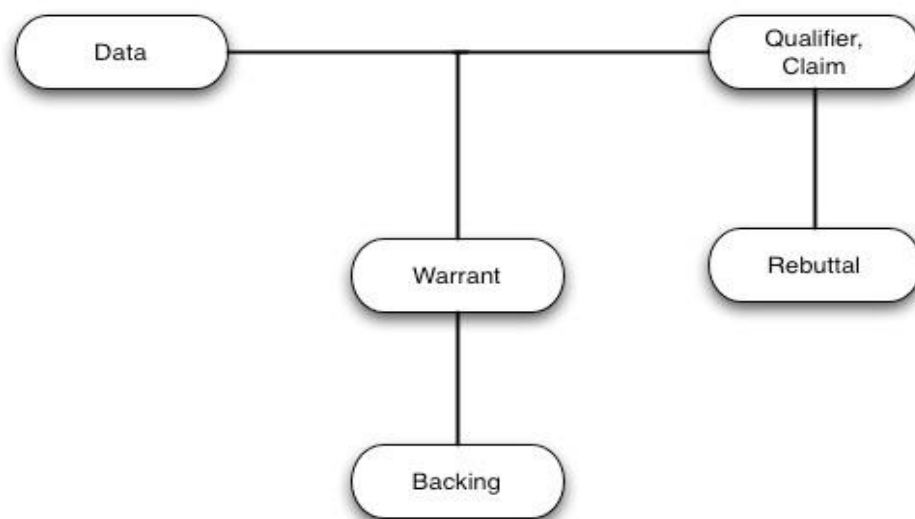
E desta maneira exemplificado:



292

Stephen Toulmin, aparentemente baseando-se nos mesmos epígrafos, sugere a seguinte formulação da sua teoria:

²⁹² *Idem*, p. 91-102.



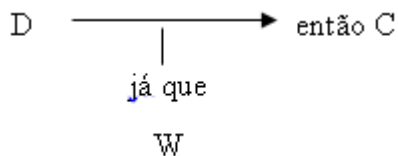
Toulmin Model of Arguments

Nesta representação, dados (*data*) consubstanciam os fatos ou provas utilizados para provar o argumento; a tese (*claim*) o argumento em si a ser provado; as garantias (*warrants*): as correspondências lógicas hipotéticas, gerais e eventualmente implícitas situadas entre a tese e os dados; os qualificadores (*qualifiers*): aqueles argumentos que testam a força do argumento lançado; a oposição (*rebuttals*) os contra-argumentos ou indicação de circunstâncias de acordo com as quais em geral a tese não pode ser concebida como verdadeira; e, finalmente, o apoio (*backing*): os argumentos que servem de suporte às garantias, não se correlacionando, propriamente, à comprovação da tese, mas necessariamente comprovando que as garantias ofertadas podem ser sustentadas²⁹³.

A fim de explicitar a aplicação prática de sua teoria, Toulmin a exemplica por meio de gráficos, a seguir mencionados:

²⁹³ Neste trabalho não serão explorados com o detalhamento que a teoria merece todos os aspectos teóricos propugnados por Toulmin, limitando-se a exposição de seu pensamento ao que interessa ao tema central da tese, em especial deste capítulo. A fim de maior aprofundamento, vide, entre vasta produção a respeito do Autor: LANGSDORF, Leonore. Argumentation as Contextual Logic: An Appreciation of Backing in Toulmin's Model. In: **COGENCY**, Vol. 3, N°. 1, Winter 2011, p. 51-78.

Gráfico 1²⁹⁴:



Ou, para dar um exemplo:

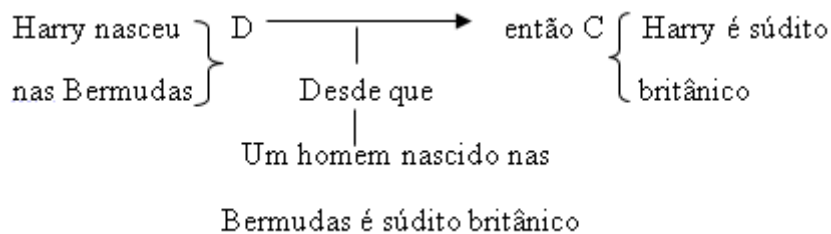


Gráfico 2²⁹⁵:

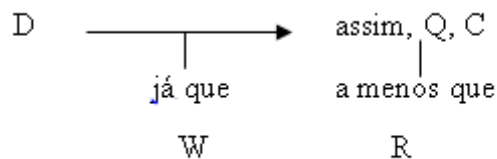
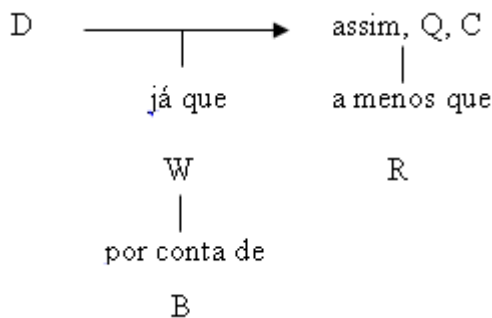


Gráfico 3²⁹⁶:

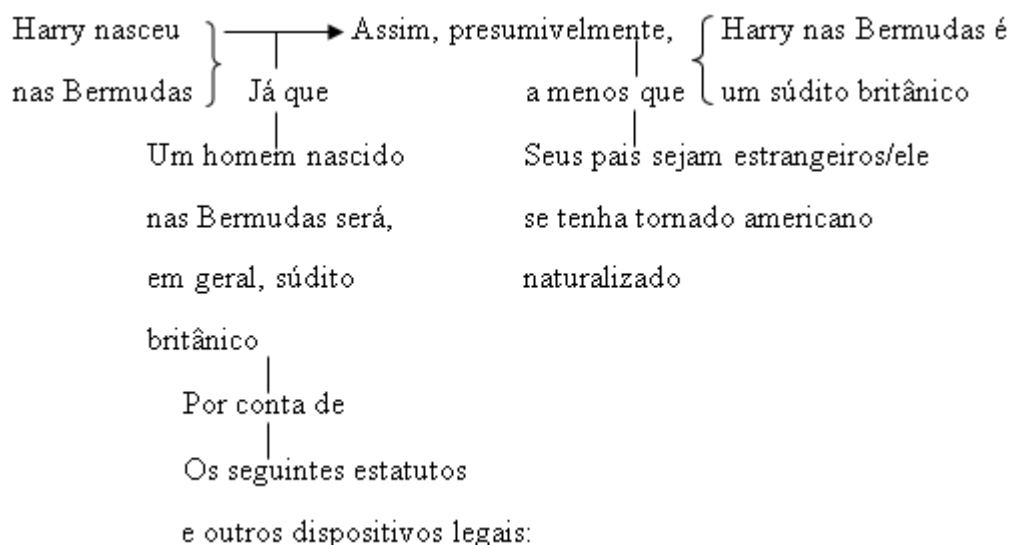


Ou, para dar um exemplo:

²⁹⁴ TOULMIN, Stephen E. Toulmin. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 143.

²⁹⁵ TOULMIN, Stephen E. Toulmin, *op. cit.* 149.

²⁹⁶ *Idem*, p. 150-151.



No que interessa ao presente trabalho, mais do que a descrição detalhada da teoria de Toulmin, é a constatação de que o arcabouço teórico abre espaço para a retórica sem compromisso imediato com a argumentação dedutiva, ao mesmo tempo em que considera fortemente a “ecologia conceitual”, isto é, o ambiente como forma de conceber a coerência interna da argumentação lançada.

Esta abertura da teoria, por intermédio da retórica, viabiliza a acomodação da *praxis* à teoria, sem, com isso, perder-se em conteúdo ou forma. De outro tanto, legitima-se a conduta do juiz diretamente a partir de aporte social, ambiental, garantindo que a solução chegada ao final da contenda, ainda que operando no âmbito do preenchimento de lacunas, seja extraída, independentemente do resultado final, diretamente do ambiente conceitual e de razão prática oriundo da sociedade.

A incompletude da teoria, contudo, vale dizer, o seu déficit de solidez quanto ao argumento externado, no sentido lógico do termo, fica por conta, paradoxalmente, exatamente da sua virtude: a abertura retórica, incapaz de garantir, só por si, a validade da(s) premissa(s) utilizada(s) como dados da tese²⁹⁷.

Vejamos, na sequência, algumas sugestões oriundas da mescla entre os aportes teóricos aludidos.

5. Simbiose Lógica + Argumentação:

Ao longo deste capítulo, sustentou-se que no campo das lacunas, sejam axiológicas, sejam normativas, haverá o juiz de levar em consideração tanto esquemas lógicos, como

²⁹⁷ O tema não será nesta oportunidade desenvolvido, a fim de que não se perca o foco na questão principal, a correlação lógica-argumentação para fins de preenchimento de lacunas.

inerentes à argumentação. Neste específico tópico da argumentação, pretendeu-se comprovar que apenas a utilização da lógica não garante o aparato necessário ao preenchimento das lacunas, conquanto possa trazer solidez ao argumento. Isso porque mesmo que definidas as formas lógicas de exposição do argumento, faltará a metodologia para a sua correspondente exposição e sistematização no quadro da teoria da decisão judicial. Por isso foram apresentadas, em breve esboço, as teorias de Neil MacCormick e Stephen Toulmin, a primeira como sugestão à mescla lógica/argumentação como metodologia para colmatação das lacunas; e a segunda mais atrelada aos argumentos retóricos, sem, contudo, descurar da estrutura ambiental apta a legitimar a solução final atingida, tal como outrora aventada a importância do “framework”.

As duas teorias aludidas, em que pese contribuam para conferir uma metodologia que, imbricando lógica e argumentação, viabilizem o preenchimento de lacunas axiológicas ou normativas, apresentam pontos de oclusão que as relativizam se isoladamente consideradas.

No que toca ao quadrante teórico exposto por MacCormick, Manuel Atienza identifica, entre algumas críticas, as seguintes questões²⁹⁸: a) insuficiência da lógica proposicional; b) problemas de definição de “conceitos jurídicos indeterminados” no contexto da argumentação por dedução; c) lógica e poder discricionário do juiz; d) juízos de valor no raciocínio judicial; e, finalmente, e) verdade e direito²⁹⁹.

Quanto à teoria de Toulmin, o mesmo Autor destaca as seguintes críticas: i) pretende ser considerada um modelo de teoria para a argumentação em geral e não meramente jurídica; ii) haveria, de certa maneira, uma superação da lógica?³⁰⁰

Note-se, pois, que, ao menos nas críticas lançadas restam evidentes alguns pontos delineados tanto no capítulo 1, de maneira mais geral, como no presente, em que verticalizada a correlação entre lacunas, lógica e argumentação. Ao tratar, por exemplo, da insuficiência da lógica proposicional, definição de conceitos jurídicos indeterminados, poder discricionário do juiz, valores inerentes ao raciocínio judicial e, finalmente, verdade e direito, Atienza identifica mais do que simplesmente pontos de oclusão na teoria postulada por Neil MacCormick, mas, em verdade, pontos nodais da intrincada relação lógica-argumentação, que se evidenciam com maior realce no campo das lacunas, em que para conferir acerto ao litígio *hic et nunc* deverá o juiz caminhar pelos tortuosos caminhos apontados em crítica. De igual toada, a

²⁹⁸ Não serão citadas todas as críticas, a fim de que não se perca a alça de mira na questão central investigada neste capítulo, isto é, se, e em que medida, afigura-se viável a imbricação lógica-argumentação para o preenchimento de lacunas.

²⁹⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 203-215.

³⁰⁰ ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 157-163.

superação do modelo lógico pela argumentação analítica, como objetivada por Toulmin, não parece adequadamente conferir solução à problemática, quer porque não se centra especificamente na questão das decisões judiciais, pretendendo-se geral; quer porque a retórica, ainda que analiticamente verbalizada, não confere solidez aos argumentos à míngua da lógica.

Neste trabalho, até o presente momento já foram apresentadas, ainda que de maneira perfunctória, algumas possíveis soluções para as lacunas. À hipótese proposta para fins de investigação neste capítulo, a de que a colmatação de lacunas somente pode ser viabilizada se obtidos aportes lógicos e argumentativos, responde-se agora considerando que, de fato, não há como conferir racionalidade à decisão que assim proceda se desconsiderados elementos que advenham da lógica e da argumentação, sob pena da configuração de argumentos defeituosos, trivialidades e/ou decisões que não contenham em seu bojo a racionalidade que se espera como manifestação volitiva de um Poder estatal. Afinal, acaso prene de defeitos lógicos ou situada para além da racionalidade, a decisão não se legitimará enquanto evidência de parcela do poder estatal, senão mera opinião pessoal, incapaz, bem por isso, de conferir, ademais da solução em si do litígio, acertamento ao sistema.

No próximo capítulo serão aprofundadas as questões afetas às lacunas, investigando sua existência no sistema, classificação, formas sugeridas de preenchimento; e, ao final, esquadrihados alguns modelos já propostos para, na sequência do trabalho, ofertar-se uma metodologia apta a tanto.

LACUNAS JURÍDICAS E TOMADA DE DECISÃO

“CANTO III

1. ‘Por mim se vai ao círculo dolente; por mim se vai ao sofrimento eterno; por mim se vai à perda gente. Justiça moveu meu alto fautor; criou-me a Suprema Potestade, Suma Sapiência, Primeiro Autor. Antes, foram criadas apenas coisas eternas; eu, eternamente existo. Renúnciai às esperanças, vós que entraís.’

10. Tais palavras, em negro tom, vi escritas ao alto de uma porta. Exclamei: ‘Mestre, não apreendo o sentido delas’. E ele, atento à minha perplexidade: ‘Aqui, é mister deixar toda a suspeita; dar por morta toda tibieza.’ Pois chegamos, como anunciara, ao sítio onde verás a atormentada gente que tem perdida a visão de Deus”³⁰¹

a. Normas, razão prática e decisão judicial.

Iniciemos com raciocínio por instância³⁰².

Em geral, na entrada de repartições públicas no Brasil, o usuário do serviço se depara com folha de papel constando os seguintes dizeres: “Proibida a entrada de pessoas estranhas”. A proibição causa evidente espécie a quem utiliza o serviço público, já que em princípio ninguém se considera “estranho” ou “normal” o suficiente para adentrar em uma repartição pública. O que em realidade quer dizer a proibição? Qual a sua extensão? A quem se destina? Por que a sua linguagem não é precisa e objetiva ao ponto de delimitar tanto quem seriam os “estranhos”, como especificamente quem não o seria? Haveria uma forma, ou metodologia para delimitar o real sentido da palavra “estranhas”?

Outra situação: o Superior Tribunal de Justiça recentemente decidiu que, a despeito da informação contida no rótulo, cerveja sem álcool pode conter 0,5% de álcool. Conquanto o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, tenha considerado que “a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância às diretrizes do CDC”, a maioria dos Ministros da Quarta Turma, após voto-vista proferido pelo Ministro Raul Araújo, compreendeu que a regulamentação da Lei n.º. 8.918/94 admite que as cervejas com teor alcoólico igual ou inferior a 0,5% em volume sejam classificadas como “sem álcool” e deixem de apresentar no rótulo a advertência de que o produto contém álcool. Observou o voto vencedor que o Decreto n.º. 6.871/09, que regulamenta a Lei n.º. 8.918, disciplina, no inciso I do artigo 12, que as bebidas serão classificadas em não alcoólicas quando tiverem, a 20 graus Celsius, graduação alcoólica

³⁰¹ ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Tradução de Hernâni Donato. São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 1994, p. 31.

³⁰² Raciocínio baseado em casos. Para exame desta forma de raciocínio, vide, entre outros: COPI, Irving M., *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: editora Mestre Jou, 1968, p. 65.

até meio por cento em volume de álcool etílico potável, de modo que, acresço, estranhamente, a cerveja que contém álcool no mundo real, não o contém no âmbito jurídico³⁰³.

O que há de similar nos dois casos mencionados? Em ambos, foi necessário aclarar o que determinada expressão disciplinava: no primeiro, “pessoas estranhas” açambarca determinada categoria funcional; e no segundo, a expressão “cerveja sem álcool” também necessitou prévio esclarecimento a fim de que se pudesse resolver a problemática. Há, contudo, pequena, porém relevante diferença nas duas situações. Ao aludir ao que, ou quem, deveria ser considerado “estranho”, o intérprete caminhou na trilha de interpretações possíveis dentro de um mesmo significante, ao passo que ao compreender a possibilidade da existência de álcool em bebida tida como desprovida de álcool, o Relator aparentemente escolheu interpretação que se situa para além do feixe de possibilidades abrangidas pela expressão a ser interpretada. Seria isto possível? A resposta virá na sequência do trabalho.

Examinemos agora outras situações.

Anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º. 58/2009, conhecida como “Emenda dos Vereadores”, o Supremo Tribunal Federal se deparou, por ocasião do julgamento do RE n.º. 197.917/SP, em 2002, com discussão que envolvia o limite máximo de vereadores que deviam compor Câmara Municipal. A casuística envolvia o Município paulista de Mira Estrela, que havia fixado o número de 11 (onze) vereadores para a Câmara Municipal. À época, nos Tribunais prevalecia entendimento no sentido de que respeitada a margem máxima e mínima, os Municípios gozavam de autonomia para fixar o número máximo de parlamentares Municipais. Ocorre que tal autonomia – que efetivamente não se confunde com discricionariedade – ensejava algumas situações inusitadas, como, por exemplo, a existência de Municípios com pequena margem populacional e número exacerbado de representantes, o que foi reconhecido pelo Relator do feito, Ministro Maurício Corrêa, que, em voto preme de argumentos pragmático-consequencialistas³⁰⁴, aludiu, por exemplo, que haveria de se estabelecer uma limitação máxima, pois “há um verdadeiro escândalo por parte de alguns municípios, de algumas Câmaras de Vereadores, que extrapolam as regras do tolerável!”.

³⁰³ Íntegra da notícia pode ser encontrada em <http://www.rotajuridica.com.br/cerveja-nao-alcoolica-pode-ter-ate-05-de-alcool-decide-stj/>. Acesso em 27 abril de 2015. A íntegra do V. Acórdão, por outro lado, pode ser encontrada em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201185323>. Acesso em 27 abril de 2015.

³⁰⁴ A expressão foi lançada mais no sentido de prático e menos no de pragmatismo epistemológico, que, efetivamente, comportaria grande discussão.

Pontuou, ainda, que “(...) Municípios de três mil habitantes, ou em torno disso, por exemplo, possuem quinze, dezesseis vereadores, e vai por aí.”³⁰⁵.

Algumas observações em relação ao caso: i) em primeiro lugar, inexistia à época base constitucional para a fixação exata do número de vereadores, o que inclusive levou o Relator a elaborar intrincado cálculo aritmético considerando a população real de um dado Município para deprender objetivamente o número de vereadores. Lembre-se que a Emenda Constitucional n.º. 58 sobreveio ao julgamento do caso, este em 2002 e a Emenda em 2009³⁰⁶; ii) para o preenchimento da reconhecida lacuna, o Supremo Tribunal Federal se valeu tanto de argumentos pragmático-consequencialistas, como cálculos elaborados a partir de normas que contribuiriam no sentido da compreensão da possibilidade de fixação do número máximo de vereadores. Anote-se que a fixação foi reconhecida como imperativa não como decorrência de malogro às normas constitucionais (que inexistiam), mas porque a aplicação da Constituição havia engendrado “verdadeiro escândalo”, nas palavras do Relator.

Observemos, agora, outra situação: o Juízo da 14ª Vara do Trabalho do Distrito Federal determinou que nos ônibus de determinada empresa fossem instalados, em 120 (cento e vinte) dias, aparelhos de ar-condicionado, direção hidráulica, câmbio automático e motor traseiro. O Ministério Público do Trabalho, Autor da ação, argumentou que após estudos sobre as condições de trabalho de motoristas e cobradores no Distrito Federal levados a cabo desde 2004, as alterações faziam-se necessárias, o que levou o Poder Judiciário a compreender que, mesmo à míngua de legislação tratando do assunto, deveria ser considerada, com nota de preponderância, a qualidade de vida dos trabalhadores, ainda que o cumprimento da ordem pudesse acarretar dano de natureza econômica imediata às empresas. Na decisão ainda ficou estabelecido que o descumprimento acarretaria a incidência de multa no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais) por dia, fixando-se dano moral coletivo em R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) a reverter em prol do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)³⁰⁷.

Diante do exemplo, possível perceber que a falta de legislação não constituiu óbice a que obrigação de fazer fosse fixada, com consequências econômicas deveras relevantes,

³⁰⁵ A descrição do caso pode ser encontrada em <http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>. Acesso em 29 abril de 2015. No voto, mencionou-se que, por exemplo, a Câmara dos Vereadores de Hortolândia que, com quase 116.000 habitantes, teria 11 vereadores; São Manuel e Guarulhos, respectivamente com quase 39.000 e um milhão de habitantes, teriam, ambos, 21 vereadores. O voto, na íntegra, pode ser encontrado em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em 05 maio de 2015.

³⁰⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm. Acesso em 05 maio de 2015.

³⁰⁷ Íntegra do caso disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mar-21/decisao-exige-ar-condicionado-cambio-automatico-motor-traseiro-onibus>. Acesso em 29 abril de 2015.

inclusive quanto ao descumprimento, baseando-se sobremaneira em elementos também pragmático-consequencialistas, na hipótese conjugados com disposições jurídicas que salvaguardam a saúde das categorias envolvidas.

A alusão aos casos supramencionados não tem o condão de crítica ou aplauso, senão apenas o *telos* de investigação acerca da metodologia utilizada para o preenchimento das lacunas constatadas. Nos dois primeiros casos, efetivamente existia disciplina a respeito das celeumas tratadas, mas, de qualquer sorte, a solução não prescindia de algo a mais, de eliminação da problemática da definição, ou aclaração, de determinado termo ou expressão utilizada na legislação. Nas demais hipóteses aludidas, contudo, sequer existia embasamento normativo, constitucional ou infraconstitucional, a apontar no sentido do direcionamento da decisão, o que não consubstanciou empeço a que a testilha fosse resolvida.

Aliás, neste ponto, interessante observar que Manuel Atienza há muito já sustenta que o direito entendido como argumentação não pode mesmo prescindir de sua faceta formal, consistente na solução de problemas lógicos ou matemáticos; material, correlacionada com a utilização de algum argumento, não necessariamente dedutivo; e pragmática, em que dados empíricos, técnico-científicos, da atualidade ou de qualquer forma relacionados à razão prática venham à tona, podendo representar elementos primordiais de resolução de determinado litígio³⁰⁸.

Esta vertente também foi explorada por Neil MacCormick, como aludido no capítulo anterior, na especial vertente da argumentação consequencialista, que, situada na justificação de segunda ordem, pode vir a consubstanciar o amparo final da argumentação racional à decisão judicial, isto é, a pedra de toque entre o direito e o mundo dos fatos, vistos sob a óptica do operador do direito que não pode se furtar a resolver a controvérsia, ainda que para tanto tenha que ou aclarar significantes nebulosos, ou construir (ou revelar) passagens normativas que liguem o universo de fatos ao universo de soluções, parafraseando Alchourrón e Bulygin, cuja obra será exposta mais adiante.

O presente capítulo, portanto, objetiva investigar de maneira mais aprofundada a existência de lacunas, a (im)possibilidade de sua existência, a depender do posicionamento teórico que se venha a adotar; classificações e delimitações de lacunas axiológicas e normativas; vertentes teóricas afetas às possíveis soluções para colmatação; e, por fim, se o direito posto

³⁰⁸ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación**. Barcelona: Editorial Ariel, 2012, p. 80-87. A ideia foi também exposta por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, em “Las piezas del derecho”. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Jaun. **Las piezas del Derecho – Teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 2007.

viabiliza alguma solução, ainda que plausível; ou revela-se insuficiente para tanto. Uma vez tendo sido ofertada metodologia possível para o preenchimento de lacunas com base em vertentes lógicas e argumentativas, tal como exposto no capítulo anterior, necessário agora que se fixem alguns alicerces dogmáticos no terreno em que se desenvolve o trabalho, a fim de que em capítulo posterior se possa então alinhar e testar as propostas afetas à colmatação.

Vejamos, no entanto, algumas distinções prévias que ora se fazem necessárias ao desenvolvimento do trabalho. Não se trata de definir, por ora, o que seriam lacunas e quais suas classificações, senão do que não se tratam.

Daniel Sarmento, em trabalho intitulado “As lacunas Constitucionais e sua integração”, observa que não se pode confundir as lacunas no âmbito constitucional com situações diversas, como a reserva de Constituição e o silêncio eloquente³⁰⁹. Partindo da compreensão de que a Constituição é uma norma fragmentária que não trata de todos os temas, acentua que não se pode falar em lacunas sempre que a Constituição deixe de versar sobre determinada situação. Com efeito, sob a sua óptica, o Poder Constituinte pode ter preferido, ao silenciar-se, simplesmente relegar o exame da temática ao legislador ordinário, infraconstitucional; opção legítima do Constituinte cuja *ratio*, todavia, não pode ser aplicada no contexto do silêncio eloquente, vale dizer, quando, estando a matéria afeta ao quadrante Constitucional, ainda assim não encontra guarida expressa no campo normativo esquadrihado pela Lei Maior. Em casos tais, verifica-se a lacuna que demanda solução pelo intérprete³¹⁰.

Sarmiento também visualiza a possibilidade de lacuna na Constituição quando se fizer candente situação extraordinária, exemplificando com caso aludido por Chaim Perelman em que, ocupada a Bélgica pela Alemanha durante a Primeira Guerra Mundial, o Rei legislava por decretos-leis, “o que não era permitido pela Constituição, que determinava o exercício do poder legislativo pelo Senado, Câmara de Representantes e pelo monarca, em conjunto”. Ao final do período de crise, a Corte de Cassação, reconhecendo a excepcionalidade e efemeridade da situação, reputou válidas as ordens legislativas monárquicas, ainda que à falta de permissivo Constitucional³¹¹. Destaca o Autor, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem dificuldades tanto em admitir a existência de lacunas na Constituição, como em afastá-las de situações similares. Como exemplo, relembra o julgamento do caso em que discutidas as exigências profissionais para a nomeação de advogados para o exercício da função de juiz de

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. As lacunas Constitucionais e sua integração. In: **REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**. Vitória, n. 12, jul./dez. 2012, p. 29-58.

³¹⁰ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 32-33.

³¹¹ *Idem*, p. 33.

Tribunal Regional Eleitoral, tendo a Corte Suprema, reconhecendo que o artigo 120, inciso III não menciona a Justiça Eleitoral, identificado lacuna no ambiente da Constituição e não hipótese de silêncio eloquente, colmatando-a no sentido de autorizar, por meio do recurso à analogia, a exigência dos mesmos requisitos previstos expressamente na Carta³¹².

Em momento posterior já ao da delimitação, distingue a integração das lacunas da interpretação construtiva da Constituição, que se verifica com a adoção de postura “mais ousada” frente aos litígios, frequentemente gerando posicionamentos construtivos pelo Poder Judiciário, situados para além de situações previstas³¹³. Por fim, ademais da integração, visualiza na analogia de normas constitucionais, nos costumes constitucionais, na convenção e na equidade constitucional formas de preenchimento de lacunas reconhecidas como tais³¹⁴.

A proposta de Sarmiento é bem interessante sob o aspecto não apenas do reconhecimento da existência de lacunas pelo Excelso Pretório, como também pela diferenciação que empreende entre institutos similares e, ainda, a forma de integração por intermédio de metodologia que, primando pela Supremacia da Constituição, não relegue ao desdém a situação fática desprovida de embasamento jurídico-constitucional para a solução correspondente.

Conquanto a proposta de Daniel Sarmiento destaque especificamente a existência de lacunas no âmbito da Constituição, independentemente do veículo normativo em que se situe, há que se reconhecer a existência de ao menos duas espécies do gênero lacunas: i) a lacuna axiológica, em que se verifica a existência de norma disciplinando o assunto, tendo o intérprete que delimitar o alcance de determinada(s) expressão(ões), como se viu nos dois exemplos inicialmente tratados neste capítulo (“pessoas estranhas” e “cerveja sem álcool”); e ii) ausência de norma a reger a temática, como observado nos casos do número de vereadores em Câmaras Municipais e da instalação de ar condicionado e equipamentos conexos em ônibus³¹⁵.

Tratando especificamente das lacunas axiológicas, Ricardo Guastini, em texto intitulado “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas y interpretación”, apresenta, sob o ponto de vista da teoria geral do direito,

³¹² *Ibidem*, p. 33-34. O Autor faz referência ao julgamento do RMS 24334/PB, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 26.8.2005. Íntegra do caso disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116086>. Acesso em 05 maio de 2015.

³¹³ *Ibidem*, p. 34-36.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 36-48.

³¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000; MANERO, Juan Ruiz. **Algumas Concepções de Direito e suas Lacunas**. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n61p31/17276> . Acesso em 07 maio 2015; SILVA, Osmar Vieira da. **As lacunas axiológicas**. REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano II - nº 2. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-15.pdf . Acesso em 07 maio de 2015.

conclusões interessantes a explorar³¹⁶. Após exemplificar iterativos casos de lacunas que reputa axiológicas, isto é, aquelas em que, embora de maneira axiologicamente inadequada, um fato está regulado por uma norma, porque o legislador não teve em conta alguma distinção, por não tê-la previsto³¹⁷, assinala as seguintes conclusões: a) os conceitos de lacunas axiológicas e derrotabilidade não pertencem à teoria dos sistemas normativos, mas à teoria da interpretação; b) derrotabilidade e lacunas axiológicas são duas faces da mesma moeda (a “derrota” produz a lacuna); c) lacuna axiológica pertence ao que denomina “metajurisprudência”, ou seja, a análise lógica do discurso dos juízes; d) uma lacuna pode ser considerada normativa ou axiológica dependendo do ponto de vista interpretativo; e) ambas as espécies de lacunas são resultados de interpretações restritivas; e o rechaço da interpretação literal consubstancia o exercício de uma ideologia política manifestada pela decisão judicial; a lacuna será visualizada por intermédio da técnica da dissociação, que consiste em introduzir classe ou classes de exceções à regra, de modo a sugerir que tais exceções não possam ser substancialmente tratadas de forma diversa à regra em si; f) derrotabilidade não é uma peculiaridade dos princípios, de sorte que a lacuna pode ocorrer tanto com princípios, como com regras; g) derrotabilidade e lacunas dependem de valoração. Assim, são subjetivas e dependentes da dogmática e de suas teorias. Como consequência das conclusões, assinala que a derrotabilidade, assim como as lacunas, não está na norma, mas na atitude do intérprete³¹⁸.

Observemos algumas das conclusões mais de perto. Em primeiro lugar, o Autor desloca a existência de lacunas – e o seu contraponto: a derrotabilidade – da teoria das normas, para a teoria da interpretação, compreendendo, ao final de seu raciocínio, que, tratando-se de lacunas normativas ou axiológicas (similares, dependendo do ponto de vista interpretativo), a colmatação será necessariamente subjetiva e atrelada à forma de o intérprete posicionar a dogmática e teorias correlatas a fim de solucionar a casuística apresentada³¹⁹. Ademais, percebe na técnica da dissociação a forma de visualizar a existência de lacunas, pois, valendo-se da

³¹⁶ GUASTINI, Ricardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas y interpretación. In: DOXA. **CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**. N.º. 31, 2008, p. 143-155.

³¹⁷ GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 144.

³¹⁸ *Idem*, p. 149-154.

³¹⁹ Este não é o momento adequado para o estudo da derrotabilidade, o que demandaria um trabalho autônomo, mas uma observação – na verdade, mais uma perplexidade – não pode deixar de ser feita: se a derrotabilidade se situa no âmbito da teoria da interpretação, vale dizer, sendo identificada a partir de um ato interpretativo de quem trabalhe a norma, e não no quadrante da teoria da norma jurídica propriamente dita, então, como consequência, difícil resta sustentar a sua própria existência. Isso porque ao momento em que o intérprete identifica a derrotabilidade, também identificará, a partir de dissociação ou interpretação restritiva, o verdadeiro alcance do significado linguístico insito à norma e, portanto, a própria norma. Lapidando este significado, encontrará, em último grau, a própria norma e suas ramificações de significados e não a derrotabilidade, em verdade considerada como um dos significados possíveis. Quiçá em outra ocasião a questão poderá ser melhor desenvolvida.

interpretação literal e necessariamente restritiva, o operador do direito dimensionaria a norma ao quadrante que lhe pertence e, por conseguinte, a lacuna apareceria. Finalmente, pretende que a introdução de operações valorativas e pautas axiológicas consubstanciem mecanismo de fechamento do sistema, tanto no caso de lacunas axiológicas, como normativas.

No capítulo anterior, observou-se que a estrutura lógica/argumentativa da decisão judicial pode consistir na dinâmica adequada para o preenchimento das lacunas a partir de metodologia que tenha em sua base tanto elementos lógicos (principalmente *modus ponens* deôntico diádico e silogismo paraconsistente) como a abertura e sequencial fechamento do sistema por intermédio de módulos argumentativos que se prestem a identificar o “framework” social. Trabalha-se, pois, a partir de similar ponto de vista exposto por Guastini, qual seja o de que a lacuna e os fenômenos correlatos (como a derrotabilidade, na visão do Autor) representam mais uma questão de razão prática, ou seja, a forma como o operador interage dialeticamente (ou dialogicamente) com o sistema, do que propriamente uma pecha do sistema em si.

Esta conclusão ostenta a seguinte vantagem: identificando-se a lacuna para além do sistema, vale dizer, não como uma pecha ínsita ao ordenamento (que seria existente, porém incompleto), não haverá aparente sentido da discussão acerca do caráter hermético do sistema, controvérsia que há muito ocupa o espaço central de diversas obras filosófico-argumentativas³²⁰. Trata-se bem mais de investigar o comportamento dialético do intérprete frente ao ordenamento do que propriamente ter o sistema como pressuposto; e, a partir disto, verificar se existem e aonde se situam eventuais reticências normativas ou axiológicas. A hermenêutica, nesse ponto, ultrapassa o cognocitivism ético.

Observe-se, aliás, que alocando a existência de lacunas no comportamento do intérprete, também não haverá sentido da distinção entre regras e princípios, o que elimina, por igual, outra celeuma com a qual já se gastaram rios de tinta. Efetivamente, a consideração da existência de princípios e regras no sistema não garante a racionalidade e objetividade que se pode esperar da definição de significados linguísticos existentes no ordenamento. Nessa linha, Francisco Laporta sustenta, a partir da concepção de “contextos paramétricos” a retomada da compreensão legal como forma de estabilidade de comportamentos, isto é, baseando-se na filosofia do discurso prático³²¹. O parâmetro, para Laporta, seria obtido não da utilização de

³²⁰ Carlos Alchourrón; Eugênio Bulygin; Manuel Atienza; Juan Ruiz Manero; Juan Carlos Bayón; Jorge Rodríguez; Carlos Cossio, Sebastián Soler e Genaro Carrió são exemplos de Autores que trabalharam a temática.

³²¹ LAPORTA, Francisco J., **Imperio de la ley**. Edición digital a partir de Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 15-16, vol. I (1994), pp. 133-145. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/imperio-de-la-ley--reflexiones-sobre-un-punto-de-partida-de-el-as-daz-0/>. Acesso em 07 maio 2015. LAPORTA, Francisco J. **Imperio de la ley. Una visión actual**. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007.

princípios, ainda que oriundos de assumida conduta proativa do Poder Judiciário, senão da retomada do viés legal, isto é, da lei em sentido formal, capaz de estabilizar comportamentos e garantir – e aí vem o ponto de contato com a razão prática – comportamentos esperados pelos seus destinatários.

Note-se, contudo, que este deslocamento da existência de lacunas do sistema para a interação do sistema com o intérprete não é indene de críticas. Roberto Gargarella, criticando José Juan Moreso³²², sustenta, a propósito da falta de racionalidade que a aplicação de princípios acaba gerando, que existe um limite (“coto vedado”) aos juízes a partir da própria concepção de direitos fundamentais; e a identificação deste limite partiria do ordenamento ao intérprete e não o contrário³²³. O “coto vedado” não se sujeitaria sequer à interpretação, o que afastaria a possibilidade de o juiz exercer uma conduta mais criativa do que subserviente ao ordenamento. Mas, seria isto possível?

Há, outrossim, quem empreenda uma análise mais lógica e menos apegada aos valores para aferição dos significantes do direito, tais como Alchourrón e Bulygin, em *Normative systems*³²⁴, apesar de que Bulygin, em resposta a Jorge L. Rodríguez, parece assumir alguma postura valorativa no âmbito do sistema dedutivo³²⁵.

Efetivamente, o deslocamento da existência de lacunas do sistema ao reduto hermenêutico do intérprete deve ser levado a cabo com cuidado para não se descambar para a teoria da indeterminação do direito, tal como apregoada pelos realistas mais radicais. Pertinente, nesse ponto, a crítica de Juan Antonio García Amado ao considerar que a interpretação pode se dar a partir de 03 (três) concepções: a) linguística, levando em conta os enunciados das normas

³²² MORESO, José Juan. **Derechos y justicia procesal imperfecta**. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), pp. 15-51. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-y-justicia-procesal-imperfecta/>. Acesso em 06 maio de 2015.

³²³ GARGARELLA, Roberto A.. **Los Jueces frente al “coto vedado”**. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1 (2000), pp. 53-64. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-frente-al-coto-vedado/>. Acesso em 06 maio de 2015.

³²⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.

³²⁵ RODRÍGUEZ, Jorge L. Un breve balance de la teoría de los sistemas normativos. *In*: MORESO, José Juan; REDONDO, María Cristina. **Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 81-88. Neste texto, Rodríguez propõe, com apoio em Joseph Raz, que o critério dedutivo não dá conta de um sistema dinâmico, mas apenas estático e, por isso, a razão prática deve assumir postura de realce na compreensão dos sistemas jurídicos e, em especial, na teoria das normas. Bulygin, em resposta posterior, salientou que não vê essa limitação ao sistema dedutivo, mas que a dinâmica seria complementar à dedução em si. Deste ponto de vista, parece ser possível compreender que Bulygin parece abrir o sistema outrora idealizado em *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, para valores que, no âmbito da dedução, poderiam tornar o sistema dinâmico. BULYGIN, Eugênio. Jorge L. Rodríguez sobre la teoría de los sistemas normativos. *In*: MORESO, José Juan; REDONDO, María Cristina. **Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 189-192.

para aplicação; b) intencionalista: as normas são apenas a base a partir da qual se encontram os significados existentes das normas; e c) axiológica, tendo como linha de base os valores ínsitos ao sistema; e que, dependendo do viés que se adote e da forma como se externe a decisão, encontrar-se-á arbitrariedade disfarçada de argumentação³²⁶. A propósito disto, contudo, Guastini oferece com a técnica da dissociação uma forma de afinar o raciocínio do intérprete ao sistema, a partir do próprio sistema. Há, decerto, algo de positivismo inclusivo nessa visão, trabalhando-se com valores a partir de critérios de razão prática. Examinemos como tal se desenvolve, explorando principalmente o arcabouço teórico idealizado por Schauer e Raz.

b. As lacunas e a razão prática: haverá um sistema completo e hermético?

Uma auspiciosa forma de ver as lacunas encontra-se na teoria propugnada tanto por Frederick Schauer³²⁷, como por Joseph Raz³²⁸, que, conquanto partam de diversos pressupostos teóricos, enxergam na ação humana a justificação racional para a tomada de decisões baseadas em regras/razões. Analisemos as teorias mencionadas a fim de verificar se e em que medida, a partir das regras e razões para ação, auxiliam na solução das lacunas, axiológicas e normativas.

b.1. Frederick Schauer.

Ao decompor a regra em estrutura características e partes integrantes (figurando como componentes da regra: predicado fático hipotético e consequente = operador deôntico desnudo, isto é, estabelecimento de obrigação, permissão ou proibição) e empreender distinção entre ordem e regra (a ordem é particular e a regra depende de uma totalidade), Schauer reconhece que as regras trabalham com generalizações, de modo que, conquanto existam núcleos de significados claros, isso não se verifica em todos os casos e tampouco pode ser considerado nas hipóteses de termos linguísticos técnicos. Impõe-se observar, todavia, a justificativa da regra e não apenas a sua aplicação literal³²⁹.

³²⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La Interpretación Constitucional. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 2. FEBRERO 2004. Também diretamente tratando do assunto: (DE LORA DELTORO, P., La interpretación originalista de la Constitución. Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; BORK, R.H., The Tempting of America. The Political Seduction of the Law, The Free Press, Nueva York, 1990, p. 352.); HECK, Philippe. **El problema de la creación del derecho**. Traducción de Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares S.l., 1999; SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Bragança Paulista/Petrópolis: Editora Universitária São Francisco/ Editora Vozes, 2012.

³²⁷ Em especial em: SCHAUER, Friedrich. **Las reglas en juego. Las reglas en juego - un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana**. Traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

³²⁸ Em especial em: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³²⁹ SCHAUER, Friedrich, *op. cit.*, p. 88.

Como consequência desta visualização da aplicação das regras que, por um lado generalizam, por outro entrincheiram situações revelando âmbito de aplicação que não pode ser alterado, o Autor salienta que necessariamente há de se considerar a justificação subjacente das regras como forma de preencher o seu caráter sub-ótimo, permitindo, como consequência, a estabilidade, isto é, a perpetuação do sistema. Para tanto, lança mão do conceito de sub-inclusão e super-inclusão: naquela hipótese, há algo que a regra não prevê, mas pode ser aplicado no seu contexto, a exemplo da regra que prevê a impossibilidade de cachorros entrarem em restaurantes, o que não se aplica aos cães-guia, de cegos, porque se presumem que estes sejam treinados e comportados; nesta, ocorre o contrário, como, *verbi gratia*, observando-se que a regra que não permite cachorros em restaurante nada disciplina acerca de crianças absolutamente malcomportadas³³⁰.

A tese do Autor, portanto, com a qual, aliás, coincide a proposta deste trabalho, é a de que as regras figuram como ponto de partida. Diante de uma ausência de certeza semântica, deve-se indagar qual a justificação subjacente da regra, o que decorre da correlação entre a formulação semântica da regra e a divergência extensional³³¹. Se ainda persistir dúvida, deve-se perquirir a justificação de segunda ordem³³².

Assim, o sujeito considera o elemento decisor da regra, mas o adapta às situações particulares³³³. Existem, dessa forma, núcleos de significados claros das regras, embora isso não se verifique em todos os casos e tampouco possa ser considerado nas hipóteses de termos linguísticos técnicos. Impõe-se observar, na sua concepção, a justificativa da regra e não apenas a sua aplicação literal, de modo que a regra pode até prever uma exceção, mas terá que ser considerada ainda que se opte pela exceção. E mais: regra pode ser excepcionada por algo que se encontra fora ou além de si própria.

Este ponto é deveras interessante para a perspectiva explorada neste trabalho. Relembre-se no capítulo anterior toda a concepção de “framework” consistente na identificação da estrutura social não-visível a partir da qual o julgador obteria a sua legitimação para, no contexto do estudo ora desenvolvido, preencher lacunas axiológicas ou normativas. Outrossim, repise-se, com o amparo da lógica, o *modus ponens* deôntico diádico habilitando o provimento

³³⁰ *Idem*, p. 88-89.

³³¹ O conceito de equivalência extensional das regras, para o Autor, significa o alcance da regra. Por exemplo: primeira regra: menciona o nome de alunos de determinada turma; segunda regra: alude aos alunos (os mesmos da primeira regra) matriculados em determinada disciplina de determinado curso. O alcance das regras é o mesmo, de modo que elas apresentam idêntica equivalência extensional.

³³² *Ibidem*, p. 91.

³³³ Esse *iter* de tomada de decisão é aplicado às regras de comportamento, mas não naquelas de distribuição de competências ou poder, de acordo com Schauer.

decisório estatal a, a partir de mais de uma premissa, obter uma solução que consista em um argumento sólido, porém não trivial. Agora, com aporte na teoria preconizada por Frederick Schauer, em especial nesta porção em que compreende que a regra deve ser considerada mesmo que para se alcançar alguma exceção e, ainda, que a exceção pode se localizar em ambiente externo à norma, fecha-se o circuito da explanação anteriormente desenvolvida, credenciando tanto o “framework” como os aportes lógicos como inseridos no sistema, este a ser interpretado e não aprioristicamente apresentado ao intérprete.

À questão de valores, ponto nodal tanto no que concerne à teoria da interpretação, como da teoria da norma jurídica, Schauer propõe o positivismo presumido (ou presuntivo, conforme a tradução do termo original), de acordo com o qual as regras jurídicas se aplicam, mas a sua força não é absoluta e, diante de razões políticas, econômicas e morais, podem ser superadas. Note-se que esta superação é trabalhada indistintamente à existência de derrotabilidade ou lacunas. Necessário tão somente que exista uma regra e, se for o caso, razões externas que justifiquem a sua superação, o que abre o flanco teórico para, de um lado, legitimar a existência de lacunas e sua superação tão somente como parte de um quebra-cabeças normativo contextualizado pelo intérprete; e, por outro, admitir que fatores externos possam consubstanciar relevantes razões a afastar regramentos postos – ou delimitá-los – no cerne do sistema.

Schauer observa que todos os procedimentos decisórios são passíveis de erros. O resultado da regra pode ser distinto do resultado oriundo da sua justificação subjacente, mas, uma vez alcançada a interpretação da regra em si, ter-se-á o que denomina “virtude silenciosa das regras”: simplificação das vidas das pessoas, que, não precisando se preocupar com aspectos já definidos pelas regras, podem dedicar seu tempo a outras coisas.

Conquanto Schauer ofereça procedimento de tomada de decisões que congloba a razão prática à teoria das normas, não parece, ainda assim, que os conceitos de super e sub-inclusão racionalizem a questão que ainda se revela pendente, qual seja, a metodologia para colmatação de lacunas, axiológicas e normativas. Para lidar com lacunas, sugere, pode-se utilizar o enfoque interpretativo ou legislativo. No primeiro, o intérprete pode considerar todos os enfoques relevantes, já que o sistema não oferece soluções (o intérprete tem mais liberdade); no segundo, deve-se procurar a solução que melhor desenvolva o sistema em si. Em ambos os casos, ressaltado, não se percebe interface, a partir de significados linguísticos, das razões políticas, econômicas e morais às regras, garantindo ora a sua superação, ora sua reafirmação.

Uma possível conexão neste vazio – lacunoso – do pensamento de Schauer seria o método axiomático identificado por Ferrajoli para racionalização da linguagem jurídica. Segundo Ferrajoli, o método axiomático pretende alcançar justamente a univocidade e a precisão da linguagem teórica, cujo rigor semântico, conforme reconhece expressamente Salvatore Senese, falta na linguagem usada pelos operadores, na qual os termos “formados através de una tradición plurisecular, [...] se presentan como fuertemente imprecisos y polisémicos”, do que resultam conceitos ambíguos ou indeterminados que deixam espaço para a atividade subjetiva do intérprete. Por outro lado, aproveitando os comentários de Mauro Palma – no sentido de que sistemas formalizados são coerentes, mas incompletos - , Ferrajoli destaca que tal característica faz com que a teoria axiomatizada do direito esteja sempre aberta para desenvolvimentos posteriores, através da modificação, substituição e aperfeiçoamento de seus postulados e definições³³⁴. Ferrajoli, todavia, não considera acertada a conexão entre direito e moral, o que deixa pendente justamente a questão da interface proposta, mas não resolvida, por Schauer.

Vejamos, portanto, se este ponto nodal encontra seu desate em Joseph Raz, Autor eminentemente positiva exclusivo.

b.2. Joseph Raz.

Em sua obra “Razão prática e normas”³³⁵, Joseph Raz apresenta modelo de discurso prático baseado principalmente em razões, compreendidas como operativas, auxiliares, excludentes e conclusivas que determinam, a partir de uma perspectiva prática, a observância da norma e a ação desempenhada pelo seu destinatário. Nesse momento não serão apresentadas todas as características do modelo proposto, mas somente aquelas que permitam contrastar a sua compreensão com a proposta teórica do presente trabalho; vale dizer, os aspectos das

³³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoria del Diritto e della Democrazia**. Disponível em: <file:///C:/Users/lfgo/Downloads/58206317-Luigi-Ferrajoli-Principia-Iuris-Teoria-del-diritto-e-della-democrazia-La-sintassi-del-diritto.pdf> . Acesso em 24 junho de 2015.

³³⁵ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Outras referências correlatas nas principais referências do Autor: “El problema de la naturaleza del derecho”, “Por qué interpretar?” e “La intención en la interpretación” e, claro, Razão Prática e normas. RAZ, Joseph. **El problema de la naturaliza del derecho**, en Gottorm, Flýistad (Ed.), *Contemporary Philosophy*. Vol. 3. *Philosophy of Action*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers BV, 1983; reimpresso em *University of Western Ontario Law Review*, Vol. 21, Núm. 2, diciembre 1983, pp. 203-218. Disponível em: [file:///C:/Users/lfgo/Downloads/el-problema-de-la-naturaleza-del-derecho-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lfgo/Downloads/el-problema-de-la-naturaleza-del-derecho-0%20(1).pdf). Acesso em 03 jun. 2015; RAZ, Joseph. **¿Por qué Interpretar?**. Disponível em: [file:///C:/Users/lfgo/Downloads/por-qu-interpretar-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lfgo/Downloads/por-qu-interpretar-0%20(1).pdf). Acesso em 03 junho de 2015; RAZ, Joseph. **“La Intention in Interpretation” em Robert P. George (ed.), The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism**, Oxford, Oxford University Press, 1966, pp. 246-286. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141960.pdf>. Acesso em 03 junho de 2015.

normas permissivas e autorizantes; e a compreensão dos sistemas normativos, com especial atenção para os órgãos primários e a sua função na solução de conflitos.

No capítulo terceiro da obra supramencionada, Raz salienta que o termo permissões comporta diversas acepções, mas o que as caracteriza é o fato de que não há razões pró ou contra a realização de determinado ato, ou que tais razões se contrabalançam perfeitamente. O que define a ação é a própria vontade da pessoa. Há, pois, autonomia jurídica e moral para realizar uma ação ou dela se abster³³⁶. Estas são, na forma como alguns filósofos caracterizam, permissões fracas. As permissões fortes, de outro turno, revelam-se quando “(...) se diz que uma ação é fortemente permitida apenas se o fato de ser permitida decorrer de uma norma”³³⁷.

A importância da distinção passa pela verificação de lacunas na lei³³⁸, mas, para o Autor, tal distinção não tem sentido, sendo precipitado especular sobre as motivações filosóficas das pessoas. Nessa linha, sugere que a permissão pode ser considerada sob a feição excludente, isto é, como sendo baseada em normas que conferem poder, o que as difere de todas as permissões fracas e, ao mesmo tempo, as atrela às razões excludentes. Pondera que a permissão baseada em razões excludentes pode ser considerada uma permissão forte, uma vez que é considerada baseada em razões e não apenas na ausência delas.

A permissão excludente, contudo, difere em parte das razões excludentes, pois não preveem que as razões excluídas devam ser desconsideradas, dando apenas a alguém o direito de fazê-lo³³⁹. Raz destaca que as normas permissivas apresentam a mesma estrutura das normas impositivas, de conteúdo, afirmando que determinados sujeitos da norma possuem uma permissão excludente para realizar o ato por ela previsto quando as condições de aplicação se mantêm. Diferenciam-se das normas impositivas apenas quanto ao operador deôntico, já que o operador da permissão excludente substitui o do ‘dever’ excludente juntamente com um ‘dever’ de primeira ordem que aparece no conteúdo de normas impositivas.³⁴⁰ Ostentam, contudo, uma terceira dimensão, consistente em transformar em permitido um ato que não o era até então. Tanto as permissões fracas quanto as excludentes podem ser concedidas. Pode-se conceder uma

³³⁶ “(...) As sentenças de permissão também são utilizadas para afirmar que, no que diz respeito às suas obrigações, ou do ponto de vista moral ou jurídico, a pessoa está livre para realizar a ação ou para se abster de realizá-la. Essas afirmações equivalem a dizer que uma pessoa não tem obrigação nem de realizar, nem de abster-se da ação, ou que nem a lei nem a moral exigem que ela realize ou se abstenha de realizar a ação.” RAZ, Joseph, *op. cit.*, p. 82.

³³⁷ *Idem*, p. 82.

³³⁸ “(...) Por exemplo, se uma norma que impõe um dever é revogada, isto presumivelmente não implica que a lei agora contém uma lacuna adicional, mas pode significar que um legislador inferior possa agir e regular a conduta que era objeto da lei revogada”. *Ibidem*, p. 83.

³³⁹ “Eu ajo contra a razão se eu não desconsidero razões excluídas por uma razão excludente, mas não ajo contra a razão quando ajo sobre razões pelas quais tenho apenas permissão para desconsiderar.” *Ibidem*, p. 85

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 92.

permissão fraca quando é possível alterar as razões contrárias a uma ação, de forma que a omissão desta ação não seja mais exigida³⁴¹. A permissão excludente, nessa hipótese, autoriza que se desconsidere os interesses daquele que a concedeu.

O conceito de permissão para Raz somente faz sentido se contextualizado com a sua visão de sistemas normativos. Assim é que no capítulo quarto da obra supra-aludida, Raz trabalha a existência de diversos sistemas normativos, o que, aliás, também desenvolveu em seu livro “O conceito de sistema jurídico”³⁴². Salientando que o fato de que várias regras se aplicarem ou serem seguidas pelas mesmas pessoas não representa um indicativo de qualquer relação normativa entre tais regras (já que podem ser completamente independentes umas das outras no que se refere às suas forças e a existência de qualquer uma delas pode não ter impacto sobre a atuação das outras), o Autor vislumbra quatro tipos de sistemas normativos: i) sistemas de normas interdependentes; ii) sistemas de validade compartilhada; iii) sistemas autônomos; iv) sistemas institucionalizados.

No que toca ao sistema de normas interdependentes, entende Raz que Searle deixou de traçar distinção viável entre regras impositivas e autorizantes. Observa que Searle explorou a noção de regras que regulam modos de conduta criados por elas mesmas, descurando-se de que uma norma pode exigir que uma pessoa use de determinado modo um poder concedido a ela por outra norma, além de poder permitir ou proibir o exercício de tal poder em certas circunstâncias. Pontua, ainda, que estar em conformidade ou violar uma norma impositiva pode estar entre as condições de aplicação de outras normas³⁴³.

Alude que termos como “doação”, “venda”, “testamento”, “contrato”, “propriedade”, “hipoteca” e “truste” aparecem na descrição de várias normas, algumas concedendo poderes para a aquisição de uma propriedade; outras conferindo poderes aos proprietários; outras, ainda, exigindo certas condutas dos proprietários ou lhes concedendo permissões excludentes; outras exigindo determinadas condutas das pessoas com relação aos proprietários e assim por diante. Conclui, pois, que se pode definir os sistemas de normas

³⁴¹ “(...) Já uma permissão excludente é concedida quanto o que ocorre não é a uma mudança das razões contrárias a uma determinada ação, mas antes a autorização para que elas sejam desconsideradas. O caso mais simples de permissão excludente é o de alguém que consente que outra pessoa realize uma ação prejudicial aos seus interesses.” *Ibidem*, p. 92.

³⁴² RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

³⁴³ “A conformidade com uma norma, por exemplo, pode ser definida em outra norma como a condição na qual um determinado funcionário público deve recompensar a pessoa que agiu conforme a primeira norma. Uma norma impositiva de punição pode impor deveres a qualquer pessoa que transgrida qualquer norma. Outra norma, ainda, pode conceder à polícia poder sobre as pessoas caso elas violem determinadas regras e assim por diante”. RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 108.

interdependentes como qualquer conjunto de normas que sejam internamente relacionadas³⁴⁴. A proposta, dessa forma, é que a imprecisão linguística seja encontrada a partir da interdependência entre normas figurantes no mesmo sistema.

Nos sistemas de validade compartilhada, Raz busca nas regras dos jogos as análises da teoria normativa, criticando a postura de alguns filósofos que enfatizaram semelhanças entre estes e outros tipos de regras. Postula a existência de diferenças entre regras que são aplicáveis aos jogos a despeito de algumas coincidências, entre elas o fato de que não há como em um jogo seguir apenas uma regra e não a totalidade delas.

A partir deste ponto, define sistemas normativos de validade compartilhada como sendo aqueles constituídos por normas que apenas são válidas para alguém que segue todas as normas – ou certo grupo específico delas.³⁴⁵

Em seguimento, trata dos sistemas normativos autônomos. Exemplificando com o objetivo de ganhar o jogo, a despeito da inexistência de normas impositivas para tanto (pois não há norma que imponha ao jogar vencer o jogo), o Autor distingue entre regras e objetivos. O objetivo de vencer não revela qualquer regra, senão apenas a pretensão do jogador. Vencer, todavia, não precisa ser considerado valor último, vez que podem existir diversos objetivos para o jogo (diversão, ou até incomodar alguém). É importante, porém, que todas as pessoas envolvidas de fato considerem os valores do jogo como valores em si.

A partir dessa descrição, Raz elabora distinção entre as regras de continuidade, as regras internamente relacionadas e as outras regras desse mesmo jogo. As primeiras garantem a continuidade do jogo; as segundas estabelecem as penalidades acaso a continuidade venha a ser prejudicada; e as terceiras a elas se correlacionam de maneira instrumental.

Por último neste tópico, salienta que os jogadores devem ser orientados pelos valores do próprio jogo. Uma vez que um jogo seja validamente governado por seus valores, suas regras dependem deles para serem válidas. Os jogadores devem cumprir várias regras enquanto jogam, sendo que nem todas elas são, necessariamente, regras do jogo. Apenas

³⁴⁴ RAZ, Joseph, *op. cit.*, p. 109.

³⁴⁵ (...) Uma norma pertence a um sistema normativo de validade compartilhada quando cada uma das normas deste sistema for válida para todos aqueles que estão sujeitos a ele se, e somente se, eles praticarem – ou tiverem a pretensão de praticar – todas as normas deste sistema. A propósito das regras de jogos, compreende que o conjunto das regras do xadrez fornece exemplo de três tipos de regras: a) regras autorizantes: pode ser exemplificada com a regra para movimentação da torre, ou do rei. Além de regular o que os jogadores podem fazer, garante a aplicação da regra de continuidade; b) Regra impositiva ou norma de continuidade: se refere e pressupõe as regras autorizantes (o jogador tem o dever de jogar em determinado tempo etc). A sua violação acarreta penalidade, inclusive podendo chegar à perda do jogo; c) Regras de força normativa indireta: não são normas, no sentido impositivo, autorizante ou permissivo. Sozinhas, não direcionam a qualquer comportamento (ex.: regras que determinam o número de jogadores, propriedades do tabuleiro, número de peças etc). *Idem*, p. 110.

aquelas cuja validade é estabelecida pelos valores do jogo são realmente regras daquele jogo. Assim, as regras de um jogo são suas regras de continuidade, suas regras impositivas cujas penalidades sejam relevantes para a realização dos valores e as outras regras internamente relacionadas a elas.³⁴⁶

Concebendo que os jogos podem ser considerados como sistemas normativos autônomos, o Autor, de certa forma e em que pese se alinhe ao positivismo exclusivista, auxilia na problemática da interface razão prática – linguagem – lacuna, já que ao salientar que os jogos, enquanto sistemas normativos autônomos, ostentam valores intrínsecos a si, insere limite ao signo linguístico explorado no âmbito da lacuna axiológica. No campo da lacuna normativa, contudo, a só identificação de valores inerentes ao próprio jogo enquanto sistema normativo não garante embasamento ou legitimidade à atuação do operador no sentido do preenchimento. Falta algo ao operador, o que será devidamente identificado no âmbito dos sistemas institucionalizados e, principalmente, na personificação do Poder Judiciário enquanto “instituições primárias” para dicção do direito, conceito a seguir explorado.

De todo modo, em ambas as concepções, o Autor situa **no** intérprete – e não **no** sistema – a opção pela tomada de decisão em relação às regras. Dito de outra forma e de maneira a correlacionar com o que se pretende sustentar neste trabalho: ao intérprete caberá, devidamente legitimado (principalmente enquanto instituição primária, consoante abaixo exposto) definir o elemento faltante na norma, seja delimitando o signo linguístico carente de grau de certeza em sua definição, seja ajustando a ausência de disciplina a determinada situação ao sistema em si; a opção é do intérprete, que estará legitimado a assim agir se e enquanto observe o “framework” social que extrai, sem intermediários, da sociedade e o trabalho por meio do *modus ponens* deôntico e da argumentação racional.

Neste ponto, as concepções de Schauer, ao visualizar uma razão subjacente à regra; e de Raz, ao inserir as razões em um sistema que as justifique e libere o Poder Judiciário a tomar a decisão final enquanto instituição primária, viabilizam o reconhecimento de arcabouço teórico apto a sustentar a linha ora desenvolvida.

Prossigamos com a exposição dos sistemas, na forma como visualizados por Raz.

b.2.1) Sistemas institucionalizados: observações introdutórias – Uma análise preliminar.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 118.

Já em momento inaugural da obra em foco, Raz limita o objeto de estudo às instituições cuja função é a de criar e aplicar normas. Assinala que as características dos sistemas jurídicos não lhe são exclusivas, podendo também ser encontrados em sistemas de origem comum e discricionariedade absoluta, adiante tratados.

Observa o Autor que o critério para definir se um sistema é jurídico é a lei de uma comunidade; “deve, portanto, incluir a condição de ele ser geralmente obedecido e ainda outras condições que afrouxem a exigência de que todas as normas do sistema sejam de fato praticadas.”³⁴⁷. A este respeito, relembra concepção de Hart ao sugerir que a condição adicional seja a de que ao menos os funcionários do sistema aceitem suas normas e conduzam seus comportamentos de acordo com elas.

Na sequência, passa a elencar os aspectos importantes dos sistemas institucionalizados. O primeiro é o de que possuam um critério que indique se são praticados ou vigoram, o que equivale ao fato de todas as normas serem praticadas e terem um peso considerável nas atividades dos funcionários e instituições. O segundo aspecto é que os sistemas institucionalizados – jurídicos ou conexos – “(...) possuam relação interna com as normas que estabelecem tanto as instituições que criam as normas como as que aplicam as normas.”³⁴⁸. Isso porque para todos os tipos de sistemas normativos, faz-se necessário um critério que determine quais normas pertencem ao sistema. O terceiro aspecto gira em torno de que a validade sistêmica das normas pertencentes aos sistemas seja condicionada ao fato de o sistema ser praticado: uma norma é válida quando aqueles a ela sujeitos devem endossá-la e segui-la; um sistema normativo é válido se suas normas o são. Ressalta, ademais, que a validade das normas inerente aos sistemas normativos deve se apoiar em razões completamente independentes do fato delas pertencerem a tais sistemas. Regras como proibição de homicídio ou validade de acordos são aceitas independentemente de pertencerem a algum sistema normativo. Um sistema normativo é sistematicamente válido se e somente se todas suas normas forem sistematicamente válidas em referência a ele, isto é, se forem válidas, porque, entre outras coisas, pertencem àquele sistema³⁴⁹.

Considerando que são as instituições que aplicam as normas – e não as que criam – que fornecem a chave para a concepção de um sistema institucionalizado, passa a apresentar as características das mencionadas instituições.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 122.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 123.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 124.

Raz procura definir os órgãos de aplicação pelas normas, em si, que estabelecem as instituições que lhes servem de base: “As instituições que aplicam as normas são, antes de mais nada, instituições normativas estabelecidas por normas, e é nessas normas que devemos buscar pistas para definir sua identidade.”³⁵⁰. São caracterizadas, portanto, pelo modo como cumprem suas funções e não pelas funções em si.

Aplicando tal concepção ao sistema jurídico, é possível perceber que todo ato realizado por um agente público caracterizado como a execução de um dever ou o exercício de um poder deve ser considerado como ato que aplica leis. Porém, a execução, em si, da lei não é capaz de distinguir um sistema como jurídico, pois uma Corte pode decidir e a execução ficar adstrita às partes. Da mesma maneira, forçoso convir que existem outros sistemas institucionalizados além dos jurídicos, como os sistemas que governam associações voluntárias, por exemplo.

Raz denomina “instituições primárias” aquelas que aplicam as normas, emitindo as declarações oficiais de situações normativas em conformidade com as normas preexistentes. Diferenciam-se daqueles órgãos que tratam da execução física da norma.

Importante destacar que a decisão oriunda de órgãos primários é, para Raz, vinculante ainda que esteja errada³⁵¹. Neste contexto, releva frisar que a questão sobre força vinculante só surge em relação às determinações criativas, vale dizer, aquelas que alteram a situação normativa. “Determinações criativas podem ser ou não vinculantes, mas não podem ser julgadas como corretas ou incorretas. O inverso é verdadeiro para as determinações de aplicação.”³⁵². Assim, uma determinação não pode ser vinculante e aplicar as normas ao mesmo tempo. Esta circunstância é de fundamental importância no tema das lacunas, em que ou se está lidando com aspectos valorativos de determinada expressão, ou com vazios normativos que necessariamente demandam a decisão criativa tratada por Raz. E, nesta perspectiva, considerar que o órgão primário poderá proferir decisão vinculante a respeito, em caráter definitivo, equivale a reconhecer que a atuação do juiz se dará, nestas situações, de maneira legitimada, porque embasada pelo próprio sistema.

Com base nestes aportes teóricos, o Autor define os órgãos primários como sendo instituições com o poder de determinar a situação normativa dos indivíduos específicos,

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 129.

³⁵¹ Assim o explicita: “Dizer que uma determinada aplicação é vinculante significa dizer que ela é vinculante mesmo que esteja errada, mesmo que ela seja uma aplicação inadequada da própria norma. Essa formulação aparentemente paradoxal esclarece a natureza e a função dos órgãos primários que aplicam as normas.”, *Ibidem*, p. 131.

³⁵² *Ibidem*, p. 132.

devendo exercer esse poder por meio da aplicação de normas preexistentes, sendo as suas decisões vinculantes ainda que se apresentem erradas.

A existência de órgãos primários não é, neste ponto de vista, um simples acréscimo ao sistema normativo. Ao contrário, sua introdução transforma radicalmente o próprio sistema, adicionando a dimensão da avaliação dotada de autoridade do comportamento.

Evidentemente, as pessoas também avaliam o comportamento com base nas normas de outros tipos de sistemas normativos, mas apenas os sistemas institucionalizados fornecem aos órgãos primários a função de avaliar o comportamento de forma autoritativa com base nas normas do sistema.³⁵³ A avaliação oficial do comportamento pelos órgãos primários, no entanto, deve coincidir com a orientação dada pelo sistema aos indivíduos comuns. Vinculação, neste aspecto, não se confunde com coercitividade; aquela, ambos, a instituição primária e o decisor particular, ostentam, ao passo que esta somente os órgãos primários são dotados.

A conclusão da compreensão do sistema institucionalizado e das razões excludentes é que “um sistema institucionalizado consiste em um conjunto de regras, sendo que algumas delas instituem órgãos primários e que todas devem ser obedecidas por esses órgãos para a exclusão de todas as outras razões conflitantes.”³⁵⁴ As Cortes, portanto, devem julgar os indivíduos de forma a tomar as exigências jurídicas como razões excludentes.

c. Schauer, Raz e lacunas – resenha crítica a partir da proposta deste trabalho.

Retomando a linha exposta no capítulo anterior, tem-se o seguinte itinerário para solução de lacunas: i) identificado o “framework” social, o juiz poderá, devidamente legitimado, direcionar o caminho da exegese que, sob o pálio da teoria da interpretação, virá a trilhar; ii) a utilização do aporte da lógica não clássica, em especial a lógica deôntica diádica, permitirá o direcionamento na escolha da solução, garantindo a obrigatoriedade ínsita ao dever-ser no campo normativo; e, por fim, iii) a lógica paraconsistente afastará qualquer risco de trivialidade, permitindo ao juiz trabalhar: iii.a) a variação de graus das expressões de textura aberta para preenchimento das lacunas axiológicas; e, iii.b) no campo das lacunas normativas, preenchê-las de acordo com o juízo descritivo que apresente consequências normativas.

A esquemática apresentada não responde, contudo, aos seguintes questionamentos: a) como haverá o juiz de identificar o “framework” social, esquadrihá-lo e delimitá-lo à suficiência, de sorte a que possa, com legitimidade, expor a concepção jurídica que virá a aplicar

³⁵³ *Ibidem*, p. 138.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 139.

no ambiente deôntico diádico e, se for o caso, paraconsistente; b) como a lógica deôntica diádica não descambará à simples lógica de preferências que, não-monotônica, poderá a ensejar subjetivismos exacerbados, casuísmos e decisões eminentemente *ad hoc*; c) como delimitar a variação de graus nas expressões de textura aberta; d) como delimitar o juízo descritivo que, de acordo com a metodologia apresentada, preencherá as lacunas ditas normativas?

Para responder adequadamente aos questionamentos propostos foram expostas, em breve escorço, as teorias preconizadas por Frederick Schauer e Joseph Raz que, repise-se, conquanto trabalhem sob o prisma de marcos teóricos e aportes dogmáticos diversos, caminham na mesma trilha, qual seja a filosofia da razão prática, a fim de explicar não somente o intrincado ambiente da teoria das normas, senão também – e talvez principalmente – a teoria da interpretação aplicada às normas.

Relembremos, pois, alguns conceitos expostos por Schauer e já descritos acima para, avançando, enfrentar alguns questionamentos. O Autor sustenta que as regras possuem justificativas subjacentes que devem ser *hic et nunc* consideradas, quer para aplicação literal do disposto no quadro normativo vigente, quer para afastá-la à vista de lacuna ou superação (derrotabilidade). Para tanto, utiliza-se da classificação de regras sub e super-inclusivas, pontuando que as regras podem abarcar situações em princípio não previstas, como o revés, isto é, deixar de açambarcar algumas casuísticas que devem ser adequadamente resolvidas.

Esta forma de conceituação das regras se baseia na teoria da interpretação e não propriamente na teoria das normas, eis que compreende que o material normativo haverá de ser visitado e revisitado pelo intérprete como forma de se chegar a uma solução que se compreenda adequada para fins de aplicação, ao final, do ordenamento vigente. Não se afasta a força cogente da regra, apenas a “filtrando” em momento prévio, atrelado à leitura que fará o intérprete do material objetivo. Isto quer dizer que o Autor, preocupando-se com o processo de tomada de decisão na vida (razão prática) e não apenas no direito, concebe o intérprete como ponto de partida da aferição da real vontade da regra e não o contrário, trazendo a regra ao centro. O movimento do intérprete perante a regra positiva é centrífugo, aberto ao sistema; e não centrípeto, fechando-se ao que já existe em termos de material legislado.

Esta concepção, de fora parte as críticas já expostas (e por ora consideradas superadas), auxilia na resposta ao primeiro questionamento, isto é, como haverá o juiz de identificar o “framework” social, esquadrihá-lo e delimitá-lo à suficiência, de sorte a que possa, com legitimidade, expor a concepção jurídica que virá a aplicar no ambiente deôntico diádico e, se for o caso, paraconsistente. A ideia de regras sub e super-inclusivas traz em seu

cerne a compreensão de que o ordenamento por si só não resolverá a casuística apresentada ao operador do direito. Diversamente de MacCormick ao afirmar que o movimento silogístico resolverá grande parte dos conflitos sem a necessidade de se apelar à justificativa de segunda ordem a fim de desenvolver argumentos baseados em coerência, coerção da justiça formal ou consequencialismo, Schauer é explícito ao salientar que as regras e suas razões subjacentes serão objeto de consideração, ainda que para aplicar uma exceção ou superar uma regra em prol de outra regra. Para assim fazê-lo, não parece que ao juiz restará outra opção senão aferir diretamente de algum ponto – não necessariamente normativo – a justificativa subjacente à regra para, uma vez identificada, poder aplicá-la seja para excepcionar a regra, seja para reafirmá-la. E mais: essa justificativa subjacente encontra na regra a sua limitação, delimitação e moldura, mas não é necessariamente, ao menos para Schauer, o ponto final da interpretação; aliás, repise-se que a interpretação é apriorística à regra.

Nesse preciso ponto da teoria sustentada por Schauer encontramos a resposta ao primeiro questionamento proposto. A justificativa subjacente contida na regra será o veículo por meio do qual se materializará o “framework” apregoado por Taylor; este “framework”, por sua vez, estará limitado, ao final, pelo regramento objetivo já consolidado, mas que, por sua vez, não será considerado o ponto final para se chegar a solução definitiva; e, de outro tanto, o juiz extrairá a legitimidade na identificação do “framework” a partir da existência da regra, já positivada e definitivamente posta no ordenamento como parte de um sistema institucionalizado e em vigor.

Dizendo de outra forma e em movimento distinto: o juiz empreenderá análise da regra (teoria da interpretação), identificando as suas razões subjacentes (a materialização do “framework”) e, a partir daí, visualizará os limites a partir dos quais poderá trabalhar com o material legislado sem descambar para subjetivismos, argumentos defeituosos, falaciosos ou eminentemente arbitrários; uma vez identificado o sentido da regra, coincidente ou não com a justificativa subjacente, já terá o juiz a legitimação social oriunda da identificação do “framework” para, com amparo nela, reafirmar ou superar o que está contido na regra; em reafirmando, ter-se-á a aplicação da regra, mas não a nível eminentemente formal, porém carregado de substância, já que a sua formulação positiva coincidirá com o “framework” que emana de sua justificativa subjacente; superando-a, porém, ter-se-á ora a derrotabilidade, ora a lacuna, manifestações diversas do mesmo fenômeno, que consiste tão somente em identificar o desacoplamento da justificativa subjacente da apresentação externa da regra, dando prevalência àquela em vista das peculiaridades ofertadas pela casuística posta à cura do operador do direito.

Nessas condições, a manifestação volitiva estatal estará prenhe de legitimidade, porém delimitada pelo conteúdo proposicional contido na regra, dela não podendo escapar ao fim e ao cabo sem uma razão apta a tanto. Encontra-se, portanto, a resposta ao primeiro questionamento.

Continuando, diante do enquadramento proposto, pergunta-se como a lógica deôntica diádica não poderá vir a descambar para a simples lógica de preferências apta a ensejar subjetivismos exacerbados, casuísmos, ou decisões eminentemente *ad hoc*.

A lógica deôntica diádica, relembre-se, tal como exposto por Von Wright em seu “Novo Sistema”, admite a existência de obrigações mutuamente contraditórias (à exceção das obrigações incondicionais), ademais da aplicação de um *modus ponens* deôntico³⁵⁵. A certa altura do trabalho, Schauer propõe que as regras ostentam função estabilizadora do sistema, garantindo tanto aos seus destinatários como ao sistema em si uma forma de visualização prospectiva de comportamentos que virão a ser adotados acaso observado o regramento posto. Sequer as justificativas subjacentes abalam esta compreensão, já que necessariamente deverão partir de uma regra posta, ainda que visualizada sua forma sub ou super-inclusiva (no exemplo do cachorro proibido de figurar no restaurante, estará evidentemente fora do quadrante sugerido pela regra, ainda que sob o aspecto sub ou super-inclusivo a proibição do consumo de bebida alcoólica por menores). Há, portanto, campos de aplicação diversos e atrelados, cada qual, a uma esfera normativa, sem que se revelem necessariamente coincidentes.

Raz, de certa forma, também vislumbra esta peculiaridade do ambiente normativo, ao expor a sua concepção de sistemas normativos interdependentes com base nas regras dos jogos. Preconiza que as regras deverão ter um ponto de partida comum, o jogo, mas não necessariamente se afigurarão atreladas umas às outras; ao contrário, terão objetivos e motivações distintas (por exemplo, as regras que delimitam o número de jogadores têm um propósito diverso daquela que impõe a derrota ao perdedor), embora gozem de dinâmica e propósito comum, qual seja, a disciplina do jogo. Ao jogador restará decidir se ingressa ou não no jogo, mas ao momento em que se decida a ingressar, terá de adequar-se a todas as regras existentes, independentemente do propósito específico de cada qual.

Trazendo este ensinamento para a contextualização ora apresentada, caberá ao intérprete decidir a partir do regramento posto, conquanto identifique variáveis que, em

³⁵⁵ VON WRIGHT, Georg Henrik. **A Note on Deontic Logic and Derived Obligations.** *Mind*, 65, p. 507-509, 1956; VON WRIGHT, Georg Henrik. **A New System of Deontic Logic.** *Danish Yearbook of Philosophy*, I, p. 173-182, 1964; VON WRIGHT, Georg Henrik. **A Correction to a New System of Deontic Logic.** *Danish Year Book of Philosophy*, 2, p. 103-107, 1965.

princípio, possam se revelar contraditórias; uma vez, porém, identificadas estas variáveis, deverá explicitar o motivo pelo qual opta por determinada via ao invés de outra; e, uma vez adotada determinada via, ter-se-á, em movimento lógico, a conclusão. *Ergo*: consolidada a tomada de decisão.

Observemos então esta perspectiva sob o aspecto da lógica deontica diádica: a regra será o ponto de partida; as justificativas subjacentes as diversas variáveis com as quais o intérprete poderá trabalhar; e a conclusão final a tomada de decisão que alinhará as possíveis variáveis à regra, com o resultado final consistente na tomada de decisão. Consideremos como exemplo o primeiro dos casos citados no início deste capítulo: “proibida a entrada de pessoas estranhas na repartição pública”. O problema desta regra é a delimitação de “pessoas estranhas”. Esta será, portanto, a regra que o intérprete tomará como ponto de partida; as possíveis variáveis são, entre outras que se pode eventualmente imaginar dentre esta mesma constelação de possibilidades: a) “pessoas estranhas” significa aqueles que não se situam no quadro de servidores daquela repartição; b) “pessoas estranhas” significa todas as pessoas que não são servidores públicos; c) “pessoas estranhas” significa os servidores públicos que, embora não estejam lotados naquela determinada repartição aonde se situa a placa, ainda assim são considerados servidores públicos; d) “pessoas estranhas” significa pessoas com algum defeito físico; e) “pessoas estranhas” significa pessoas com intelecto comprometido em decorrência de acidente ou interdição; f) “pessoas estranhas” significa tão somente pessoas muito feias.

A justificativa subjacente à regra é a de que deve ser evitada a entrada de pessoas que prejudiquem o trabalho desenvolvido naquela repartição pública, seja porque não guardam qualquer relação com o trabalho perpetrado, seja porque simplesmente em nada auxiliarão naquele particular. Com base nesta justificativa subjacente já se definirá o alcance das variáveis que, sob o aspecto deontico diádico, serão utilizadas para a construção do *modus ponens* deontico. E assim se afirma, porque situações que se revelem refratárias à justificativa subjacente simplesmente não estarão açambarcadas pela razão prática que definiu o advento daquela regra cujo enunciado se procura definir; ou, em outros termos, o “framework” social não estará presente na escolha de determinadas variáveis que não se compatibilizam com o mote central do regramento e, por isso, a sua eleição não estará dotada de qualquer legitimidade. Observe-se, aliás, que a inserção do operador em um sistema normativo pré-existente já impõe a escolha de variáveis cujo mote coincida com a justificativa subjacente, tal qual o jogador que escolhe entrar ou não no jogo, mas, uma vez tendo ingressado, não mais poderá sustentar a vitória com base em situações diversas daquelas previstas para tanto, como, por exemplo, que

foi a vontade de Deus, ou que, ungido por sabedoria universal, deve ser eleito vencedor, ou, ainda, que, com base no fato de que é o menor, ou o de idade mais avançada, é mais sábio e, por isso, deve ser tido como o vencedor. Estas regras até podem existir, mas, acaso assim se verifique, deverão estar em compatibilidade com o propósito do sistema e, nesse caso, deverão ser observadas; acaso contrário, sustentá-las seria o equivalente a tirar um coringa da manga em situação em que sequer cartas se está a jogar; e, assim o fazendo, não estará o jogador legitimado a sustentar a vitória, senão como forma de imposição ou de maneira eminentemente abusiva e arbitrária.

Assim, tendo em linha de conta a definição das variáveis em compatibilidade com a justificativa subjacente da regra, ter-se-á o alcance das premissas que poderão ser alocadas ao momento da construção do *modus ponens* sem que a escolha se veja atrelada à lógica das preferências e, portanto, de natureza subjetiva, abusiva ou arbitrária. No exemplo escolhido, *verbi gratia*, não se compatibilizam com a justificativa subjacente da regra a compreensão de “pessoas estranhas” como aquelas que ostentam algum defeito físico, intelectual, ou são simplesmente feias (aos olhos de quem, aliás...). Acaso utilizadas algumas dessas variáveis para compor o *modus ponens*, estará em paralelo o “framework”, porque não açambarcado pela margem de hipóteses contidas na justificativa subjacente que pertence ao regramento objetivo.

Plausíveis, no entanto, a consideração de que “pessoas estranhas” possam ser aqueles servidores que compõem a repartição, aqueles que não a compõem, ou, ainda, os servidores em geral. Ademais disso, pode-se cogitar de que do rol de “pessoas estranhas” sejam afastados aqueles que não se enquadram na categoria de servidores, mas sua presença na repartição auxiliará na boa execução dos serviços (como, por exemplo, um advogado presente na serventia judicial, que poderá fiscalizar o bom desenvolvimento do trabalho). Essa última hipótese representa uma variável que, em princípio, situa-se fora da justificativa subjacente, ou seja, aparentemente contraditória; mas um olhar mais atento revela justamente o contrário, isto é, que se enquadra perfeitamente no campo de variáveis aparentemente abrangidas pela regra e que, por isso, podem ser consideradas para fins de definição das hipóteses a serem inseridas no *modus ponens* deôntico.

Tem-se, assim, a resposta ao segundo questionamento: a lógica deôntica diádica não descambará para a lógica de preferências meramente subjetiva ou arbitrária por força da coincidência da escolha de variáveis ao campo previamente traçado pela regra e revelado pela sua justificativa subjacente.

Em prosseguimento, seria possível indagar: como delimitar a variação de graus nas expressões de textura aberta? Schauer, neste ponto, parece se entregar a certo subjetivismo ao cabo de sua construção teórica ao sustentar que regras jurídicas não poderão desconsiderar razões políticas, econômicas e morais e inclusive por estas poderão vir a ser superadas. Esta compreensão parece denotar momento axiológico ou deontológico que senão enfraquece a teoria preconizada pelo Autor em decorrência da ausência de limites objetivos e racionais, ao menos a contemporiza justamente no momento último da tomada de decisão, relegando a faceta jurídica a uma mera imposição “a menos que”, isto é, aplicável a menos que outras razões que se revelem mais importantes se afigurem candentes na casuística delineada.

Nesta particularidade, contudo, percebe-se não uma fraqueza da teoria de Schauer, mas, ao contrário, talvez o seu momento de maior força, já que por intermédio da abertura das regras para razões de outras esferas sociais permite o fechamento do sistema ainda no campo da teoria da interpretação. Explicando melhor: em momento algum o Autor menciona que as razões políticas, econômicas e morais prevalecerão se e quando em choque com as regras positivadas; a sua leitura é de que a interpretação das mencionadas razões (políticas, econômicas e morais) poderá prevalecer frente às regras jurídicas. Note-se: a interpretação das razões e não as razões em si. Esta nuance pode ser vista como truista, mas, em verdade, representa algo de fundamental na filosofia da razão prática, tanto sob o aspecto exposto por Schauer, como por Raz: a consideração de que a razão prática, ou seja, as regras inerentes ao comportamento humano prevalecem no momento da tomada de decisão e não, o que seria de se esperar em ambiente deontológico-valorativo, que determinadas razões valham por si e, por isso, devam ser *tout court* aplicadas, ainda que em afastamento a outras.

Esta diferenciação é fundamental e, porque apegada ao que se define em determinado marco temporal e espacial como a prevalência do melhor direito, permite à sociedade elencar seus padrões de vida e estruturas institucionais. O direito não haverá de ser considerado por si só, mas sim a serviço do social e a partir da leitura que dele se empreenda. Ao momento em que o Autor insere a leitura das razões às razões em si, postula que a sua superação esteja baseada não na melhor escolha, mas na escolha possível que se traduzirá, aí sim, na melhor escolha e no melhor direito. E quem o empreenderá? Qualquer um que se veja no processo de tomada de decisão, o que em sua teoria fica bem claro ao não se limitar às escolhas levadas à cabo pelos juízes.

Bem, e o que esse contexto importa para a variação de graus das expressões de textura aberta? Ao momento em que o decisor, por si só, empreende leitura não apenas de razões

jurídicas, senão também econômicas, sociais, políticas e morais a partir das quais poderá confrontar inclusive o regramento posto, superando-o eventualmente, parece que as expressões de textura aberta alcançarão o infinito em uma infindável gama de variações interdisciplinares possíveis. Novamente, contudo, equivocada a compreensão.

De fora parte quaisquer considerações afetas aos padrões de correção ou justeza, observe-se que Schauer, neste ponto coincidindo com Raz, parte de um ordenamento jurídico posto, a partir do qual existem regras que, em que pese ostentem caráter sub-ótimo de aplicação, objetivam estabilidade no que concerne à sua aplicação (o Autor denomina esta peculiaridade de “virtude silenciosa das regras”). Raz apregoa o mesmo, posicionando-se no sentido de que essa, inclusive, seria a função das instituições primárias, a quem caberia emitir posicionamento último acerca de determinado conflito e, ainda que erradas, as decisões teriam o condão de estabilizar o sistema, tornando-o previsível e capaz de salvaguardar decisões prévias e posteriores a serem tomadas pelos seus destinatários.

Bem por isso, as expressões de textura aberta não serão assim tão vagas quanto se poderia inicialmente pensar. Em primeiro momento, a definição das razões prevaletentes não será levada a cabo a todos os momentos, mas, a partir da oportunidade em que devidamente esquadrihadas pelos órgãos ou instituições primárias, tornar-se-ão parte estável do sistema, cuja superação será absolutamente excepcional e lastreada em eventos cuja especificidade reclamem a superação como única forma possível de solução de determinada celeuma (cogite-se, por exemplo, da decisão do caso *Abrams e Schenck Vs. EUA*, em que a liberdade de expressão foi relativizada em decorrência de especificidade que demandou, segundo a Corte Suprema dos EUA, a pontual assunção de determinado posicionamento, mas que não minorou o direito em si³⁵⁶). Em segundo momento, como acima delineado, existe um leque finito de variáveis a partir das quais uma expressão de textura aberta poderá ser trabalhada – de novo: “pessoas estranhas” não podem ser consideradas, ao menos no contexto das repartições públicas, como pessoas com deformação física, algum problema intelectual, ou simplesmente feias. E, em terceiro momento, a definição ultimada tanto por Schauer como por Raz não afasta, seja em quais âmbitos forem consideradas, a análise em si das razões, sejam econômicas, políticas, sociais, morais; para, ao final, compreender sob qual pálio interpretativo deverão ser aferidas. Assim é que, por exemplo, Raz apresenta diferenciação entre razões operativas, concludentes, autorizantes e excludentes em ordem a perquirir qual razão haverá de prevalecer

³⁵⁶ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 49-51.

em determinado ponto do discurso, isto é, qual a razão que, absorta no contexto, deverá ser aplicada.

Correlacionando esta última ponderação à regra da proibição da entrada de “pessoas estranhas” nas repartições públicas, tem-se que razões sanitárias poderão prevalecer acaso a mesma regra seja inserida em um laboratório, compreendidas aqui as “pessoas estranhas” como aquelas que não se inserem no contexto laboratorial e, por isso, poderão eventualmente trazer alguma contaminação a todo o local; razões religiosas e eventualmente morais poderão impedir o acesso de “pessoas estranhas” em locais destinados apenas aos iniciados em determinado credo ou seita; razões políticas, ou de segurança poderão impedir o acesso de “pessoas estranhas” no ambiente do cerimonial em que se encontrem determinados chefes de Estado etc.

Nesse ponto, portanto, a abertura postulada por Schauer à justificativa subjacente pode ser complementada com a postulação pelas razões prevalecentes propugnada por Raz, de sorte a conferir também limitação a uma expressão de textura aberta no âmbito das lacunas axiológicas. Ao final deste capítulo serão apresentadas, também neste mesmo quadrante de investigação, alguns elementos de lógica fuzzy que contribuirão também para a delimitação das expressões de textura aberta nas lacunas axiológicas e sua variação de graus admissíveis. Por ora, contudo, opta-se tão somente por indicar que este aporte teórico será apresentado, mas não desenvolvê-lo, para que não se perca o aporte que as teorias preconizadas por Schauer e Raz podem trazer ao estudo do trabalho ora em foco.

Dessa feita, com observações ora expostas, pretende-se ter respondido ao terceiro questionamento. A variação de graus nas expressões de textura aberta poderá ser delimitada: i) a partir de aspectos coerenciais já expostos outrora pelas instituições primárias e que, por imparcialidade argumentativas, deverão ser seguidos; ii) pelo alcance das expressões em si, já excluindo situações que não lhe apeterão em determinado contexto; iii) pela compreensão, de acordo com o contexto em que se inserirem, da razão que prevalecerá.

O último questionamento proposto se correlaciona mais com as lacunas normativas do que às axiológicas: como delimitar o juízo descritivo que, de acordo com a metodologia apresentada, preencherá as lacunas ditas normativas?

Esta indagação encontra uma primeira forma de solução na compreensão das instituições primárias sugerida por Raz, que, lembre-se, ostentam a prerrogativa de, com força cogente e ainda que estejam erradas, delinear quais as razões prevalecentes em determinado caso. Assim, as lacunas normativas seriam colmatadas se e quando expostas à análise perante estas instituições, que, por sua vez, emitiriam posicionamento vinculante que,

independentemente do grau de acerto, seriam consideradas definitivas e capazes de extinguir a problemática. Nos casos citados no início deste capítulo, tanto a definição do número de Parlamentares Municipais anteriormente ao advento de Emenda Constitucional que assim prevê, quanto a determinação de instalação de ar condicionado e outros aparelhos em ônibus com o fito de salvaguardar a saúde dos trabalhadores estariam legitimadas, eis que se traduzem na manifestação da instituição primária acerca de determinada testilha em que, diante da lacuna anunciada, demanda mesmo uma apreciação proativa e construtiva.

A este posicionamento externado, algumas indagações vêm à tona, contudo: a) ainda que acertada a proposta exposta por Raz, tal, no âmbito da filosofia da razão prática, não se revela suficiente a justificar todos os mecanismos de tomada de decisão na vida cotidiana, como pretende Schauer, limitando-se a resolver uma questão de lacuna normativa levada ao exame do aparelho institucional; b) como definir, ainda que sob o ponto de vista do sistema institucionalizado, o grau de acerto da decisão, já que o próprio Autor admite que a decisão vinculará ainda que esteja errada – o argumento a *contrario sensu* reclama, neste caso, pelo reconhecimento de um “certo”, já que se reconheceu a existência do “errado; c) o “certo”, ainda que reconhecido, demandaria graus, vale dizer, estaria aberto a discussões, ou se estaria propugnando por uma única resposta a ser traduzida, em momento declaratório, pela instituição primária?

Em réplica à primeira indagação, poderia ser argumentado que Raz apenas apresenta a noção e conceituação de instituições primárias no contexto do que denomina “sistema institucionalizado”, de sorte que não haveria sentido algum sustentar que a sua metodologia para solução de casos a partir de uma decisão emitida pela instituição primária encontra momento de reticência teórica no que concerne à tomada de decisões nos casos em geral verificados na vida cotidiana. Para tais situações, o Autor apresenta classificação de razões e, a partir do exame correspondente, informa qual ou quais devem prevalecer em determinado contexto.

Esta ponderação é em parte acertada ao observar que a função das instituições primárias de fato se desenvolve no contexto dos sistemas institucionalizados e não, por exemplo, no sistema de normas interdependentes, ou de validade compartilhada; mas, mesmo assim, peca por errônea ao não informar o motivo pelo qual também não seriam aplicadas estas mesmas premissas – a existência de uma instituição primária não necessariamente jurisdicional – em outros contextos diversos daquele inerente ao aparelho público. Evidentemente, esta consideração não tem o menor sentido acaso visualizada em paralelo aos casos judiciais, mas,

uma vez que nesses casos (não judiciais) seja possível identificar a aplicação das mesmas premissas que levam a, no ambiente judicial, a instituição primária a apresentar legitimamente sua manifestação volitiva para a resolução da celeuma, ter-se-á, com isso, a justificação faltante na metodologia exposta por Raz. Dito de outra forma para facilitar a compreensão: se, em primeiro momento se poderia pensar que as instituições primárias existem e desenvolvem suas tarefas apenas no sistema institucionalizado, em que emitem posicionamentos volitivos dotados de caráter vinculante, seria possível também verificar por que, ou como assim atuam, isto é, com base em quais premissas que, mesmo em meandros diversos, não jurisdicionais, autoriza-se a emissão de manifestações volitivas vinculantes.

E, nesse ponto, volta-se à Schauer e sua justificação subjacente das regras. Aliás, em outro nível, tem-se em Taylor e no “framework” social a explicação última tanto da atuação da instituição primária em ambiente institucionalizado, como da tomada de decisões na vida cotidiana. Com efeito, tanto a instituição primária como o decisor na vida cotidiana atuarão em movimento meramente declaratório ao identificar, ou melhor, descobrir (no sentido de retirar mesmo) as razões que levaram à tomada de determinada decisão. O caráter vinculante advirá não propriamente da natureza eventualmente institucionalizada em que se opera, mas da força das próprias razões que, delimitadas e expostas pelo decisor (aparelho jurisdicional ou não), consistirão na revelação do “framework” social com o qual se coadunam em determinado contexto; e, por isso, preencherão a lacuna faltante, eis que a razão prevalecente caberá na concepção social da resolução da celeuma apresentada. Nessa linha, nada haverá de se estranhar na decisão que, compreendendo fazer parte do “framework” social a prevalência da saúde do trabalhador, determine a instalação de aparelhos de ar condicionado em ônibus às expensas do empregador. Sob a mesma óptica, tampouco se poderá reputar inusitada a decisão do engenheiro que, à míngua de regulamentação legal, delibera no sentido de que o seu corpo deverá, após o falecimento, ser mantido congelado à espera de eventual cura oriunda de tratamentos médicos ainda não descobertos. Em ambos os casos, no primeiro a manifestação volitiva da instituição primária, no segundo uma tomada de decisão por um particular, a razão prática auxilia na escolha da razão que prevalecerá e o fará a partir da identificação da estrutura social por trás da decisão em si, considerado o contexto em que se aplica; e, ainda, o caráter cogente advirá da força vinculante da razão em si e não apenas do aparelho institucional em que inserido o decisor. Em ambos os casos, assim, ter-se-á no decisor manifestação declaratória, porém, vinculante, motivo pelo qual, no primeiro caso, transitada em julgado a decisão, os aparelhos de ar condicionado deverão ser instalados independentemente de ulteriores discussões

acerca da viabilidade econômica, ou questões conexas, das empresas concessionárias do transporte urbano; e, no segundo, definida a manifestação de vontade do sujeito, sua opinião em vida acerca do destino do seu corpo após o passamento será cogente, não podendo ser alterada sequer pela instituição primária, se institucionalizada a questão³⁵⁷.

O que se espera ter deixado claro com esta exposição é que o “framework” social é o cerne que motivará a escolha da razão que prevalecerá ao cabo de determinado processo de tomada de decisão; o decisor, institucionalizado ou não, atuará de maneira declaratória ao reconhecer a razão que prevaleceu e estará, por isso, legitimado a emitir pronunciamento que ostentará caráter vinculante, que sequer poderá ser alterado em outra instância de manifestação de vontade.

Com essas ponderações, explica-se o motivo pelo qual Raz posiciona as instituições primárias em ambiente em que as decisões emitidas terão caráter vinculante, ainda que estejam erradas. A força cogente advirá das razões que prevaleceram, que, por sua vez, revelam o “framework” social observável em determinado contexto. Ambos os decisores, institucionalizados ou não, apresentam esta característica bem clara e definida, de sorte que se pode, por esta senda, justificar o preenchimento de lacunas normativas, seja no cerne de processo judicial em que a lacuna é debatida, seja em ocasiões outras, inerentes à vida cotidiana, em que a lacuna eventualmente vislumbrada no sistema de leis vigentes não obstará a manifestação volitiva cogente do decisor, já que, em ambos os casos, legitimadas pelo “framework” social identificado.

Avançando, se, por um lado, não parece dificultoso identificar no “framework” social a fonte das justificativas subjacentes (utilizando a denominação de Schauer) e, a partir delas, as razões que prevalecerão em determinado caso, institucionalizado ou não, causa certa espécie a afirmação de Raz no sentido de que as decisões emanadas das instituições primárias serão vinculantes e, por isso, cogentes, ainda que estejam erradas. Esta consideração remete às duas últimas indagações propostas: i) como definir o grau de acerto da decisão; e ii) o “certo” demandaria graus, estando deontologicamente aberto a discussões, ou se postularia uma resposta correta a partir da emanção da vontade da instituição primária?

Quanto ao grau de acerto da decisão, relembre-se raciocínio perfunctoriamente desenvolvido no sentido de que se o Autor identifica a possibilidade de a decisão estar errada – vinculante, ainda que errada, afirma – há, em seu contraponto, a possibilidade de acerto; ou

³⁵⁷ No caso do engenheiro, nesta oportunidade do trabalho, considerou-se que a manifestação em vida foi irrefutável, o que não ocorreu no caso concreto, em que a sua vontade não foi indubitavelmente exposta.

seja, visualiza, ainda que indiretamente, a possibilidade de acerto na decisão, já que possível estar errada. Nesse encadeamento, caberá questionar então como delimitar o acerto indiretamente identificado e se este elemento poderia ser classificado em termos de graus, abrindo-se à discussão, ou não.

A identificação do “acerto” da decisão, emanada pela instituição primária ou não, resultará da abertura do sistema normativo aos valores que, em princípio, são-lhe externos. Não se trata com essa afirmação de reconhecer na escola comunitarista a compreensão definitiva do justo, ou a sua forma metodológica de expô-lo. Consoante anteriormente mencionado, a definição do justo, pautado na compreensão exposta por diversas escolas, denota dificuldades práticas e teóricas que mais atabalhoam a sua tradução do que a facilitam. Não se pretende, dessa maneira, recair em argumento circular ou defeituoso na origem ao postular força ilocucionária deontológica ao justo. Haverá, contudo, de ser identificado algo de *nyaya* no acerto da decisão a justificar a existência de um “acerto”. Como fazê-lo? E, ainda, identificado o acerto, como estabelecê-lo em graus?

A resposta a estas indagações nos leva a uma outra seção deste trabalho, em que serão expostas algumas perspectivas de autores acerca das lacunas e, com isso, obtidos valorosos aportes teóricos aptos a prosseguir no exame das questões ora assinaladas. Em seguida, serão explorados alguns elementos da lógica *fuzzy* que precisamente trabalharão a possibilidade de estabelecimento de graus nas variações possíveis de determinadas expressões, sem, contudo, incorrer em truísmo, ou trivialidade.

d. Lacunas e a dogmática.

Em “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Carlos E. Alchourrón e Eugênio Bulygin apresentam alguns problemas de aplicação que, sob a sua óptica, encontram-se correlacionados ao exame das lacunas, de conhecimento e reconhecimento. Nesta obra, os Autores expõem, ainda, a compreensão de universos de discurso, ações, propriedades, ademais de sua concepção de norma, posicionamento acerca do caráter fechado do sistema e como o Julgador deve agir acaso visualize um caso genérico não regulado por normas gerais. A obra não está inserida no contexto da filosofia da razão prática, na linha das exposições de Frederick Schauer e Joseph Raz, situando-se em quadrante muito mais lógico e de filosofia da lógica do que propriamente à filosofia do discurso prático³⁵⁸. Seu exame neste momento do

³⁵⁸ A obra é vastíssima em termos de abordagens jurídicas, lógicas e filosóficas e, como advertido em outras oportunidades, será exposta tão somente no limite em que apresente interseção ao objeto de investigação neste trabalho.

trabalho pretende auxiliar na resolução do questionamento supramencionado, nomeadamente se confrontadas com outras visões acerca das mesmas problemáticas exploradas pelos Autores da obra inicialmente denominada “Normative Systems” e traduzida com a denominação acima exposta.

Alchourrón e Bulygin sustentam que as lacunas, insertas em problemas de aplicação do direito, podem ser divididas em duas categorias. Em primeiro lugar, destacam-se as lacunas de conhecimento, segundo as quais por ausência do conhecimento de uma propriedade de fatos, não se sabe se pertencem ou não a uma classe determinada de casos (caso genérico)³⁵⁹. Para exemplificar a lacuna de conhecimento, com base em previsão inserida no já ab-rogado Código Civil argentino, artigos 2.777 e 2.778 e a casuística segundo a qual haverá de se perquirir a reivindicação de coisa imóvel contra terceiros possuidores³⁶⁰, os Autores apresentam o seguinte quadro esquemático:

³⁵⁹ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio, *op. cit.*, p. 62. Para compreender esta diferenciação, mister relembrar a conceituação de: i) “Universo de Discurso (UD)”, ou seja, o conjunto de situações ou estados de coisas, ou seja, “Los estados de cosas que pertenecen al UD son los elementos del UD. Todos los elementos de UD comparten una cierta propiedad común que es la propiedad definitoria del UD. El Universo de Discurso puede describirse, pues, como el conjunto de todos los elementos (estados de cosas identificados por una determinada propiedad).”; ii) Universo de Ações, isto é, todo o conjunto finito de ações básicas: “Un problema normativo puede ser considerado como una pregunta acerca del status deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición u obligatoriedad. Algunas de esas acciones son básicas, en el sentido de que todas las demás son compuestos veritativo-funcionales de ellas. Todo conjunto finito de acciones básicas constituye lo que llamaremos Universo de Acciones (UA).”, de sorte a compreender que “Si el Universo de Discurso permanece constante (...) entonces la identidad del problema estará determinada por el Universo de Acciones.”. *Idem*, p. 32-33.

³⁶⁰ Não se empreenderá explicação do caso, bastando, por ora, a remissão, a fim de que não se perca o foco no desenvolvimento do trabalho. De todo modo, em perfunórias linhas, o caso é assim descrito: “Para la construcción de nuestro modelo hemos elegido un típico problema normativo, muy debatido en el Derecho Civil argentino. Es el problema de la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores. El problema surge cuando una persona que posee un inmueble -cuya propiedad no le pertenece- lo transfiere -a título oneroso o gratuito- a un tercero. La cuestión que se plantea entonces es: ¿en qué circunstancias el propietario del inmueble puede reivindicarlo contra el tercero poseedor? O, para plantear la pregunta en otros términos, ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?”. *Ibidem*, p. 32.

TABLA 1-4
Quadro comparativo de los sistemas

Casos	S ₁			S ₂			S ₃			E		
	N ₁	N ₂	N ₃	N ₁ N ₂	N ₄	N ₅	N ₆	N ₇	N ₈	N ₉	N ₁₀	N ₁₁
1. BFE BFA TO					FR			FR				
2. ~BFE BFA TO OR						OR						OR
3. BFE ~BFA TO OR							OR		OR			
4. ~BFE ~BFA TO OR OR							OR		OR			
5. BFE BFA ~TO OR							OR		OR	FR		OR
6. ~BFE BFA ~TO OR OR							OR		OR			OR
7. BFE ~BFA ~TO OR OR							OR		OR	OR		OR
8. ~BFE ~BFA ~TO OR OR OR							OR		OR	OR		OR

No caso do exemplo, os Autores identificam lacunas de conhecimento nas linhas 1, 3 e 4, reputando que o sistema, nesses casos, é incompleto, porém coerente e independente.

Diversamente, para os Autores as lacunas de reconhecimento não se atrelam à não coincidência de universos de casos com universos de soluções. Nesta espécie, as lacunas se revelam por falta de determinação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, não se sabendo se o caso individual pertence ao caso genérico³⁶². Para explicar as lacunas de reconhecimento, relembram controvérsia outrora existente entre os Autores argentinos Genaro Carrió e Sebastián Soler.

No livro “La Interpretación de la ley”, segundo Alchourrón e Bulygin, Sebastián Soler apresenta o termo “finitude lógica” para explicar algo que já pontuamos, isto é, que os conceitos jurídicos ostentam um número limitado e taxativamente determinado de notas definitórias. Assinalamos este aspecto ao mencionar que existiam variáveis que poderiam e outras que, escapando do contexto em que a expressão jurídica se insere, não poderiam ser utilizadas com o fito de preencher determinada lacuna axiológica. Soler trata este tema ponderando que a esta propriedade dos conceitos, a “finitude lógica” aproximaria o direito de disciplinas menos abstratas, quais a matemática e, em especial, os conceitos geométricos³⁶³.

Contra esta perspectiva externada por Soler é que se insurge Genaro Carrió, na obra “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, ao sustentar, a partir do conceito de preço no contrato de compra e venda, que não é verdade que os conceitos jurídicos se assemelhem à geometria, mas

³⁶¹ BFE significa, para o exemplo, boa-fé do alienante; BFA – boa-fé do adquirente; OR (ação R é obrigatória); FR (ação F é facultativa); e TO (título oneroso). *Ibidem*, p. 46.

³⁶² *Ibidem*, p. 62.

³⁶³ *Ibidem*, p. 65.

sim, em evidente influxo hartiano, que o fato de o conceito ser vago indica a possibilidade de dificuldades no uso empírico de seus termos, o que denota a existência da zona nebulosa que denomina “umbral”³⁶⁴. Aliás, Carrió é explícito ao mencionar que não há que se falar em “plenitude hermética” do ordenamento, ou “finitude lógica” de conceitos jurídicos. Sustenta, bem ao revés, que em todo ordenamento se verificam lacunas, que deverão ser preenchidas pelo trabalho da jurisprudência ao colmatar os vazios da legislação e, com isso, fazer frente “com maior ou menor imaginação e coragem” às necessidades do corpo social³⁶⁵. Observa, ainda, que em vários ramos do direito o rechaço de uma pretensão não é a única solução acaso não se verifique norma que discipline sobre o assunto, conclusão, aliás, com a qual compartilham Alchourrón e Bulygin e discorda Fernando Atria em trabalho que adiante será exposto. Carrió, a propósito do tema, destaca que o sistema deve ser tido como aberto, restando despicienda a existência de uma cláusula de fechamento³⁶⁶.

Para que o juiz tenha compreensão do sistema e, imiscuído na sistemática social, possa resolver os problemas que lhe são submetidos, com ou sem lacunas, mas especificamente no caso das lacunas, deverá estar atento e em permanente contato com as informações que traduzam os aspectos básicos da estrutura de vida da sociedade em que se insere. Note-se que neste momento Carrió chega a semelhante conclusão outrora desvelada por Taylor ao tratar do “framework”, ou seja, o juiz deverá não traduzir, o que seria comunitarista, senão identificar as estruturas sociais não-visíveis e básicas da vida em sociedade e, a partir delas, e não as reafirmando (o que igualmente seria comunitarista), chegar a uma solução apta a preencher as lacunas constatadas³⁶⁷. Não haverá, para Carrió, outra forma de preencher a zona de umbral que se verifica diuturnamente na legislação, incapaz que se apresenta de traduzir em completude as demandas e os anseios sociais.

A menção à divergência Soler-Carrió se finda, com Alchourrón e Bulygin tão somente na análise das obras “La interpretación de la ley” e “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, mas, em realidade, prossegue por ao menos duas outras obras, uma da autoria de cada qual, em que aprofundam as visões então expostas e, igualmente, trocam farpas.

Sebastián Soler, em resposta às concepções de Carrió, publicou, na sequência de seus trabalhos de investigação acerca dos conceitos jurídicos, o livro “Las palabras de la ley”, em que ataca as explicações expostas por Carrió em “Notas sobre derecho y lenguaje”

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 65.

³⁶⁵ CARRIÓ, Genaro R., **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 58.

³⁶⁶ CARRIÓ, Genaro R., *op. cit.*, p. 59-60.

³⁶⁷ *Idem*, p. 60.

principalmente acerca dos seguintes pontos de vista³⁶⁸: a) a leitura da linguagem jurídica como a vê um juiz não representa o correto meio de interpretação; tal há de se fazer aos olhos dos homens membros da *polis*, para quem as palavras da lei representam verdadeiro direito positivo; b) através dos fenômenos da b.1) operatividade: a incorporação de um modo expressivo, por exemplo, mandar, converte o texto em norma que deve ser precisa; b.2) definição: a lei não somente fala, senão limita, define; b.3) quantificação: as palavras da lei devem atentar para o destino operativo da linguagem jurídica; b.4) tipificação: as palavras da lei devem descrever efetivos esquemas que traduzam as hipóteses desencadeantes da coação jurídica; b.5) constituição: a lei cria a sua própria terminologia, inventando palavras e expressões que antes sequer existiam; as palavras oriundas da linguagem natural se convertem em expressões jurídicas que devem ser precisas e bem definidas; c) os enunciados normativos são preceitos conclusivos, fechados em si mesmo, não comportando espaço para uma inesgotável corrente de predicções possíveis; d) ao invés de buscar o direito na jurisprudência, deve ser perquirido em seu momento vital e dinâmico, isto é, na *praxis*; e) compreender que exista uma textura aberta nas normas será considerá-las sob ponto de vista cético, deixando de lado as características especiais ostentadas pelas palavras da lei ao conhecimento dogmático; f) a compreensão de que existe uma zona de penumbra nas regras equivale a negar o direito enquanto tal; g) as normas jurídicas jamais devem ser consideradas ambíguas, já que a sua força operativa se resume a mandar³⁶⁹.

Vê-se, pois, que a Sebastián Soler não agrada a linha sustentada por Carrió no sentido de que em existindo zonas de penumbras, haverá o juiz de colmatar eventuais lacunas para o fim de aclarar a norma em si. Parece a Soler que o fato de o juiz trabalhar a norma enquanto material interpretativo consistiria em contradição à própria existência da norma, cujo objetivo final é o de mandar e, para isso, deve estar bem claro e preciso a quem se manda e o que se manda. A linguagem natural não se equipara à jurídica, eis que esta apresenta algumas notas que, ademais de objetivarem os termos utilizados, tanto que evidentes e adotados, seriam capazes de transformar a linguagem como um todo, juridicizando-a e, portanto, afastando eventuais ambiguidades, penumbras ou subjetividades interpretativas.

Carrió não parece ter se alinhado muito às críticas de Soler e, em obra posterior, denominada “Algunas palabras sobre las palabras de la ley”, com título deveras sugestivo quanto à alça de mira do livro, enfrenta as ponderações que lhe foram lançadas, não sem antes

³⁶⁸ SOLER, Sebastián. **Las Palabras de la ley**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1969.

³⁶⁹ SOLER, Sebastián, *op. cit.*, p. 54-104.

pontuar ironicamente em desfavor de Soler que estava disposto a transitar por forma benigna e benéfica de esquizofrenia que consiste em ver as ideias com objetividade³⁷⁰. Nesta obra, de certa maneira fustigando a Soler, observa que não vislumbrou incertezas de origem semântica, de modo que, com apoio nos ensinamentos de Hart, trataria de apresentar uma via média, livre “de aquella forma de cegueira y de esta morbosa atracción por lo patológico”³⁷¹.

Esta via média reproduz, segundo pondera, o que de ordinário ocorre em uma sociedade medianamente organizada e em que existem regras e também pleitos. Classificando como “diálogo entre surdos” as confrontações propostas por Soler entre as obras “Las palabras de la ley” e “Notas sobre derecho y lenguaje”, pondera que não há sentido em descrever a interpretação de maneira diversa como efetivamente levam a cabo os juízes, ou seja, como maneira de identificar um caso concreto individual no campo de aplicação de uma regra ou de um conjunto de regras. Compreender de maneira diversa, seria dar-se a práticas masoquistas e não incursionar por uma forma benigna de esquizofrenia, informa Carrió³⁷².

Na sequência, apresenta um “intento de conciliación” presente em considerar que a ambiguidade e vagueza das expressões utilizadas pela linguagem natural somente teriam relevância ao nível judicial. Entretanto, abandona logo a intenção de conciliação, em tópico intitulado “Fracaso del intento de conciliación”, salientando que as duas posições são mesmo distintas e não podem ser mescladas³⁷³.

De fora parte as divergências teóricas verificadas nas obras de Soler e Carrió, parece que a real conciliação adveio pelas mãos de Alchourrón e Bulygin, ao mencionar que os Autores apresentam ideias mais próximas e correlatas ao que em princípio poderiam parecer. Efetivamente, em que pese Soler sustente que as lacunas normativas não existem e todas as ordens jurídicas são completas, solucionando todos os casos possíveis; e Carrió, por sua vez, pontue que a ordem jurídica apresenta lacunas, que somente poderão ser colmatadas a partir do trabalho jurisdicional, ambos coincidem no entendimento de que o extrato final que justificará a plenitude hermética do ordenamento (para Soler), ou o preenchimento judicial de lacunas (para Carrió) será obtido a partir da compreensão social, ou visão social de determinada regra/ordenamento, ou o alcance de suas imposições. Os dois Autores, conquanto divirjam acentuadamente em diversos aspectos, concordam, como anteriormente se pôde perceber, que

³⁷⁰ CARRIÓ, Genaro R. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

³⁷¹ CARRIÓ, Genaro R., *op. cit.*, p. 51.

³⁷² *Idem*, p. 53-55.

³⁷³ *Ibidem*, p. 60-67.

caberá a sociedade orientar quer os juízes, quer os legisladores, norteando-os no sentido da escolha do acertado a decidir.

E como tal se dará?

Aí sim, retomando a razão prática, isto é, por intermédio das escolhas levadas a cabo a partir de razões. Neste ponto obtemos a resposta ao questionamento outrora proposto. O “certo”, portanto, no caso das instituições primárias, será o socialmente certo, aquelas razões razoavelmente aceitas e tidas como acertadas e capazes de revelar o “framework”, na linha preconizada por Taylor.

Adiante trabalharemos melhor e com maior aprofundamento esta conclusão. Por ora, contudo, forçoso convir que existem vozes dissidentes acerca da compreensão das lacunas, cujos entendimentos podem levar a soluções diametralmente opostas ao que ora se sustenta.

Vejamos como se desenvolvem.

Fernando Atria, em trabalho intitulado “Sobre las lagunas”, questiona a solução dada por Alchourrón e Bulygin no caso da identificação de uma situação não regulada pelo sistema, ou seja, uma lacuna³⁷⁴. Relembrando o exemplo segundo o qual um dos recém-casados pretende passar as férias em local diverso daquele escolhido pelo seu cônjuge e, para resolver esse conflito não se verifica qualquer regra específica no direito escocês (autorizando, segundo Alchourrón e Bulygin, o juiz que analisar o caso a decidir rejeitando ou não a pretensão), Atria compreende que o correto em casos tais seria não que o juiz tivesse a possibilidade de adotar quaisquer das soluções sugeridas, mas, ao contrário, tivesse o dever de rejeitar o pleito formulado, ante a ausência de regramento específico pertinente ao ponto.

A erronia no pensamento de Alchourrón e Bulygin, de acordo com Atria, advém da compreensão que extraem da função primária do Poder Judiciário, a de solucionar conflitos de interesses. De acordo com esta visão, o Poder Judiciário teria sempre a função de encontrar, no caso da lacuna normativa, alguma forma de construir a regra para a compor a casuística apresentada e, para isso, teria discricionariedade, podendo, ultimado o reconhecimento da lacuna normativa, repelir ou acatar a pretensão inaugural. Fernando Atria, no entanto, enxerga na função primordial do Poder Judiciário o intento não de solucionar conflitos, mas, com amparo em classificação hartiana, o de garantir o cumprimento das regras primárias. Em assim sendo, acaso identificada lacuna normativa não haveria regra primária a determinar ação do

³⁷⁴ ATRIA, Fernando. Sobre las lagunas. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugênio, MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. **Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 15-27.

órgão investido na função judicante e, por tal motivo, a rejeição do pleito se imporia³⁷⁵. Se não existe uma regra que proíba andar de bicicleta no parque, salienta, não haverá a possibilidade de a pessoa que assim se comportar vir a ser multada; e, acaso o seja, deverá ser absolvida em juízo, já que o órgão judicial deve se limitar a garantir o cumprimento das regras primárias, obrigatórias³⁷⁶.

Em verdade, Atria reconhece somente nas lacunas axiológicas a possibilidade de discricionariedade judicial e, mesmo assim, ainda com alguma resistência. Isso porque, segundo ele, a lacuna axiológica não seria, propriamente, uma lacuna, senão apenas casos em que há uma solução, porém axiologicamente inadequada, de acordo com a teoria das fontes³⁷⁷. Ao final do trabalho, Atria recorre a Raz para, a partir da razão prática, sustentar que, não sob o aspecto da teoria das fontes, mas mais sob o ponto de vista da teoria da argumentação jurídica, as lacunas representam certa forma de ceticismo. O pensamento não é desenvolvido, mas ao que indica, mencionando os sistemas de normas interdependentes e autônomos, com exemplo nos jogos acima mencionado na teoria preconizada por Joseph Raz, Atria parece se convencer de que inexiste lacuna, se ao juiz caberá obrigatoriamente repelir a demanda em que não verifique pronto regramento a respeito; e, no caso da lacuna axiológica, sequer lacuna existirá.

Em pequena resenha crítica ao pensamento exposto, poderia ser cogitado que a tese propugnada padece de petição de princípio, sendo circular ao admitir que não caberá discricionariedade ao juiz acaso, sob o aspecto da teoria das fontes, identifique uma lacuna, tendo, por isso, que rejeitar a pretensão inaugural; e, ao mesmo tempo, admita a possibilidade de o juiz somente fazê-lo porque identificou uma lacuna. Ou a lacuna é identificada e produz, por isso, a consequência da rejeição do pedido inicial, ou não é e, por isso, necessariamente produzirá a consequência propugnada pelo Autor. Sustentar, no entanto, que o juiz deverá rejeitar o pleito após a identificação da lacuna e, ao mesmo tempo, que inexiste lacuna e, por isso, o juiz deverá rejeitar a pretensão inaugural é tautológico e, sobremais, falacioso. Além disso, ao sustentar que a função primordial do aparelho judicial não é a de solucionar conflitos, senão a de garantir a aplicação das regras primárias, parece que Atria não resolve, quer sob o aspecto da teoria das fontes ou da teoria da argumentação, as situações em que o Poder Judiciário é chamado a opinar valorativamente acerca de uma regra já posta. Nestas situações, identificadas como lacunas axiológicas e que para o Autor sequer lacunas são, o juiz estará desempenhando não apenas a função de garantir o cumprimento das regras primárias, mas

³⁷⁵ ATRIA, Fernando, *op. cit.*, p. 18-21.

³⁷⁶ *Idem*, p. 22.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 23.

também a de defini-la, com o propósito específico de resolver determinado caso, podendo, no entanto, vir a redefini-la em sentido diametralmente oposto para o fim de resolver outro caso posto à sua apreciação. Nesta hipótese, então, de acordo com Atria, qual seria a regra primária a ser garantida, se cambiante a cada caso e, mesmo assim, todas as hipóteses encontram-se igualmente agasalhadas pelo ordenamento jurídico? Teria Klaus Günther razão, neste particular, ao exigir o esgotamento de normas para se chegar a uma solução final, independentemente da existência ou constatação de lacunas, normativas ou axiológicas³⁷⁸?

Uma última observação: ao empreender distinção no tocante ao resultado final encontrado acaso visualizada lacuna (normativa) no ambiente da teoria das fontes e da teoria da argumentação, especificamente teoria da decisão judicial, o Autor parece querer chamar a atenção para o fato de que a lacuna poderá vir a ser colmatada mais propriamente no âmbito desta teoria do que naquela e nisso residiria certo ceticismo, já que a lacuna não poderia ser vista como tal. Em verdade, porém, em quaisquer das teorias preconizadas, o sistema se mantém, com ou sem lacuna, de modo que partir da teoria da argumentação para, diversamente da teoria das fontes, chegar a solução diversa, cética ou não, parece pouco se coadunar com o objetivo de identificar lacunas para, ao depois, compelir o juiz a rejeitar a pretensão inaugural. Dito de outra maneira: se a solução é diversa acaso se adote uma ou outra teoria (das fontes, ou da argumentação), por qual motivo, então, deveria o juiz repelir a pretensão inaugural, se poderia adotar vertente diversa a partir da teoria que viesse a adotar? Repelir, nesse caso, seria uma opção e, como tal, discricionária em natureza, contrariamente ao que pretende Atria, embora não o diga.

Bulygin também identificou algumas lacunas no pensamento de Atria, principalmente as seguintes: a) baseando-se em exemplos penais, procura sustentar que a função primordial do aparelho judicial é a de garantir o cumprimento de regras primárias, e não de resolver conflitos de interesses, olvidando-se, de acordo com Bulygin, que em iterativas situações não penais, ademais da reafirmação da regra primária, sempre haverá conflito a resolver; b) Atria confunde normas e proposições normativas ao expor que não identificando uma norma aplicável, o juiz deverá rechaçar o pedido inicial; assim o fazendo, estaria se limitando a informar às Partes acerca da inexistência de norma a regular a casuística posta ao seu exame; Bulygin, ao contrário, observa que, por construir normas individuais apoiadas em normas gerais a cada vez que profere uma sentença, a decisão não pode se limitar a um juízo

³⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

descritivo, característico das proposições normativas, devendo, ao revés, estar a norma individual exposta no dispositivo apoiada em uma norma geral, que, no caso da lacuna normativa, inexistente, o que fará com que o juiz tenha que criá-la, apoiando-se na discricionariedade que o sistema, em situações tais, confere-lhe; e, finalmente, c) os exemplos apontados por Atria (discussão judicial dos recém-casados acerca do lugar em que pretendem passar as férias; restituição de um imóvel ao seu possuidor, se de boa-fé; inexistência de norma proibitiva acerca da utilização de bicicleta em parques) em realidade produzem prova contra si próprios, porque não afastam a possibilidade de juízo discricionário acerca da melhor solução a ser tomada, o que, segundo Bulygin, comprovaria a possibilidade de o juiz produzir a norma geral para o caso concreto que viria a embasar a norma individual figurante na sentença; assim, poderia rejeitar a pretensão de um dos recém-casados, ou, por igual, compreender que a mulher deve acompanhar o marido, ou vice-versa; determinar a restituição ou não do imóvel; ou, ainda, proibir não uma bicicleta, senão uma pessoa montada em um elefante de passear no parque, o que viria, em último grau, a afetar também quem viesse a utilizar a bicicleta³⁷⁹.

Os Autores prosseguem com a discordância em trabalhos posteriores³⁸⁰ e, a despeito das críticas e particularidades inerentes ao arcabouço teórico de cada um, forçoso constatar que com o aprofundamento das discussões, a filosofia da razão prática passa a assumir papel de relevância na construção das soluções objetivadas. Atria lembra diferenciação empreendida por Raz entre “enunciados jurídicos puros” e “enunciados jurídicos aplicados” para tentar corroborar seu raciocínio no sentido de que não há necessidade de se empreender distinção entre normas e proposições normativas para visualizar a inexistência de discricionariedade do juiz ao apreciar caso em que identifique a existência de lacuna³⁸¹. Bulygin, por sua vez, salienta, com amparo em Frederick Schauer, que o juiz “debe tomar en cuenta la finalidad perseguida por el legislador (justificación en terminología de Schauer)” para evitar que, especialmente no caso de lacunas axiológicas, soluções drásticas ou absurdas sejam tomadas³⁸². Há, em realidade, com esta disputa teórica não apenas o reconhecimento de

³⁷⁹ BULYGIN, Eugênio. Creación y aplicación del derecho. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugênio, MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. **Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 29-44.

³⁸⁰ ATRIA, Fernando. Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo; BULYGIN, Eugênio. En defensa de el dorado. Respuesta a Fernando Atria. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugênio, MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. **Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 45-71.

³⁸¹ ATRIA, Fernando, *op. cit.*, p. 49.

³⁸² BULYGIN, Eugênio, *op. cit.*, p. 75. A menção à justificativa subjacente sustentada por Frederick Schauer vem em contexto em que descreve o caso da proibição de derramamento de sangue nas ruas, que tem claro propósito subjacente de evitar duelos, rinhãs, ou outros atos de violência; o que descredencia a sua incidência acaso gotas de

que o aspecto lógico puro não se afigura capaz de solucionar as questões das lacunas, senão que tampouco a argumentação se prestará, isoladamente, a tanto.

Ao que se pode depreender das notas teóricas supramencionadas, seja no campo das lacunas normativas, como das lacunas axiológicas, a filosofia da razão prática se impõe enquanto guia para a compreensão tanto dos aportes lógicos, como argumentativos que permitam responder aos questionamentos propostos, em especial aos seguintes: a) há lacunas no sistema, ou tal se apresenta hermético e fechado; b) de que ordem são essas lacunas, acaso existentes; c) as lacunas, acaso existentes, apresentam correlação, sob o aspecto da teoria da norma, com cláusulas de derrotabilidade; e d) existe, tanto no caso das lacunas, como na derrotabilidade, espaço para discricionariedade do julgador?

Não se pretende, com este trabalho, explorar especificamente quer as questões da derrotabilidade, quer da possível existência de discricionariedade por parte do Julgador, senão até o limite em que a análise das questões se fizer necessária para identificação das lacunas e proposição de metodologia apta a colmatá-las. O que se pretendeu com esta breve descrição do estado da arte no tocante às lacunas, discricionariedade e sistemas normativos, foi tão somente demonstrar que acaso se opte por situar o âmbito de discussão ora focado no concernente à teoria das normas, não haverá como se escapar da razão prática como ponte a aferir se o comportamento humano e a norma encontram-se em sintonia, ou discrepam entre si.

Esta forma de compreender o raciocínio inerente às lacunas enleva a matriz teórica com a qual desde o início da exposição se vem trabalhando como sustentáculo da aplicação da metodologia então proposta e a ser definitivamente estruturada no capítulo que se seguirá a esse: o “framework” na linha preconizada por Charles Taylor. Observe-se, a propósito, que tanto o *modus ponens* deontico sugerido em capítulo precedente como forma de balizar as escolhas sem preferências que levem a argumentos inválidos, como o silogismo paraconsistente necessitam como pano de fundo o viés da razão prática na forma exposta por Schauer e Raz e capaz de sobrelevar a importância do elemento teórico idealizado por Taylor.

Há, evidentemente, críticas a respeito da utilização da razão prática no contexto da solução de lacunas. Hernán Bouvier, em artigo cuja pretensão é a discussão do modelo de regras utilizado por Frederick Schauer, assinala que ao pretender que todas as regras contenham em seu bojo razões subjacentes compreende que em realidade Schauer retoma, com nova roupagem, o mito do legislador racional, olvidando-se, no entanto, que: i) podem existir bons

sangue provenham de um corte acidental feito por barbeiro, ou de um menino que, em virtude de queda, tem seu nariz sangrando.

legisladores e aqueles que atuam por erro, desinteresse, ou desconhecimento do tipo de valores que está favorecendo; ii) que podem existir regras que simplesmente não ostentem razões subjacentes³⁸³.

Partindo da ideia de que há certos pressupostos epistemológicos que amparam a interpretação da linguagem (jurídica, ou prática em geral), conhecidos como princípio da caridade, razões conceituais, ou, na forma como verberada por Bouvier, *non-sequitur* interpretativo, deve-se supor que o falante usa o princípio de contradição; a informação dada no mundo é verdadeira (portanto despida de “alucinações”, ou pretensiosamente enganadora); e que a interpretação é intencional, vale dizer, que: a) ou se atribui ao falante a intenção ou atitude proposicional de descrever o mundo (crença); ou b) a intenção de que determinado estado de coisas mude em algum aspecto (desejo). A linguagem, portanto, deve pressupor estas condições para que possa ser levada a cabo, tornando-se inteligível e passível de compreensão. Estas “razões conceituais”, portanto, não açambarcam, para Bouvier, a concepção de razões ou justificativas subjacentes, revelando-se apriorísticas em relação a estas; e inexistindo sequer a possibilidade de linguagem acaso inobservadas.

Nessas condições, o que Schauer apresenta como justificativa subjacente das regras representa, na visão de Bouvier, as “razões avaliativas”, que têm como pressuposto o comportamento do legislador racional que leva em conta situações valorativas e morais que importam para a solução de algum conflito social. Ocorre, no entanto, que consistindo as razões conceituais em pressupostos metodológicos e epistêmicos atrelados não apenas à regra ou ao intérprete, mas a ambos, e cuja valoração tampouco se encerre em situações morais, éticas ou axiológicas, senão que as pressupõem; para Bouvier é falsa a assertiva segundo a qual a linguagem deve conter algo mais do que as razões conceituais. Para descrever este momento valorativo, o que existe é um *non-sequitur* avaliativo, que, diferenciando-se do *non-sequitur* interpretativo (os pressupostos epistêmicos), ostenta a função de atribuir razões avaliativas aos enunciados, encontrando-se, ambos, na esfera da razão conceitual, isto é, em momento pré-interpretativo.

A exposição do Autor é confusa e não desprovida de críticas. Se as razões conceituais englobam em seu âmago o *non-sequitur* interpretativo e o *non-sequitur* avaliativo, estando o primeiro relacionado aos pressupostos epistêmicos da linguagem e o segundo à plêiade de valores morais, éticos ou sociais, não parece que haja em si discrepância tão

³⁸³ BOUVIER, Hernán. Reglas y razones subyacentes. In: **IDEAS Y DERECHO**, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005.

acentuada ao que pontua Schauer ao sustentar a existência de razões subjacentes às regras. A única dissonância parece ser o fato de que Bouvier aloca estes *non-sequitur* em momento prévio à regra, deslocando a existência de valores da regra para a linguagem, isto é, em último grau, para o falante que se comunica. Dito de outro modo: os valores expostos pelo falante seriam pré-compreendidos pelo destinatário da fala, porque prévios à fala em si; e nada teriam a ver com a regra, que passaria como enunciado normativo indene ao detalhamento axiológico oriundo das razões subjacentes de Schauer.

Conquanto interessante a abordagem, não parece que a regra, *prima facie* ou definitiva, possa ser dissociada de um ato de fala em si. Austin outrora já o comprovou³⁸⁴ e, por isso, a tese sustentada por Bouvier, antes de “purificar” a regra de valores que poderiam aplinar sua força, parece negar a própria força – locucionária ou ilocucionária – que delas emanam, o que apresenta inúmeras consequências desastrosas, figurando entre tais o distanciamento da filosofia da linguagem e, portanto, os efeitos das interações humanas com base em alteridade, consensos ou argumentação racional.

Trazendo a proposta de Bouvier para o campo das lacunas, não parece que, por exemplo, as razões conceituais permitam a visualização de lacunas axiológicas. Acaso a expressão inserida na regra contenha vagueza, ou se afigure de textura aberta, ter-se-ia que compreender que a necessidade de colmatação estaria situada em momento pré-regra, nos pressupostos epistemológicos utilizados pelo falante? E quais pressupostos epistemológicos seriam esses, pois que de alta carga valorativa e, como tal, mais situados no campo da deontologia do que propriamente da epistemologia³⁸⁵? Como compatibilizá-los com a efetiva e patente existência de vagueza no texto inerente ao direito objetivo? Sem dúvida, a falácia naturalista que pretende evitar no trabalho revela-se com maior força em sua própria abordagem, preche de valores escamoteados de racionalidade.

Antes de encerrar este tópico, no entanto, vejamos um posicionamento que, por ser particular a respeito deste ponto, discrepa do que ora se sustenta.

³⁸⁴ AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer – palavras e ação**. Tradução e apresentação à edição brasileira: Prof. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990; AUSTIN, John Langshaw. **Como hacer cosas con palabras – Palabras y acciones**. Barcelona Ediciones Paidós, 1982.

³⁸⁵ Raz outrora já advertiu que “(...) cada apego é singular para cada indivíduo, mas outros apegos semelhantes em valor e significação podem existir e muitas vezes existem de fato na vida das pessoas.” E, segundo aventa, seria frustrada a tentativa do Estado tentar tratar com imparcialidade cada apego pessoal, o que, trazendo a ideia para a perspectiva de Bouvier, inviabilizaria compreender as razões conceituais como momento epistemológico da fala, já que *ex ante* fadada ao insucesso seria compatibilizar concepções morais, éticas, políticas, sociais etc. RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego**. Tradução de Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 30.

Henry Prakken, teórico holandês, atualmente vem desenvolvendo estudos no âmbito da argumentação, lógica e sua correlação com a inteligência artificial. Em iterativos trabalhos sustenta a possibilidade, ou ao menos a tentativa, de se empreender a utilização de arcabouços lógicos para fins de argumentação em decisões judiciais³⁸⁶. No livro “Logical tools for modelling legal argument”³⁸⁷, discute alguns dos sistemas desenvolvidos para os fins preconizados por sua pesquisa acadêmica.

Observando que problemas de textura aberta, derrotabilidade e vagueza de conceitos jurídicos não podem ser solucionados pelo aparato lógico clássico, visualiza na lógica não-monotônica, ou mais especificamente no que denomina “noção de consequências não-monotônicas” o instrumental tendente a viabilizar que a inteligência artificial caminhe no sentido da racionalização do sistema jurídico. Para tanto, cita como exemplo de tentativas já perpetradas as seguintes, adiante descritas³⁸⁸.

L. Thorne MacCarty e Sridharan desenvolveram, a partir de 1981, projeto denominado “The Taxman Project”, cujo objetivo inicial era o de, a partir de inteligência artificial, processar dados alusivos à tributação aplicável às empresas e, a partir da análise empreendida pelo software, sugerir à corporação algum comportamento empresarial a trilhar. Este era o programa que ficou conhecido como TAXMAN I, logo substituído pelo TAXMAN II, desenvolvido para que, a partir da identificação de características de conceitos jurídicos indeterminados, o programa pudesse delimitar a sua esfera de aplicação³⁸⁹. O software considera três características essenciais do conceito jurídico indeterminado: a) as condições necessárias de sua aplicação; b) o quadro geral (“set of instances”) de sua aplicação; e c) o quadro de prováveis transformações de um caso em outro (“prototypical exemplars to deformation”)³⁹⁰. A partir desses dados, o sistema calcula sequência plausível de transformação (“deformation”) de um caso em outro e apresenta ao operador alguns protótipos.

Não se tem notícia da aplicação do sistema TAXMAN II, que, de resto, ainda que identifique, a partir das deformações de um conceito, um quadro de possibilidades para a sua

³⁸⁶ PRAKKEN, Henry. Disponível em <https://scholar.google.com/citations?user=ZyaLOy4AAAAJ&hl=pt-br> . Acesso em 22 junho de 2015.

³⁸⁷ PRAKKEN, Henry. **Logical tools for modelling legal arguments**. Amsterdam: Netherlands Foundation for Scientific Research, 1993.

³⁸⁸ PRAKKEN, Henry, *op. cit.*, p. 42-53.

³⁸⁹ NIBLETT, Bryan (Edited by). Computer Science and law. Edited by Bryan Niblett, professor of Computer Science, University College of Swansea, UK. Cambridge University Press, 1980. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=3Cc9AAAAIAAJ&pg=PR3&dq=taxman+ii+mccarty&hl=pt-BR&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q=taxman%20ii%20mccarty&f=false . Acesso em 24 de junho 2015.

³⁹⁰ PRAKKEN, Henry, *op. cit.*, p. 52.

aplicação, não parece resolver a questão de derrotabilidade, ou texturas abertas, mesmo que se considere eventualmente solucionada a indeterminação de conceitos jurídicos.

Objetivando trazer luz à problemática, Anne Gardner desenvolveu, a partir de 1987, programa que a partir de leis positivas, precedentes e regras do senso comum, classificava determinado caso apresentado como fácil ou difícil. Os casos fáceis eram assim classificados desde que as situações fáticas nele narradas se amoldasse perfeitamente ou ao direito objetivo, ou aos precedentes, ou, ainda, às regras de senso comum; ao contrário, eram classificados como difíceis nas hipóteses em que não correspondiam exatamente aos parâmetros assinalados³⁹¹. De acordo com Prakken, o sistema se utiliza de lógica não-monotônica, na medida em que antes de qualificar um caso como difícil o compara com diversas outras possibilidades, para, a partir daí, afastar as soluções correspondentes e tê-lo como difícil. Esta forma de raciocínio consubstancia um avanço no âmbito da argumentação em correlação com a inteligência artificial, porquanto permite, ainda que de forma rudimentar, a aferição de derrotabilidade das normas. Assim, no famoso caso lembrado por Schauer, Bulygin, Atria e muitos outros teóricos, em que existe uma regra proibindo que as pessoas durmam na estação de trem e cujo objetivo (ou justificativa subjacente, como sugere Schauer) é o de evitar que se utilize a estação como dormitório, o sistema permitiria identificar, com base em orientações do senso comum e partir de um cálculo de lógica não-monotônica, que tal regra não incidiria acaso a pessoa que estivesse esperando por um trem simplesmente cochilasse³⁹².

Este é de fato um grande avanço, pois o próprio sistema estabelece se a norma incidirá e, acaso não incida, o motivo pelo qual tal se verifica. É, em suma, o raciocínio da derrotabilidade, tal como fariam os intérpretes com muito maior gasto de energia e discussão. Dessa forma, o sistema criado por Anne Gardner, o “issue spotting”, permite que aos intérpretes reste o exame apenas dos casos que efetivamente não se amoldam a qualquer outra perspectiva outrora exposta, quer pelo direito objetivo, quer por precedentes, quer por regras do senso comum.

A questão, no entanto, parece ser a de verificar se e em que medida se admite análise pelo software do grau de derrotabilidade pelo senso comum de regras inicialmente incidentes. Ao se admitir que o sistema opere derrotabilidades, empreendendo aferição a partir do senso

³⁹¹ Idem, p. 52. Vide, ainda: <https://books.google.com.br/books?id=GiBJCAAAQBAJ&pg=PT186&lpg=PT186&dq=taxman+ii+mccarty&source=bl&ots=yu1phIwvG8&sig=F59ouWH2WbmVEXpmOIXzZ6PXE&hl=pt-BR&sa=X&ei=KghnVfAEjKE2koWCuA0&ved=0CD4O6AEwBg#v=onepage&q=taxman%20ii%20mccarty&f=false>. Acesso em 25 junho de 2015.

³⁹² *Ibidem*, p. 53.

comum, talvez se possa dar azo a situações inusitadas, como por exemplo, na hipótese em que o senso comum aponta no sentido de que se deve relativizar a presunção de inocência em prol do clamor público. Nesta hipótese, como trabalharia o “issue spotting”? Simplesmente identificando o caso como difícil e relegando a sua solução ao intérprete, ou empreendendo, por si só e a partir de raciocínio não-monotônico, uma espécie de prioridade da regra sobre o senso comum, ou vice-versa?

Neste campo, o sistema “PROLEX”, desenvolvido por Oskamp e Walker a partir de 1989 e 1991 pode contribuir. O programa permite alocar em diferentes “módulos” os conhecimentos pertinentes às questões controvertidas; ou seja, haverá um módulo para regras vigentes, outro para precedentes, outro para visões de especialistas a respeito de conceitos vagos ou indeterminados e outro ainda contendo precedentes em que já se deliberou a respeito destes conceitos. A partir da separação, o sistema permitirá uma posterior interação entre os módulos e, também de forma não-monotônica, chegará a resolução da testilha, derrotando regras ou preenchendo conceitos indeterminados ou vagos, se for o caso³⁹³.

Conquanto o “Prolex system” permita evidenciar uma solução final a partir da confluência dos dados e sua correspondência, parece que lhe falta o exame de todas as possibilidades fáticas ou jurídicas de determinada temática, o que é corrigido pelo “ARGUMENTATOR”, sistema criado por De Vey Mestdagh em 1991 e a partir do qual são compilados todos os possíveis argumentos contra e a favor de determinada hipótese, a fim de que o intérprete trabalhe por si só com todas as possibilidades existentes (ou identificadas pelo sistema) e, a partir delas, chegue a decisão que lhe parece mais adequada. Esta solução apresenta a conveniência de já apresentar previamente a argumentação que será utilizada, bastando ao intérprete escolher a adequada solução. O inconveniente fica por conta de que, embora pareça mais racional proceder como o sistema opera, afasta-se justamente a racionalidade da decisão ao momento em que se permite que o intérprete simplesmente escolha uma solução, atitude que poderá assumir por motivos subjetivos, conveniências etc., utilizando-se, para fins de legitimação decisória, do modelo argumentativo previamente formalizado pelo sistema³⁹⁴.

Em prosseguimento, “The CABARET System”, desenvolvido por Rissland e Skalak³⁹⁵, permite que o próprio sistema exerça o papel equivalente ao “distinguishing”

³⁹³ *Ibidem*, p. 53. COSTANTINI, Stefania; LANZARONE, Gaetano Aurelio. **Explanation-based interpretation of open-textured concepts in logical models of legislation**. Artificial Intelligence and Law 1995, Volume 3, Issue 3, pp 191-208. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00872530>.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 53.

³⁹⁵ BRANTING, Karl; SARTOR, Giovanni. **Judicial Applications of Artificial Intelligence**. Edited by Giovanni Sartor and Karl Branting. Kluwer Academic Publishers, 1998. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=seSoBwAAQBAJ&pg=PA146&lpg=PA146&dq=cabaret+systems+rissla>

perpetrado pelo operador, afastando a aplicação ou de uma regra, ou de um precedente, em virtude de uma situação fática diversa que o caso em foco denote³⁹⁶. O “CABARET” opera de acordo com o ponto de vista de quem o está utilizando, apresentando não a solução do problema, mas, como o “issue spotting”, uma plêiade de modelos heurísticos baseados em precedentes, análise de precedentes, regras, derrotabilidade de regras, distinguishing de precedentes ou regras etc. Sem adentrar em especificidades técnicas, convém salientar que o “CARABET system” é composto de dois sistemas, um tradicional sistema de análise de regras e comportamentos e outro, baseado no anterior sistema desenvolvido por Rissland e Skalak denominado “HYPO system”, capaz de examinar casos mais complexos a partir das características introduzidas pelo operador e tidas como mais importantes na incidência da regra (dimensions)³⁹⁷. O intento do sistema não é, como retro-salientado, o de apresentar uma solução, mas diversas possibilidades ao intérprete, que se limitaria a escolher uma delas e, a partir dos dados expostos, apresentar aos destinatários do aparelho judicial uma resolução final já preche de argumentação.

A crítica que ora se pode desvelar é a mesma outrora aventada, no sentido de que a apresentação de uma decisão cuja argumentação foi previamente formatada não corresponde a compreender que não teria sido resultado de mera opção subjetiva do operador do direito, de acordo com suas crenças e aspectos subjetivos. De outro giro, por mais que o sistema se utilize de algoritmos ou fórmulas que o capacitem a exercer, de alguma maneira, o distinguishing, operar por analogia, derrotabilidade, ou, ainda, preencher conceitos jurídicos indeterminados e regras de textura aberta a partir de precedentes ou informações previamente disponíveis, dificilmente poderá detectar, por exemplo, o “framework” social como o faria o juiz, ou, ademais disso, utilizar-se do *modus ponens* deontico para fins de preenchimento de lacunas.

Por último, há o “CATO System”³⁹⁸, originariamente desenvolvido, em sua versão básica, para auxiliar estudantes de direito na análise de argumentos a partir de características

[nd&source=bl&ots=g5O6U-Wh5f&sig=3xPpEB2vvgO5osxx-hAMgt0JkfA&hl=pt-BR&sa=X&ei=Tq9oVfqtAc7LsAS-wYMo&ved=0CCIQ6AEwAQ#v=onepage&q=cabaret%20systems%20rissland&f=false](https://books.google.com.br/books?id=PJNHBAQAQBAJ&pg=PT140&lpg=PT140&dq=cabaret+systems+rissland&source=bl&ots=g5O6U-Wh5f&sig=3xPpEB2vvgO5osxx-hAMgt0JkfA&hl=pt-BR&sa=X&ei=Tq9oVfqtAc7LsAS-wYMo&ved=0CCIQ6AEwAQ#v=onepage&q=cabaret%20systems%20rissland&f=false). Acesso em 24 de junho de 2015.

³⁹⁶ NORMAN, Timothy J.; REED, Chris. **Argumentation Machines – New frontiers in Argument and Computation**. Chris Rees and Timothy J. Norman (Eds.). Springer Science+Business Media Dordrecht, 2004. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=PJNHBAQAQBAJ&pg=PT140&lpg=PT140&dq=cabaret+systems+rissland&source=bl&ots=L5v2wEjreP&sig=xvedP1evahVfeyJtLiiW_FN9YgI&hl=pt-BR&sa=X&ei=Tq9oVfqtAc7LsAS-wYMo&ved=0CB4Q6AEwAA#v=onepage&q=cabaret%20systems%20rissland&f=false. Acesso em 24 de jun. 2015.

³⁹⁷ PRAKKEN, Henry, *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁸ Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.93.4500>. Acesso em 24 junho 2015.

de casos inseridos no sistema e utilização do método Socrático de resposta às indagações formuladas; e depois evoluído, em sua versão mais atual, com ajustes para permitir a aferição dialética de argumentos diversos lançados principalmente por oportunidade de audiências. O sistema permite a interface de argumentos em tempo real, inseridos enquanto a situação está se desenvolvendo, de modo que o operador poderá antecipar a decisão e até mesmo os impactos do provimento decisório antes mesmo de ser lançado. A sua importância, por isso, é extrema e não se resume ao quadro argumentativo, podendo ser utilizada como uma espécie de contra argumentação, propiciando ao operador o teste prévio de sua linha decisória antes mesmo de ser levada a cabo. Ademais, não parece que a simulação ofereça qualquer empeco ao âmbito decisório, principalmente porque utilizada apenas como forma de verificar o acerto da decisão a ser tomada e suas consequências; e não como a decisão em si. De toda forma, convém ressaltar que a interface argumentativa, conquanto dinâmica, não padece de eivas que também se mostram candentes nos demais sistemas perfunctoriamente analisados, como, por exemplo, a insuficiência na substituição do juiz por programa que, conquanto opere com ampla base de dados, não ostenta condições de aferir dados que demandem alguma valoração subjetiva, eventualmente necessários para a solução da lide.

Henry Prakken sugere, ao examinar as expressões vagas, que a lógica *fuzzy* consiste em método apto a estabelecer parâmetros objetivos a partir de significantes abstratos, por intermédio de *fuzzy sets*³⁹⁹. Taruffo concorda com esta abordagem, compreendendo-a adequada também na análise de conceitos indeterminados, ou situações-limite em que o juiz tenha que decidir com base em quase-verdade⁴⁰⁰, o que remete à última das análises neste capítulo: a lógica *fuzzy* e as lacunas jurídicas.

Analisadas as possibilidades de preenchimento de lacunas até mesmo por intermédio de sistemas especialmente desenvolvidos para o fim de tentar solucionar problemas jurídicos, vejamos agora como opera a lógica *fuzzy*, ou lógica difusa, aplicável tanto aos sistemas descritos, como também ao raciocínio lógico-argumentativo desenvolvido por intérpretes de carne e osso.

Esta talvez seja, por ora, a última fronteira do pensamento lógico aplicável ao âmbito argumentativo, uma vez que, possibilitando reler e discutir premissas básicas atreladas à lógica – como inferência, implicação, raciocínios conjuntivos e disjuntivos –, a criação de Lotfali Askar Zadeh viabiliza operar com valores sem, contudo, deixar de atrelá-los ao

³⁹⁹ PRAKKEN, Henry, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁰⁰ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 228-236.

raciocínio argumentativo que lhes é sempre inerente⁴⁰¹. Ainda assim, contudo, não é indene de críticas, como adiante se ponderará.

d.1. Lógica fuzzy - a última fronteira?

A lógica tradicional trabalha, não é novidade, com os conceitos de verdadeiro ou falso, isto é, opera em caráter binário, não havendo, por conta da aplicação do princípio do terceiro excluído, como existir uma proposição que seja ao mesmo tempo verdadeira e falsa. Esta é justamente a inovação pretendida pela lógica fuzzy, que admite graus de verdade, podendo uma proposição variar desde totalmente falsa até totalmente verdadeira. Não se baseando em números, mas em palavras, utilizando-se de modificadores (alto, pequeno, muito pouco) e, ainda, tomando probabilidades linguísticas como provável e improvável com variação de graus entre 0 e 1, a lógica fuzzy objetiva aproximar o rigor inerente à própria lógica ao pensamento humano em seu raciocínio não-monotônico e com certeza não-linear.

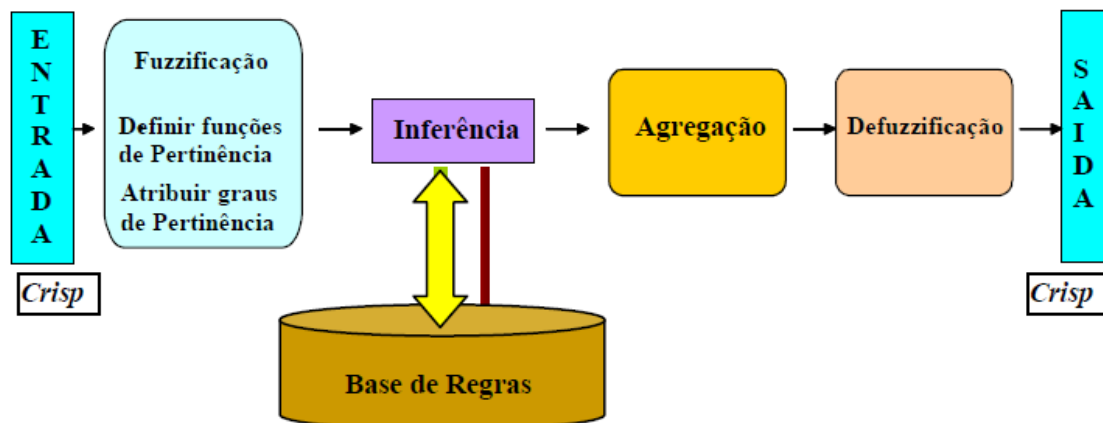
A lógica fuzzy adota os mesmos operadores utilizados pela lógica tradicional, isto é “ou”, “e”, “se, então”, diferindo os graus de valores (a função de pertinência), conforme o conjunto analisado. A formulação, para tanto, é: $U \rightarrow [0, 1]$, em que em um universo U , 0 representa totalmente falso e 1 totalmente verdadeiro. A função de pertinência, para a lógica fuzzy, estará atrelada ao contexto em que será utilizada⁴⁰². Assim, se, por exemplo, estiver sendo analisada a temperatura da água, ter-se-á 0 para totalmente fria e 1 para fervendo, podendo figurar diversos graus intermediários entre um e outro quadrante.

Um dos métodos mais utilizados para aplicação da lógica fuzzy é o método Mandani, representado pelo seguinte quadro, citado por Harris e Cheng⁴⁰³:

⁴⁰¹ Este trabalho não enfoca a lógica fuzzy em seus conceitos, histórico, detalhes, divergências quanto a criação, ou nuances técnicas, limitando-se a expor seu quadro geral nos limites necessários a que o raciocínio de sua correlação com o tema em foco seja explorado.

⁴⁰² Para os limites deste trabalho, opta-se por não adentrar ao conceito técnico de função de pertinência, ou como pode vir a ser obtida, se triangular, trapezoidal, Conversão de frequência ou probabilidade, formas *ad hoc*, avaliação e dedução subjetivas. Para consulta sobre o tema, remete-se a seguinte bibliografia, entre as várias existentes sobre o assunto: HARRIS, A.L.N.C.; CHENG, L.Y. A Inferência Nebulosa Aplicada à Análise de Dados na Avaliação Pós-ocupação. Faculdade de engenharia civil, arquitetura e urbanismo, São Paulo, Jul 2006. Disponível em: www.fec.unicamp.br/~luharris/art/99encac_027.pdf. Acesso em 01 junho de 2015.

⁴⁰³ HARRIS, A.L.N.C.; CHENG, L.Y, *op. cit.*, p. 05.



Este gráfico representa o que se denomina “ciclo fuzzy”, ou “ciclo nebuloso”, utilizado para, por intermédio da introdução de dados, obter-se o grau de verdade de determinada proposição. Os elementos que o compõem são os seguintes: a) a entrada, isto é, o dado a ser investigado quanto ao seu grau de verdade; b) a fuzzificação, ou seja, o processo de transformação de entradas exatas (Crisp) em conjuntos nebulosos, que não ostentam exatidão (*fuzzy inputs*); c) regras de inferências, utilizadas tal como na lógica clássica: “ou”, “se, então”, “e”; c) base de regras; d) agregação: resultado, geralmente matemático, obtido pela aplicação das regras de inferência; e) desfuzzificação: a fuzzificação em inverso, isto é, a transformação de uma variável linguística não exata para um elemento dotado de exatidão, preciso e objetivo (Crisp); f) saída: o resultado final, agora já fuzzificado e desfuzzificado.

Importante ressaltar que a lógica fuzzy não afasta as inferências clássicas e a sua utilização por meio de *modus ponens* ou *modus tollens*; apenas os reformata, introduzindo o conceito de inferência nebulosa, em que a variável linguística ocupará um lugar central na determinação da conclusão.

Assim, portanto, ficam representados os clássicos *modus ponens* e *modus tollens* com a inferência nebulosa:

Modus ponens:

Premissa: $\tilde{A} \rightarrow \tilde{B}$ (se x é \tilde{A} então y é \tilde{B})

Premissa: \tilde{A}' (x é \tilde{A}')

Conclusão: \tilde{B}' (então y é \tilde{B}')

Modus tollens

Premissa 1: $\tilde{A} \rightarrow \tilde{B}$ (se x é \tilde{A} então y é \tilde{B})

Premissa 2: $\neg \tilde{B}'$ (y não é \tilde{B}')

Conclusão: $\neg \tilde{A}'$ (então x não é \tilde{A}')

Tomemos por base um dos exemplos narrado no início deste capítulo: “Proibida a entrada de pessoas estranhas”. A questão lacunosa aqui é a delimitação da expressão “estranhas”, o que passaremos a delimitar utilizando a lógica fuzzy e a metodologia Mandani.

A entrada Crisp é “estranha”, a partir da qual, em processo de fuzzificação, introduziremos “funções de pertinência” e “graus de pertinência”.

As funções de pertinência podem ser, principalmente: i) analíticas; ii) lineares por partes, resultando em formas triangulares ou trapezoidais; iii) discretizadas⁴⁰⁴. Utilizemos a função de pertinência linear, na forma triangular, mas, antes, haveremos de examinar a variável linguística, a fim de que possamos fazê-la aplicar na função de pertinência a título de grau de inferência.

A variável linguística pode ser obtida a partir da chamada “quíntupla”: $(X, T(X), U, G, M)$, em que⁴⁰⁵:

X: nome da variável, no caso, “estranha”;

T(X): conjunto de termos de X, ou seja, o conjunto de nomes dos valores linguísticos de X: no caso “servidores da repartição pública”; “servidores de outra repartição pública”; “público em geral”;

U: universo de discurso: todas as pessoas que tiverem interesse em adentrar na repartição pública, aonde se encontra a placa;

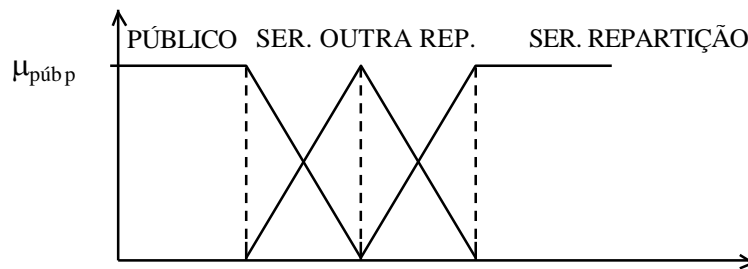
G: regra sintática para gerar os valores de X como uma composição de termos de T(X), conectivos lógicos, modificadores e delimitadores: $\mu_{B^*}(y) = \bigvee_x (\mu_{A^*}(x) \wedge \mu_{RN}(x,y))$, estando convencionado que $A = \{\mu_A(x)/x\}$; é aplicável para “público em geral”; e $B = \{\mu_B(y)/y\}$ para servidores daquela repartição.

⁴⁰⁴ TANSCHKEIT, Ricardo. Lógica fuzzy, raciocínio aproximado e mecanismos de inferência. Disponível em <http://www2.ica.ele.puc-rio.br/Downloads%5C41/LN-Sistemas%20Fuzzy.pdf>. Acesso em 24 junho de 2015. Ainda: TANSCHKEIT, Ricardo. Sistemas fuzzy. Disponível em <http://www2.ica.ele.puc-rio.br/Downloads%5C41/LN-Sistemas%20Fuzzy.pdf>. Acesso em 28 junho de 2015.

⁴⁰⁵ TANSCHKEIT, Ricardo, *op. cit.*, p. 03.

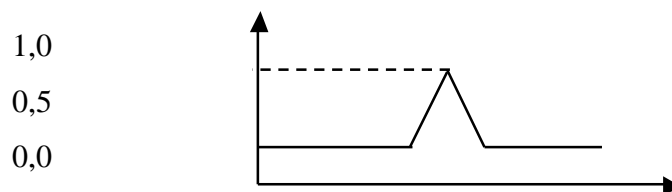
M: regra semântica, para associar a cada valor gerado por G um conjunto fuzzy em U: 0 = público em geral; 0,5 = servidores de outra repartição pública; 1,0 = servidores daquela repartição pública.

Aplicando estes graus de pertinência obtidos a partir da variável linguística à função de pertinência linear, em forma triangular, teremos o seguinte, a título de inferência:



$$\text{Ou: } R = \{ \mu_R(x,y) / (x,y) \} \text{ tal que } \mu_R(x,y) = f_{\rightarrow}(\mu_A(x), \mu_B(y))$$

O resultado da relação de implicação pode ser representado pelo seguinte gráfico:



Assim, observa-se que, já em processo de desfuzzificação e obtenção do resultado Crisp final, que a lacuna axiológica se assenta na variável linguística “servidores de outra repartição”, afastando o “público em geral” da possibilidade de adentrar na repartição, ficando autorizada apenas a entrada aos “servidores de outra repartição” e aos “servidores daquela repartição”.

Vejamos agora as ponderações em relação a esta metodologia.

Em primeiro lugar, o seu grau de dificuldade é imenso. Não se poderia cogitar, sequer, da sua utilização em ambientes diversos daquelas mais afetos às “máquinas de Turing”. O juiz de carne-e-osso que pretenda utilizar-se da lógica fuzzy haverá de ser permanentemente auxiliado por toda uma equipe de experts; ou, ainda que premido pela quantidade de feitos a decidir e nuances jurídicas de áreas afetas a analisar, terá que empreender análise lógica acerca das expressões tidas como lacunas para, a partir daí, obter o significado resultante. Esta última opção é impensável, por mais capacitado que seja o juiz, já que simplesmente não terá tempo para aplicar toda uma metodologia necessária a obtenção do significante final. A utilização de uma equipe de experts, de igual forma, é onírica e, ainda que administrativamente viável, não

seria recomendada, já que estes mesmos profissionais poderiam estar prestando suas atividades-fins em outra seara, inclusive judicial, com a realização de perícias etc.

De outro giro, a eleição de variáveis linguísticas fica por conta do intérprete, o que introduz elevado grau de subjetividade no sistema, o que poderia gerar um resultado tendencioso ao final. No exemplo acima, propositalmente foram atribuídos valores que ensejariam o resultado ao final alcançado. Acaso houvesse sido alterado o indicativo numérico para as variáveis, alcançaríamos outro resultado.

Ademais, há muitas metodologias e variações teóricas a respeito da forma de abordagem da lógica fuzzy, o que dificulta em muito a uniformização, ou padronização de métodos aplicáveis à solução de conflitos, como o são, em algum grau, a lei ou os precedentes.

Finalmente, ainda que não se opte pela teoria da função social, tão cara ao positivismo, não há como deixar de considerar a existência de valores inerentes ao direito; valores estes que não se levam em consideração ainda que definida ao final a expressão em princípio lacunosa. O fato de que algumas possibilidades linguísticas sejam introduzidas na equação não quer necessariamente dizer que a partir deste ponto todas as variações axiológicas possíveis a respeito da expressão em análise possam ser obtidas; e, acaso obtidas, que em contextos diferentes não possam vir a também variar.

Enfim, a lógica fuzzy traz a vantagem de, introduzindo elementos subjetivos em seara objetiva e os quantificando, poder demonstrar que a lógica não se atém exclusivamente a premissas fixas e estanques, podendo igualmente vir a ser aplicada em ambiente fluído e variável. Mas, dadas as grandes dificuldades de sua aplicação, não há como entendê-la metodologicamente adequada para a solução de lacunas, em especial as axiológicas.

Observemos, então, no capítulo que segue, se a proposta até agora apresentada resiste ao teste casuístico.

TEORIA-PADRÃO E VARIAÇÕES

Jus est ars boni et aequi?

a. Linhas gerais

O presente capítulo, último do trabalho ora desenvolvido, revela três objetivos centrais: i) repisar, com ainda algumas particularidades, a tese exposta ao transcorrer dos capítulos antecedentes, esquematizando-a de maneira a torná-la factível; ii) testar a aplicação da mencionada tese em algumas situações em que se apresentem candentes lacunas axiológicas e normativas em vários ramos do direito; iii) investigar, em esforço final, se a tese apresentada revela-se descritiva, prescritiva, ou epistemologicamente neutra; e, a partir da conclusão achegada, quais as consequências pertinentes.

b. Esquematizar a solução das lacunas?

Ao longo do primeiro capítulo, discutiu-se a insuficiência da metodologia dedutiva para a solução de casos tidos como “pontos fora da curva” no ambiente judicante, quais sejam, por exemplo, aqueles que demandem decisões estruturantes, intermédias, ou, de qualquer forma, alguma atuação do órgão investido na função judicante que não se resume a figurar como intermediário entre a aplicação da lei e o caso concreto. Naquela oportunidade, viu-se que até mesmo nas situações em primeira visada tidas como facilmente solucionáveis, algumas dificuldades poderiam se apresentar em ordem a tornar extremamente complexa a interpretação e, de conseguinte, a decisão que lhe seguisse.

Se, portanto, em princípio poderia parecer que a mera incidência de uma regra inserida no contexto do direito posto resolveria a celeuma, de outro giro, a possibilidade de ser derrotada por outra regra, a inexistência de parâmetros para aclarar uma expressão nela contida, ou, simplesmente, a incerteza quanto à sua incidência em determinado caso representam situações-limite tão dificultosas quanto àquelas inicialmente expostas, reclamando, por conseguinte, alguma metodologia apta a, pelo menos no caso das lacunas, auxiliar o intérprete ao momento em que se veja na condição de emitir pronunciamento decisório atinente à celeuma posta à sua apreciação.

Partindo dessa constatação, no segundo capítulo foram desenvolvidas algumas ideias que, conglobando lógica e argumentação, permitem auxiliar o órgão judicante. A junção lógica + argumentação não é, em si, algo inédito, sendo bastante verificar que boa parte das

modernas teorias da argumentação racional operam neste quadrante, situando o esforço lógico no ambiente interno da decisão (a justificativa interna, acaso assim se pretenda denominar) e a argumentação como aspecto externo, isto é, a justificativa (externa) da aplicação da metodologia silogística. Ocorre que a faceta interna da decisão em geral não ultrapassa a lógica formal, clássica; e, mesmo quando dela se aparta, não parece ficar claro como ou qual(is) aporte(s) lógicos poderia(m) ser utilizados com o específico objetivo de preenchimento de uma das insuficiências da metodologia dedutiva para prolação de decisões judiciais: as lacunas.

Assim, reconhecendo-se e investigando-se esta nuance da teoria da decisão judicial, algumas ideias foram expostas e desenvolvidas.

A primeira perpassou pela identificação do “framework” social propugnado por Charles Taylor como forma de revelação da vontade objetivada pelo ordenamento, a partir da visão operada pelo Poder Judiciário. Uma vez atento ao “framework”, o juiz estaria atuando, qual habermasiano co-participante da produção do direito, diretamente legitimado pela sociedade para delinear a solução da testilha submetida a apreciação. Sua atuação, nessa toada, dar-se-á em movimento meramente declaratório da vontade querida pela sociedade e, limitando-se ao reconhecimento, de certa maneira honnetiano, de um juízo descritivo a respeito de determinado ponto para, a partir dele, esquadriñar soluções.

A dificuldade da identificação do “framework” foi especificamente trabalhada no capítulo terceiro, em conjunto com a investigação das lacunas e correspondentes particulares. Em assim sendo, no capítulo segundo, aceitando-se a premissa da possibilidade de identificação do elemento Tayloriano sugerido, algumas formas de metodologia para construção da decisão foram desenvolvidas.

Em primeiro momento, tendo em linha de conta a insuficiência da lógica clássica para, só por si, açambarcar a justificativa interna, sugeriu-se a utilização, a partir do estudo da lógica deontica, do *modus ponens* deontico, que permite trabalhar com obrigações mutuamente contraditórias, como seriam as possibilidade de interpretação de expressão duvidosa em uma lacuna axiológica, ou, ainda, as possibilidade de preenchimento de uma lacuna normativa; e, a partir daí, construir-se, com a lógica diádica, um modal operativo deontico que confira força ilocucionária a quaisquer formas de significação das expressões utilizadas, ou possibilidades interpretativas, abrindo-se o flanco, ao mesmo tempo, para o aporte de dados e informações de outros ramos do conhecimento (econômicos, sociológicos, históricos, antropológicos etc) para solução das insuficiências na compreensão de expressões, ou suprimento da carência de significantes normativos. A lógica deontica diádica, operando por intermédio do *modus ponens*

deôntico diádico (“De p e $p \supset q$ derive-se q ”) propiciará, por conseguinte, delimitar as possibilidades de resoluções de lacunas sem descambar para trivialidade. Nesse ponto, é bom que se diga, a tese ora exposta encontra o seu aporte lógico, viabilizando ao final a construção de argumento sólido, não-trivial e sem déficit social de legitimação, na medida em que opera a partir do “framework”. Trata-se, como alhures salientado, de uma correção de rota na argumentação por dedução, doravante com aporte deôntico capaz de viabilizar uma abertura aos “frameworks” que emanem da sociedade.

Em que pese o auxílio da lógica deôntica como aparato e instrumental necessário para conferir solidez ao argumento e afastar a trivialidade, algumas situações de dificuldade na definição de expressões em princípio claras poderiam vir à tona, motivo pelo qual neste ambiente a lógica paraconsistente foi chamada a atuar. A partir da construção da compreensão de “silogismo paraconsistente”, que em nada infirma o modelo deôntico diádico anterior, permitiu-se dar conta de especificidades que poderiam vir a surgir, como, por exemplo, a definição de razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, dignidade de pessoa humana etc.

Bem de ver, contudo, que a lógica paraconsistente ocupa um lugar particular e excepcional na tese desenvolvida, operando somente enquanto ferramental apto a delinear a compreensão da expressão que, em seguida, comporá o *modus ponens* deôntico para alcance da solução final.

Para resumir e iniciar o trabalho de esquematização da tese até então sobrelevada, ter-se-á o seguinte:

PASSO 1: identificação: a) da lacuna, axiológica ou normativa; b) da impossibilidade de a metodologia dedutiva embasada na lógica clássica conferir, sem trivialidade ou defeitos argumentativos, a interpretação da norma e resolução da testilha;

PASSO 2: identificação do “framework” social, a partir de aportes oriundos da filosofia da razão prática, como adiante se verá;

PASSO 3: utilização da lógica deôntica diádica, permitindo-se, a partir do *modus ponens* deôntico diádico o direcionamento na escolha da solução a adotar, afastando-se subjetivismos, lógica das preferências e, ao mesmo tempo, garantindo que o dever-ser normativo opere à plenitude;

PASSO 4: excepcionalmente, aplicação da lógica paraconsistente para, com aporte no silogismo paraconsistente, afastar qualquer risco de trivialidade ou violação às leis lógicas, ao tempo em que permite ao juiz trabalhar a variação de graus das expressões de textura aberta

para preencher lacunas axiológicas e, no campo das normativas, colmatá-las de acordo com o juízo descritivo que apresente consequências normativas.

Algumas dificuldades que poderiam em princípio restar evidenciadas, como a forma de obtenção da variação de graus de expressões a partir da lógica paraconsistente e relações de complementariedade ou rivalidade entre as premissas e proposições normativas foram solucionadas no corpo do texto do capítulo segundo, restando, contudo, ao terceiro a definição e classificação das lacunas e, no campo propositivo, como se poderia obter o “framework” social a partir do qual o juiz viria a obter legitimidade direta para fins decisórios, habilitando-o, assim, ao preenchimento das lacunas.

Assim é que no capítulo terceiro a filosofia da razão prática foi convocada a auxiliar no processo de tomada de decisões. A partir da perspectiva de Frederick Schauer e Joseph Raz, objetivou-se definir o “framework” e alocá-lo em quadrante teórico em que se revele viável a sua utilização. Ademais disso, também se procurou delinear a função do aparato judicial e sua correlação com o sistema jurídico-normativo, isto é, como poderia obter a legitimação oriunda do “framework” e repassá-la aos provimentos decisórios.

A contribuição de Schauer na visualização do “framework” passa pela sua compreensão do caráter sub-ótimo das regras, ou seja, pela percepção da ocorrência de situações em que as regras se revelam super ou sub-inclusivas e, conquanto pretendam disciplinar à completez determinados quadrantes fáticos, não logram êxito. Schauer, como se desenvolveu no capítulo precedente e não se pretende agora retomar senão no limite em que necessário para a esquematização, sugere que as regras ostentam justificações subjacentes e que tais podem ser obtidas a partir da compreensão do processo de tomada de decisões.

Em verdade, as regras figuram como pontos de partida e, embora tenha um núcleo de significado por vezes mais claro do que o seu entorno, expõem também momentos de ausência de certeza semântica, ocasiões em que deve ser indagada qual a sua justificativa subjacente, que decorre da correlação entre a formulação semântica da regra e a divergência extensional. Se ainda persistir dúvida, deve-se perquirir a justificação de segunda ordem, que consiste na abertura do sistema para valores, consoante a feição positivista que propõe (as regras jurídicas se aplicam, mas a sua força não é absoluta e, diante de razões políticas, econômicas e morais, podem ser superadas).

Se, de algum modo, a justificativa subjacente em conjunto com o positivismo presumido (ou presuntivo, de acordo com a tradução original do termo) ainda parecem abrir

espaço para indeterminações acerca da definição do “framework”, elemento-chave para o desenvolvimento do trabalho, nesse preciso momento de incerteza a teoria preconizada por Joseph Raz traz luz ao debate.

Também sem pretender reiterar o quanto já exposto anteriormente acerca da teoria cunhada por Joseph Raz e já alhures mencionada, agora parece ser o exato momento para salientar a importância da sua classificação de razões para ação e a concepção quádrupla do sistema normativo: i) sistemas de normas interdependentes; ii) sistemas de validade compartilhada; iii) sistemas autônomos; iv) sistemas institucionalizados.

Em rápido escorço, no sistema de normas interdependentes, todas as normas estão correlacionadas, de modo que eventual imprecisão linguística pode ser encontrada a partir da interdependência entre normas figurantes no mesmo sistema; no sistema de validade compartilhada, a partir do momento em que se decida seguir uma norma, todas devem ser observadas (tal como no âmbito de jogos); nos sistemas autônomos, não se pode descurar dos valores inerentes ao próprio sistema (as pessoas envolvidas devem considerar os valores do jogo como valores); e, finalmente, nos sistemas institucionalizados se verifica, por amparo institucional, a existência de um órgão primário que emita provimentos decisórios vinculantes, estando legitimado a tanto.

A correlação que se opera entre os sistemas normativos e as razões para a tomada de decisão se verifica na particularidade de que em todas as concepções o Autor situa no intérprete (e não no sistema) a opção pela tomada de decisão em relação às regras, seja no que tocante à sua observância, seja na aquiescência de seus efeitos, seja por adotar o resultado do provimento decisório vinculante como algo institucionalizado e apto a gerar efeitos legítimos.

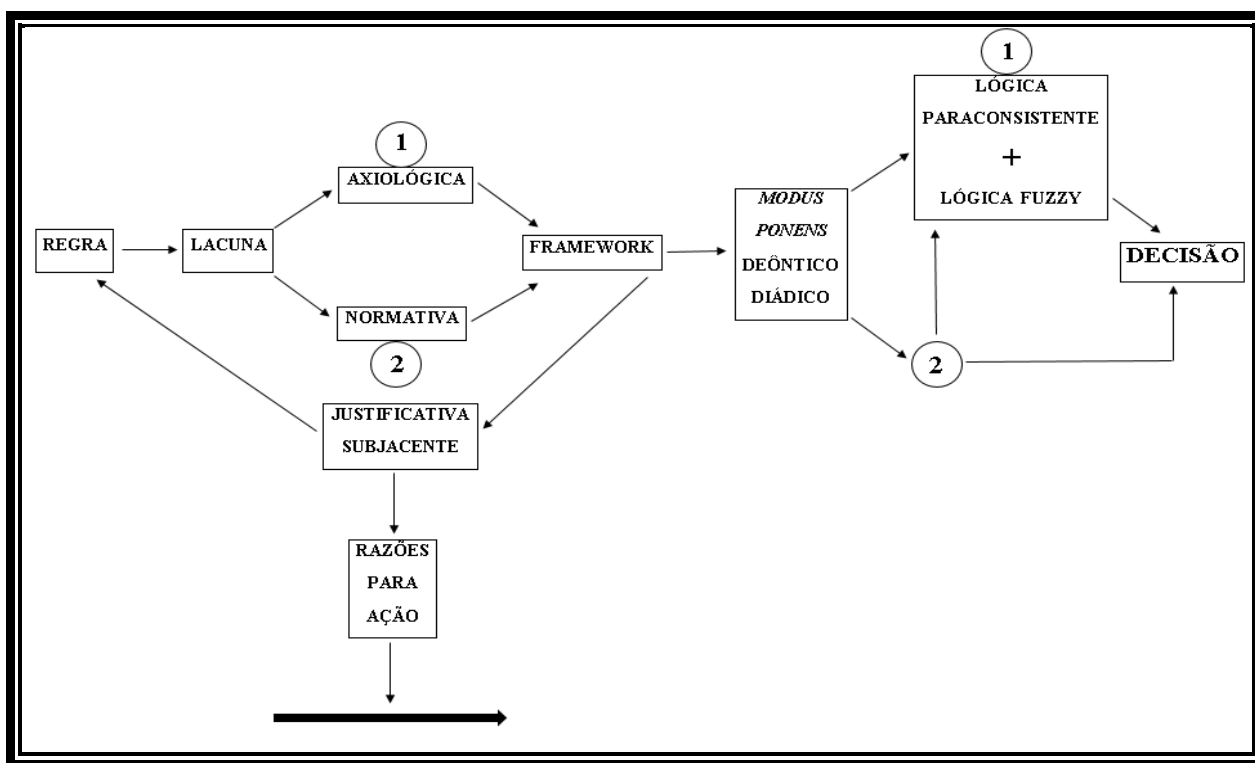
O signo linguístico normativo carente de grau de certeza em sua definição, ou o ajuste da ausência de disciplina a determinada situação consistirá em opção do intérprete e não carência do sistema, o que será obtido a partir das razões para ação, que, por sua vez, delineará a justificativa subjacente da regra e evidenciará o “framework” social que, sem intermediários, extrai da sociedade e o trabalho por intermédio do *modus ponens* deôntico e da argumentação racional.

O juiz, assim como o cidadão não investido na função judicante, extrairá das razões para ação em conjunto com o sistema normativo em que estiver inserido, a justificativa subjacente das regras, que traduzirá o “framework” e viabilizará o preechimento de lacunas, quer a nível de razão prática, quer a nível de resolução de casos.

Assim, a forma de preenchimento de lacunas de que se vale o juiz pouco se diferencia, no que tange à interpretação, da metodologia adotada pelo cidadão não investido na função judicante, apartando-se tão somente na alocação da vinculação do resultado interpretativo final, no caso do aparato judicial especificamente aos casos judicializados, por se tratar de um sistema normativo institucionalizado; e, para o cidadão em geral, vinculante em casos não judicializados. Afastando-se essa particularidade, ambos, o juiz e o não-juiz, identificam o framework e operam a nível de justificação subjacente por intermédio da razão prática da mesma forma: identificando razão para ação.

Tem-se, dessa maneira, a visualização do “framework” e a sua alocação no ambiente da teoria da decisão judicial no que é pertinente às lacunas.

Em termos esquemáticos, podemos assim então delinear a tese ora proposta:



c. O direito em ação.

O objetivo desta seção do capítulo, como anunciado anteriormente, é o de testar a aplicação da tese supramencionada em diversos casos já apreciados pelas Cortes pátrias, em que identificadas lacunas. Far-se-á breve exposição da situação fática conflituosa, seguida da metodologia utilizada pelo Julgado para solucionar a celeuma; e, na sequência, será introduzida

a proposta ora alinhavada, verificando-se ao final se o resultado atingido coincide, analisando-se o motivo da discordância, acaso diverso.

c.1. Lacunas constitucionais.

No capítulo precedente já foi analisada a possibilidade de lacunas constitucionais. O Supremo Tribunal Federal, consoante mencionado, não apresenta dificuldades em reconhecê-las, suprindo-as, no mais das vezes, por métodos tradicionais de interpretação jurídica, como, por exemplo, o recurso à analogia, integração analógica⁴⁰⁶ etc.

Observemos o ocorrido no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º. 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 132/RJ, em que o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, para o fim de compreender abrangido pelo conceito de família também as uniões estáveis homoafetivas e, portanto, aplicar símile tratamento tocante às uniões estáveis heteroafetivas⁴⁰⁷.

No voto condutor, o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, salientou, em breve escorço: i) que a regra de clausura kelseniana de fechamento hermético do sistema, segundo a qual o que não está proibido está permitido, conduz a entendimento no sentido de que o artigo 5º, inciso II da Constituição da República, ao consagrar o princípio da legalidade, não dispõe acerca da forma de utilização do aparelho sexual e, por isso, o silêncio normativo deve ser compreendido da mesma forma em relação às preferências sexuais dos indivíduos; ii) importa a conceituação de família, significante que não pode deixar de ser considerado como fato cultural e espiritual e não meramente biológico⁴⁰⁸.

Ao que se pode perceber destes dois tópicos mencionados no Julgado emitido pelo Ministro Relator no Supremo Tribunal Federal, em primeiro momento foi identificada uma lacuna constitucional, consistente em não prever explicitamente a relação homoafetiva como

⁴⁰⁶ A integração existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2) não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, 7ª ed., p. 1.234-1.235.

⁴⁰⁷ Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

⁴⁰⁸ Acentua, a propósito, que “(...) a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser”. Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

entidade familiar. Esta lacuna foi resolvida com recurso à técnica kelseniana de fechamento ou clausura do sistema, segundo a qual o que não se afigura proibido, revela-se permitido.⁴⁰⁹

Em prosseguimento, identificada uma lacuna normativa – ausência de previsão constitucional, denominada pelo Relator como silêncio normativo –, destacou a existência de uma lacuna axiológica, isto é, a necessidade de precisão do substantivo “família” inserido na Carta da República. O recurso utilizado pelo Relator dessa vez foi o da interpretação sistemática, valendo-se da própria Constituição e diversos dispositivos nela insertos para, ao final, concluir por um conceito não meramente biológico da expressão em foco.

Então, sob a sua óptica, a lacuna normativa, o “silêncio normativo” foi suprido pela regra kelseniana, em primeira fase, de fechamento ou clausura do sistema; e a lacuna axiológica pela interpretação sistemática da própria Constituição⁴¹⁰, conquanto, neste ponto, tenha também reconhecido que a Constituição optou por utilizar a expressão “família” na forma como revelada pelo “mundo do ser”, sem qualquer ortodoxia ou prevalência de técnicas ou inserções terminológicas jurídicas.

A alusão ao aporte do “mundo do ser” para perscrutar o conceito de família feita pelo Relator bem revela o deslevo da justificativa subjacente da regra, patente que se apresenta em seu núcleo de significado do “framework” social como forma de iniciar o trabalho de compreensão e exegese das lacunas axiológicas. No caso, chegou-se à lacuna axiológica após a identificação da lacuna normativa e sua solução, utilizando-se, para tanto, duas diversas técnicas.

Vejamos a sequência dos argumentos dos demais Julgadores para, em seguida, contrastá-los com a metodologia proposta.

O Ministro Luiz Fux, após assentar diversas premissas inerentes à condição/orientação homossexual, observou que a Constituição da República não veda a união entre pessoas do mesmo sexo e, bem assim, o conceito de família foi funcionalizado a partir do advento da Lei Maior, de maneira que não pode ser interpretado de maneira a amesquinhar os

⁴⁰⁹ Alchourrón e Bulygin identificam variação no âmbito da compreensão kelseniana acerca da cláusula de fechamento do sistema. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987, p. 99-102.

⁴¹⁰ Há, evidentemente, outras técnicas argumentativas utilizadas neste particular, como argumentos a *contrario sensu*, ou *a fortiori*, este último mencionado pelo Relator ao salientar que o Supremo emitiria pronunciamento homofóbico acaso se posicionasse em sentido oposto ao que sustenta: “Assim interpretando por forma **não-reduccionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*.” O reforço argumentativo utilizado, no entanto, não vem ao caso por ora, em que se investiga a linha central utilizada para fins de solução da lacuna identificada. Íntegra disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

direitos fundamentais⁴¹¹. Observa-se, vez mais, a utilização da teoria kelseniana do fechamento do sistema como forma de suprir a lacuna normativa e, em momento axiológico, o recurso à justificação subjacente da regra, de sorte a delimitar o conceito extensional do substantivo “família”. O Ministro identifica no amor familiar, comunhão para consecução de projetos coletivos e identidade (existência de vínculo que os une) os elementos que, de fato, consubstanciam uma família, hetero ou homossexual⁴¹².

Há, ainda, um ponto interessante no voto do Min. Fux, que consiste em identificar a extração de efeitos sociais nocivos da lacuna normativa. Ao salientar que a ausência de menção na Constituição da República acerca da união homoafetiva pode “catalisar a clandestinidade das relações homoafetivas”, introduz um curioso efeito decorrente da não-norma⁴¹³. Essa perspectiva corrobora o quanto sustentado em capítulo precedente, segundo o qual não há necessidade da existência de uma norma, ou seja, um enunciado dotado de efeito prescritivo para que consequências possam ser geradas de uma proposição normativa, vale dizer, um enunciado prenhe de efeitos descritivos. Note-se que foi exatamente essa a abordagem utilizada pelo Ministro, ao perceber que há efeitos nocivos oriundos da ausência de regulação normativa. A lacuna normativa reconhecida judicialmente não impede, portanto, um juízo descritivo extraído da não-norma, o que, ao final, credencia o julgador a extrair do esqueleto moral identificável a partir do contexto social (o framework, a estrutura social não visível) a solução normativa de determinada situação. A não-norma, em seu pernicioso efeito social, permitiu, no caso em tema, a obtenção de exegese funcionalizada da conceituação de família, em ordem a suplantiar a dificuldade axiológica que o termo impunha para solução da testilha.

6 “(...) o conceito constitucional pós-1988 de *família* despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, **não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais**”. Íntegra disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

⁴¹² “O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a **comunhão**, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a **identidade**, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”. Íntegra disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

⁴¹³ “O silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas, na aparente ignorância de sua existência; a ausência de acolhida normativa, na verdade, significa rejeição. Enquanto isso, sem a proteção do direito, resta ao homossexual estabelecer, no máximo, famílias de conveniência, de fachada, ou renunciar a componente tão fundamental de uma vida”. Íntegra disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

No capítulo II, observou-se que a ausência de norma não inviabilizaria a identificação de juízo descritivo do ordenamento a respeito de determinado ponto. Uma vez identificado, caberá ao juiz extrair a resposta ao questionamento não da norma, que inexistente, senão da própria moldura social que o direito propõe naquele recorte espaço-temporal. E, note-se, esta abordagem não é comunitarista, na medida em que a visualização da abrangência social do termo ou expressão não precisará coincidir com tradições comunitárias locais. Ao revés, ainda que exista divergência a respeito⁴¹⁴, caberá ao juiz adotar o posicionamento que identifique como atrelado à estrutura social não-visível da sociedade, em ordem a propiciar a formalização do grau de variáveis a ser submetida ao *modus ponens* deôntico.

Esta decorrência da ausência de norma ficou ainda mais clara com o voto da Ministra Carmen Lúcia, ao corroborar o entendimento anteriormente lançado no sentido da interpretação conforme à Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, à luz do §3º do artigo 226 da Carta da República, “(...) considerando o quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas (...) reações graves de intolerância quanto a pessoas que (...) fazem tais escolhas”⁴¹⁵.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na sequência do julgamento, principiou seu voto por deixar clara a presença da lacuna axiológica que o caso envolvia, salientando que “(...) para solucionar a questão posta nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídico-constitucional de família.”. Evidente a lacuna, tratou de colmatá-la salientando inicialmente que não se pode ultrapassar a clara redação do artigo 226 para, subvertendo até mesmo a interpretação genética conferida pelo Constituinte, entendê-la aplicável às pessoas do mesmo sexo. A solução, para Lewandowski, perpassa pela integração analógica, na forma como sugerida por Canotilho⁴¹⁶, de modo a concluir que o rol de entidades familiares previstas no artigo 226 da Carta da República não é exaustivo, podendo, por conseguinte, açambarcar também a previsão de pessoas do mesmo sexo como aptas a formalizar união estável.

⁴¹⁴ Neste quadrante, o voto do Relator chega a resumir posicionamentos favoráveis e desfavoráveis ao reconhecimento da união estável homossexual, citando até mesmo divergência jurisprudencial existente no âmbito de várias Cortes de Justiça pátrias. Íntegra disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 16 junho de 2015.

⁴¹⁵ Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 02 julho de 2015.

⁴¹⁶ “Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia. Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho (...)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1234-1235.

Isso porque, de novo o “framework”, “não há (...) como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico”⁴¹⁷, nas palavras do votante. O embasamento teórico para tanto veio com Konrad Hesse, também utilizado pelo Ministro Fux para os mesmos fins, de exigir a estabilização jurídica de situação fática já definitivamente assentada no âmbito da sociedade.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes ressaltaram o papel proativo da Corte Suprema na compreensão de demandas sociais e a necessidade da verificação da sua compatibilização com o conteúdo dúctil da Carta Maior. O Min. Gilmar, nesta oportunidade, inclusive lembrou ensinamentos de Gustav Zagrebelski em obra que aborda justamente esta exegese que se há de empreender de maneira a viabilizar a sintonia entre o decidido pela Corte e os anseios sociais⁴¹⁸ e, com isso, solucionar lacunas axiológicas como a que se verifica no contexto da celeuma inserida no processo objetivo em apreciação.

Curiosamente, o Min. Carlos Ayres Britto ressaltou que o caso em tema não retrata situação de lacuna, embora, em outra oportunidade do julgamento, tenha reconhecido que a Corte conferiu interpretação que se situa para além da literalidade do texto⁴¹⁹. O Min. Gilmar Mendes, ao contrário, reconheceu tratar-se de lacuna e, sem explicar se axiológica ou normativa, reclamou a necessidade de se conferir interpretação que protegesse os direitos em disputa⁴²⁰, função do Poder Judiciário que, aliás, também será abordada na sequência deste trabalho, com especial nota ao caso das lacunas. Citou, na ocasião, a mesma situação outrora lembrada por Chaim Perelman quanto aos decreto-leis editados, *sponte propria*, pelo Rei da Bélgica ao tempo da Primeira Guerra Mundial, enquanto, ocupada pelas tropas alemães, o Parlamento estava impossibilitado de se reunir. Neste caso, ainda que à falta de autorização constitucional, os atos normativos foram tidos como válidos pela Corte Constitucional quando

⁴¹⁷ Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 02 julho de 2015.

⁴¹⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta. Cap. 2, 1995. Em aproximada linha de visão: BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

⁴¹⁹ “O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.”. Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. p. 139. Acesso em 02 julho de 2015.

⁴²⁰ Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. p. 123. Acesso em 02 julho de 2015.

examinados à luz da constitucionalidade, tendo sido reconhecida situação de lacuna que demandou preenchimento na forma como a situação se verificou.

Sem cuidar especificamente de uma forma de preenchimento da reconhecida lacuna e citando outro caso em que a necessidade de colmatação se revelou candente⁴²¹, o Ministro Gilmar Mendes centrou sua atenção em construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que denominou “pensamento do possível”, cujo significado nada mais quer dizer senão que, diante de uma situação em que o sistema normativo não preveja uma solução específica para determinada hipótese, deve-se verificar o que é possível realizar diante do quadro fático então existente.⁴²² Outra forma de preenchimento citada pelo Ministro, com apoio no voto do Ministro Lewandowski, foi a utilização da analogia.

Os votos que se seguiram, dos Ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e, finalmente, do Presidente à época, Ministro Cezar Peluso, enfocaram mais a questão substancial do que, propriamente a existência de uma lacuna no sistema a demandar preenchimento judicial, ou o estabelecimento de alguma metodologia nesse sentido. O Ministro Celso de Mello apenas enfatizou, nesse âmbito, que a função do Poder Judiciário, por vezes, é a de enfrentar vazios

⁴²¹ Recurso Extraordinário Criminal n.º 147.776, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de o Ministério Público Estadual propor ação indenizatória em favor de vítimas pobres em localidades aonde não estivesse instalada e em funcionamento a Defensoria Pública Estadual. Íntegra do V. Julgado pode ser encontrada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, p. 123. Acesso em 02 julho de 2015.

⁴²² O quadro fático existente, segundo apontou o Ministro foi o de que, de acordo com a Procuradoria Geral da República, em 2010 existiam cerca de 60.002 (sessenta e dois mil) casais homossexuais vivendo juntos e sem amparo ao direito. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Nesse sentido, destaco que, segundo dados do Censo 2010 divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60.002 (sessenta mil e dois) casais homossexuais vivendo juntos. O número pouco expressivo certamente não reflete a realidade – e se entende que talvez estejamos diante de um fenômeno de estatística escondida – muito provavelmente em razão da discriminação, da falta de um modelo institucional, de autoconvenção e de autoproteção dessas pessoas. A falta de institucionalização desta questão contribui para esse quadro. Esse dado estatístico revela, ainda, que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil passa pelo enfrentamento de dificuldades de diversas ordens.”. Esta seria a demanda que, por via do pensamento do possível, estaria a reclamar solução judicial. Na ocasião, ainda foi reconhecida a inexistência de lei acerca do assunto – portanto, lacuna normativa – e a necessidade que, por este fator, gerava a demanda proativa do Poder Judiciário: “Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses. Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhece-se a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família. Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou neste julgamento que são muitas as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em torno desse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.” ADPF 132/RJ. Íntegra do Julgado disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>, p. 161-163. Acesso em 02 julho de 2015.

normativos, ou espaços ainda não ocupados pelos demais Poderes instituídos; porém, com o exclusivo objetivo de salvaguardar algum direito ou responder alguma indagação na esfera da constitucionalidade, de modo que, por isso, a sua conduta, antes de desrespeitar, estaria observando a Lei Maior da República, consolidando o Estado Democrático de Direito e conferindo a satisfação jurisdicional ao cidadão que a postula – função protetiva e estabilizadora adiante tratada.

Enfim, o que se pode observar, conquanto exista divergência no tocante à existência ou não de lacunas no voto dos Ministros, é que ao final a Corte Constitucional conferiu interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil para compatibilizá-lo com a redação do artigo 226, §3º da Carta da República, em ordem a reconhecer que as uniões homoafetivas ostentam, assim como aquelas heterossexuais, embasamento constitucional e, por isso, não apenas devem ser respeitadas, como também protegidas pelo aparelho público institucionalizado.

No que concerne ao método de solução das lacunas (para aqueles votantes que as reconheceram), ou de interpretação da redação plurisêmica do texto constitucional, utilizou-se, em resumo, a analogia e o recurso à construção jurisprudencial do “pensamento do possível”; a primeira com o objetivo de evidenciar que a situação das uniões homossexuais não poderiam diferir, em conteúdo, das heterossexuais e, considerando que a Constituição não estabelece uma disciplina *numerus clausus* apenas para estas, também àquelas deveriam as mesmas razões de direito ser aplicadas; e esta, genericamente aplicável em todas as casuísticas em que simplesmente o sistema normativo não estabelece alguma solução a ser prontamente aplicada por algum reclamo fático-social. Não há, com o “pensamento do possível” qualquer alusão a método, ou procedimento a ser trilhado para o alcance da solução final.

c.1.1. Framework, regras e metodologia.

Confrontemos agora a metodologia da analogia e do “pensamento possível” utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 4.277/DF e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ e a tese exposta para fins de colmatação de lacunas.

Charles Taylor, em texto denominado “Seguir uma regra”⁴²³ recupera exemplo fornecido por Wittgenstein que denota a dificuldade de se compreender situações

⁴²³ TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral. EDIÇÕES LOYOLA: São Paulo, 2000, p. 181-196.

aparentemente simples de disciplinas normativas. Supõe que um forasteiro deseja chegar a uma determinada cidade, mas não sabe como fazê-lo, motivo pelo qual pergunta a alguém que vive no local e, por isso, conhece as regras e símbolos consolidados; esta pessoa se limita a dizer ao forasteiro que para chegar à cidade “basta seguir as setas que apontam para o caminho correto”. Entendendo suficientemente esclarecida a questão, retira-se, deixando o forasteiro com a seguinte indagação: vendo a seta, qual o ângulo deverá seguir? Será o que aponta para frente, o que aponta para um lado, outro lado, ou, até mesmo, que aponta para o lado oposto? Não sabendo o que fazer, já que não se enquadra nos usos e tradições locais, tampouco encontra razões para agir, ou seja, não consegue simplesmente movimentar-se no sentido que deseja.

Taylor observa que o ser humano, em perspectiva intelectualista ao menos, é um centro de consciência monológica, cujas ações são complementadas por panos de fundos que delimitam ações para as quais não se necessita sequer de justificação. E não se necessita de justificação, porque já se chegou ao fim: “obedecer uma regra é praticá-la”, na visão de Wittgenstein, com a qual concorda⁴²⁴. Em assim sendo, as conexões que existem entre a regra, a ação e a consciência são vínculos de fato e não de justificação, de modo que em algum momento do atuar, a pessoa simplesmente atua, considerando parâmetros de fato com os quais a sua conduta se encaixa independentemente de justificação, ou, dito de outra maneira, porque a justificação já se esgotou em si mesma, conferindo ao indivíduo toda a carga de ações possíveis e, com isso, viabilizando a conduta irrefletida.

A partir deste ponto, o ser se torna um centro de consciência não apenas monológica, senão dialógica, aberto para os vínculos fáticos que se resumem na justificativa para a ação, incorporando-as em caráter definitivo ao ponto de sequer necessitar discuti-las a cada ponto em que eventualmente questões de divergência conexas a estes pontos vierem a surgir: “Se esgotei minhas justificativas, alcancei o leito de pedras e minha pá entorta. Então sou inclinado a dizer: Isso é simplesmente o que faço (...) Obedeço a regra cegamente”, para novamente relembrar Wittgenstein, de acordo com Taylor⁴²⁵.

⁴²⁴ TAYLOR, Charles. *op. cit.*, p. 186.

⁴²⁵ Aqui, importante não compreender a obediência cega à regra sugerida por Wittgenstein e Taylor como algo fora do contexto. Não se trata de obediência a uma regra sem qualquer exame de seu conteúdo deontológico, no estilo “obedecer por obedecer”, mas sim observá-la, porque já se esgotaram as razões e justificativas que demandavam solução diversa, em contextos iguais. Partindo da introdução do ser, enquanto centro de consciência monológica, a um espaço de consciência dialógica, a obediência se dará simplesmente porque a situação assim reclama, nada mais. Dessa feita, se em determinada sociedade se sabe que o ângulo da seta que aponta para frente é o que deve ser seguido, não se haverá de procurar justificativas para tal ação; seguir-se-á a regra, porque é assim que a sociedade a traçou. Esta compreensão, explicada por Taylor, é a que de fato melhor se compatibiliza com a sentença lançada por Wittgenstein.

Esta forma de ver a obediência às regras se revela afinada ao que Pierre Bordieu denomina *habitus*, o que, aparte algumas divergências semânticas, identifica-se com a compreensão de “framework” sustentada por Taylor. Práticas codificam a compreensão de gestos, regras e, ao fim e ao cabo, razões para ação; e este movimento não é exclusivamente jurídico, senão que aplicável a todas as situações em que o ser, enquanto centro de consciência monológica, torna-se dialógico e interage com os seus demais concidadãos. Esse movimento de interiorização de justificativas, que conferirá razões para ação sem que sequer delas se necessite preocupar quem age, limita-se a denotar a movimentação do “framework” Tayloriano, ou o *habitus* de Pierre Bordieu, rumo ao que já se estabeleceu em termos de atuação e compreensão social. Não há necessidade de justificativa, porque tais já se fizeram ver anteriormente e se apresentam a cada vez que a conduta se dá no plano fático. Obedecer a uma regra, nesta perspectiva, é como um casal dançando, ou dois trabalhadores serrando uma tora com uma serra; haverá ritmo, cadência, movimentos coordenados, expectativas e cumprimento de expectativas, sem dissonância, desatinos, ou comportamentos desvairados, inéditos, ou *ad hoc*⁴²⁶. Não haverá, simplesmente, razão para tanto. Aliás, Bordieu assinala que o *habitus* se caracteriza por ser um “sistema de disposições duradouras e transponíveis”⁴²⁷.

Trazendo esta visão para a casuística examinada pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que, seja sob a visão da analogia, seja pela via da construção jurisprudencial do “pensamento possível”, o que se procurou desvelar foi a compreensão da expressão contida no artigo 1.723 do Código Civil, se em confronto com a redação do artigo 226, §3º da Carta da República. À falta de conteúdo semântico especificamente cerrado, alguns Ministros argumentaram que se fazia necessário compreender com *numerus apertus* a expressão delineada pelo texto posto, ao passo que outros tentaram, uma vez resolvida a questão semântica, resumir a controvérsia à aplicação de disciplina normativa correlata.

De fora parte a identificação da existência de lacuna, certo é que dificuldades semânticas e de disciplina normativa foram encontradas pelos Ministros. Em que pese se tenha tentado resolvê-las à custa de analogia ou construção jurisprudencial, foi com base apenas no movimento dialógico traduzido pelo *habitus* de Bordieu, ou “framework” Tayloriano que se propiciou compreender, captar e traduzir a visualização social acerca da justificativa a demandar a colmatação da lacuna. A exemplo de qual ângulo da seta que o forasteiro não sabia seguir, fosse o caso de dissociar espaço-temporalmente o conflito da movimentação social, ou

⁴²⁶ TAYLOR, Charles. *op. cit.*, p. 187.

⁴²⁷ *Idem*, p. 188.

limitá-lo ao centro de consciência monológica apartado dos ambientes dialógicos, não haveria como sublimar a interpretação literal do comando normativo que impedia o exercício do direito postulado. Note-se, a propósito, que, sendo o vínculo dialógico eminentemente fático, o órgão investido na função judicante se limitou a declará-lo, não havendo com isso qualquer déficit de legitimidade ou intromissão indevida na esfera de competências inscrita constitucionalmente para outros Poderes instituídos.

Este é, contudo, o ponto de partida. Identificar o “framework” que funciona como pano de fundo para viabilizar a compreensão da dificuldade semântica existente, ou, em sendo o caso de lacunas normativas, a ausência de aporte legal para a situação. Em seguida, ter-se-á que estabelecer a formulação do *modus ponens* diádico a conferir, sem contradições, as opções de respostas possíveis; e, em seguida, sendo o caso, submetê-lo à lógica fuzzy ou paraconsistente.

Na espécie, as lógicas fuzzy e paraconsistente não serão aplicáveis – como se viu em momento oportuno deste trabalho, ambas são contingentes, excepcionais e, portanto, podem não encontrar aplicação em todas as hipóteses, como a que ora se examina –, na medida em que a solução da lacuna axiológica referente à expressão utilizada tanto pelo Código Civil, como pela Constituição da República se esgota na identificação dialógica da compreensão social a respeito. Não há variações de graus entre homens e mulheres a demandar o emprego das técnicas inerentes às lógicas fuzzy ou paraconsistente. Sua aplicação será adiante tratada, em uma das variações pertinentes à feição geral da teoria.

Dessa feita, identificado o elemento dialógico, seguir-se-á a formulação do *modus ponens* diádico, na espécie de visualização bem clara e evidente, para, após, alcançar-se a solução traduzida pela decisão final.

Vejamos em termos esquemáticos:

Problemas que o caso envolve:

- a) o que é família para a sociedade atual?
- b) uniões homoafetivas constituem família na forma como compreendida para a sociedade atual?
- c) é possível a configuração de união estável nas relações homoafetivas?
- d) com base em qual aporte normativo?

1° PASSO: identificação do Framework.

Perguntas correlatas:

- a) qual a estrutura dialógica inerente ao termo “família” no recorte atual da sociedade?
- b) existe razão ou justificativa subjacente que discrepe dessa compreensão?

2° PASSO: LÓGICA DEÔNTICA DIÁDICA:

Formulação a ser seguida: “De p e $p \supset q$ derive-se q ”.

3° PASSO: LÓGICA FUZZY:

Metodologia: Mandani.

INAPLICÁVEL NO CASO:

4° PASSO: LÓGICA PARACONSISTENTE:

Metodologia: Silogismo Paraconsistente.

INAPLICÁVEL AO CASO:

5° PASSO: DECISÃO FINAL

Com este itinerário, permite-se a identificação e aplicação da faceta padrão da tese ora propugnada, capaz de lastrear solução tanto de lacunas axiológicas como normativas sem perda de legitimidade para o aparelho judicial.

O esquema gráfico acima mencionado demonstrou o passo-a-passo que agora, contrastado com casuística julgada pelo Supremo Tribunal Federal, permite a identificação e detalhamento que a tese reclama.

Esta é, contudo, a feição padrão da teoria, comportando, diante das especificidades dos casos trazidos à análise do órgão judicante, algumas variações.

Passemos a examiná-las.

c.2. Lacunas constitucionais – PRIMEIRA VARIAÇÃO

Por oportunidade do julgamento do Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF, o Supremo Tribunal Federal se viu na contingência de deliberar a

respeito da possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo. A demanda fora assacada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

O voto prevalecente foi o do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, que reconheceu a inconstitucionalidade nos estritos termos pedidos, autorizando, por consequência, a interrupção da gestação quando configurada a mazela que soçobrava a saúde do feto, inviabilizando-o para prosseguimento em vida extrauterina⁴²⁸.

A questão central, portanto, girava em torno da caracterização do feto com diagnóstico de anencefalia como ser humano, albergado, acaso assim se considerasse, pela plêiade de normas que se inserem no contexto do Estado Democrático de Direito. Ao transcórrer da prolação de seu voto, o Ministro Marco Aurélio lembrou dados médicos lançados em audiência pública que comprovavam, inclusive com base em exames especializados, que os fetos corretamente diagnosticados como portadores de má formação do tubo neural durante a formação embrionária resultando na ausência da formação do encéfalo e do crânio, não se afiguravam diferentes daqueles que já não ostentavam qualquer atividade cerebral: “O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimentos cardíacos e respiração”, afirmou, em audiência pública, o Dr. Thomaz Rafael Gollop, Professor Livre-docente em Genética médica da Universidade de São Paulo – USP.

Em outro extremo, a questão da definição do início da formação da vida foi tratada no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, em que questionada a constitucionalidade do art. 5º da Lei Federal nº. 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, ademais de estabelecer condições para essa utilização⁴²⁹.

O Relator sustentou que a existência da vida humana depende necessariamente da implantação do embrião no útero humano, sob pena de não existir em caso diverso, de modo que o artigo 5º da Lei vergastada, ao seu ver, consubstanciaria bloco normativo bem concatenado ao disciplinar a possibilidade de utilização das células tronco embrionárias, não

⁴²⁸ Íntegra do voto disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 25 junho de 2015.

⁴²⁹ Íntegra do julgamento disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>. Acesso em 25 junho de 2015.

malferindo, por consequência, o direito à vida. A Ministra Ellen Gracie acompanhou o voto do Relator, salientando que “o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.”. Assim também caminharam os votos proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Celso de Mello e a Ministra Carmen Lúcia.

A dissidência – parcial, em verdade – foi assinalada pelo ora já falecido Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que conferiu interpretação conforme ao texto constitucional do artigo combatido, de maneira a autorizar as pesquisas com as células-tronco, porém sem prejuízo para os embriões humanos viáveis, ou seja, sem que fossem destruídos.

Outros Ministros apresentaram uma espécie de voto médio, autorizando a pesquisa com as células tronco embrionárias, mas criando alguma sorte de condições e especificidades. Tais foram os votos proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Gilmar Mendes⁴³⁰.

A análise dos dois casos supramencionados permite a obtenção de interessantes conclusões acerca da metodologia das lacunas – em específico a lacuna axiológica – se examinados sob o ponto de vista da lógica fuzzy e paraconsistente. Esta é, portanto, a primeira variação a ser deslindada no que concerne à tese proposta, em que as lógicas fuzzy e paraconsistente ostentam caráter excepcional, somente se revelando aplicáveis em momentos bem específicos, quando a vagueza do termo questionado não permite, sequer diante do “framework”, a clareza de seu conteúdo. A expressão é nebulosa e, para resolvê-la, somente por uma lógica que atue neste quadrante se poderá operar. Por outro lado, há em princípio contradições que devem ser resolvidas para que o resultado decisório final, em que pese aparentemente bem alinhavado, não padeça de trivialidade.

Examinemos, dessa feita, a questão sob a vista da lógica paraconsistente, inicialmente.

Em princípio, as conclusões achegadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ambos os casos é contraditória: ora decidiu-se pelo início da vida a partir do momento em que, parafraseando a Ministra Ellen Gracie, o embrião encontra o seu ninho natural de desenvolvimento, ora se e somente se o tubo neural que viabiliza a formação do cérebro e do crânio se fizer anatomo-fisiologicamente adequado, de maneira a garantir a viabilidade da vida extrauterina. As conclusões são, em princípio, contraditórias, porque ou se

⁴³⁰ Excerto de todos os votos mencionados pode ser encontrado em: <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>. Acesso em 25 junho de 2015.

estabelece, para fins de delinear o início da vida, que tal se verifica com a formação do tubo neural, ou com a mera fixação do embrião no seu ninho natural de desenvolvimento.

Retomando algumas premissas já desenvolvidas em capítulo precedente, tem-se que, sob o ponto de vista da lógica paraconsistente, algumas expressões jurídicas podem sofrer variações de grau em sua aplicação sem incorrer no conhecido princípio da explosão. O caminho utilizado pela lógica paraconsistente para ceifar, no âmbito judicial, essa problemática é o “silogismo paraconsistente”, que considera que as relações de implicação, conjunção e equivalência devem ser definidas consoante o cálculo proposicional, de modo que o ato encontrará em seu valor de performance o elemento que virá a definir a forma de aplicação das relações de implicação, conjunção ou equivalência. A formulação, para tanto, fica assim estabelecida: $\exists x (p(x) \wedge \neg p(x))$.

Consoante anteriormente delineado em momento pregresso deste trabalho, cada predicado possui, no interior do discurso, três elementos: i) aquele que o satisfaz; ii) aquele que não o satisfaz; e iii) aquele que, ao mesmo tempo, o satisfaz e o não satisfaz.

No caso em debate, temos o seguinte: i) o embrião que não encontrou o seu ninho natural de desenvolvimento, fixando-se no útero, não é ser humano; e, portanto, não ostenta vida; ii) o embrião que se fixou no útero, mas não apresenta formação completa do tubo neural e, por isso, do encéfalo e do crânio, tampouco ostenta vida; iii) o embrião que se fixou no útero e apresenta formação do tubo neural ostenta vida.

O exame dos elementos indica a existência de uma especificidade no tocante à formação da vida: o embrião haverá não apenas de se fixar em seu ninho de desenvolvimento natural, mas também apresentar formação completa do tubo neural e, por consequência, do encéfalo e do crânio para que possa ser qualificado como ser humano e, por isso, agasalhado em sua proteção de direitos pelo ordenamento jurídico.

Como se dará, todavia, a delimitação dessa especificidade?

Neste ponto, a lógica paraconsistente faz uso da teoria semântica da verdade de Alfred Tarski para o fim de admitir diferenças de graus (valores de performance) nos conceitos-chaves utilizados na premissa normativa e, com isso, permitir a introdução de elemento valorativo que permita atribuir correção à casuística fática (funções predicativas). A ideia é a de que as “variáveis livres” que se verificam nas orações permitam a seguinte disjunção lógica “x é maior que y, ou x é igual a y” satisfaça ao menos uma das funções “x é maior que y”, ou “x é igual a y”. E isso é o que precisamente ocorre no caso em debate, pois ao se admitir que a vida se inicia com a especificidade não apenas do alinhamento do embrião no útero, mas também que o tubo neural

que viabiliza a formação do encéfalo e do crânio se apresentem lídimos, alcança-se, com o apoio da lógica paraconsistente, a correta delimitação da lacuna axiológica existente por detrás da expressão formação da vida. Ou seja, para os fins da definição da expressão – e adotando o método paraconsistente –, tem-se que a vida se forma quando o embrião que apresenta formação do tubo neural se fixa no útero.

Esvai-se a aparente contradição inicialmente exposta e, ao mesmo tempo, alcança-se a definição da lacuna axiológica que resolve à plenitude a casuística.

Resta, no entanto, definir uma questão importante neste mesmo âmbito: quando se daria a completa formação do tubo neural, de modo a caracterizar a anencefalia? No transcurso do julgamento da ADPF n.º. 54/DF, o Ministro Relator, Marco Aurélio, lembrou o célebre caso da menina Marcela, que, supostamente portadora de anencefalia, teria sobrevivido por um ano, oito meses e nove dias após o seu nascimento, o que viria a derruir toda a tese segundo a qual a viabilidade extrauterina do feto anencéfalo se revela impossível em cem por cento dos casos.

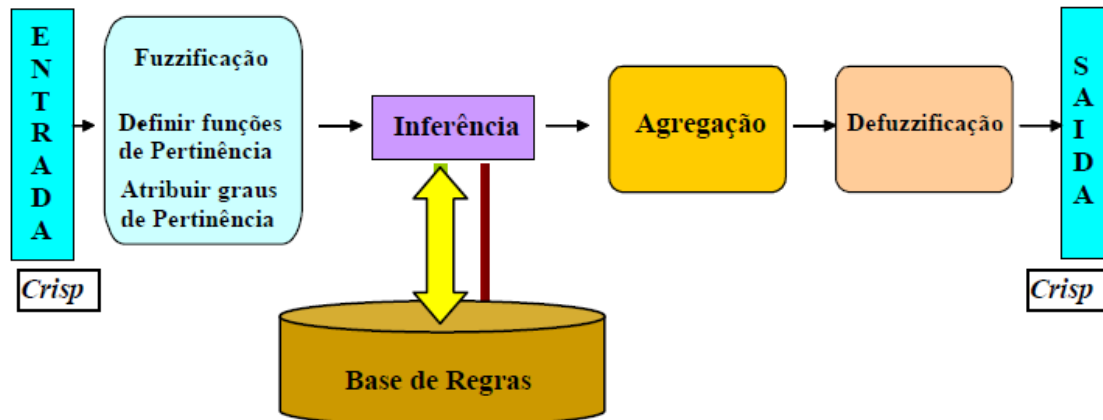
Na oportunidade, o Dr. Thomaz Rafael Gollop sustentou que o caso de Marcela não representava diagnóstico clássico de anencefalia de acordo com a literatura médica, mas, em verdade, meroencefalia, que se caracteriza pela formação de partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal –, o que explicaria a sobrevivência de Marcela por acentuado tempo em ambiente extrauterino. O Professor destacou que a erronia no diagnóstico ficou evidente após a realização de exames de imagens, em que restou claro que Marcela apresentava resquício do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais, o que a descaracterizaria por completo como portadora de anencefalia⁴³¹.

Assim, diante do exemplo extremo de Marcela, criou-se a seguinte questão fundamental a ser resolvida para fins de definição da lacuna axiológica da formação da vida: quando se dá a formação completa do tubo neural para fins de caracterizar a anencefalia?

Como sói evidente, a compreensão do “framework”, os aparatos lógico-clássicos e sequer a lógica paraconsistente auxiliam neste momento. Não se trata de definir a premissa normativa, fática, ou verificar se e em que medida existe contradição, mas sim aquilatar, em termos de graus, a partir de qual momento se poderá compreender que existe uma formação completa do tubo neural a fim de dar ensejo à vida; ou seja, definir, em termos de graus, a aplicação da expressão que consubstancia o elemento central para resolução da celeuma.

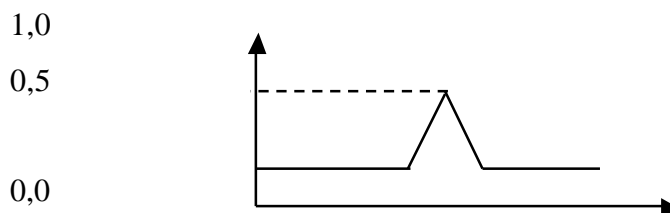
⁴³¹ Íntegra da descrição do caso em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>, p. 52. Acesso em 25 junho de 2015.

No capítulo anterior, utilizamos a lógica fuzzy para o estabelecimento de lacunas axiológicas e a sua compreensão a nível de graus de expressões utilizadas. A metodologia preferida, entre várias existentes, foi o método Mandani, representado pelo seguinte quadro, utilizado por Harris e Cheng:



Para simplificar e não necessitar retomar as explicações anteriormente expostas, consideremos apenas que a variável “vida” ostenta em seu conjunto de termos “formação completa do tubo neural” e que, para atribuição do universo do discurso, todas os fetos que se apresentem com formação completa do tubo neural são considerados vivos. Atribuímos valores de: i) 0 para nenhuma formação do tubo neural; ii) 0,5 para parcial formação do tubo neural; e iii) 1) para total formação do tubo neural e, sobre essas variáveis, a seguinte formulação: $R = \{\mu_R(x,y) / (x,y)\}$ tal que $\mu_R(x,y) = f_{\rightarrow}(\mu_A(x), \mu_B(y))$, já anteriormente explicada.

O quadro que resulta da aplicação dessa formulação é o seguinte:



Ou seja, aponta no sentido de que a formação da vida se dá no nível 0,5, de maneira que, havendo qualquer formação do tubo neural, ainda que mínima, não estará caracterizada a anencefalia.

A definição da lacuna axiológica se altera um pouco à vista do que anteriormente exposta, tendo sido, porém, esclarecida a questão da definição do grau da formação do tubo neural como apto a revelar vida. Assim é que se tem que a vida se forma quando o embrião apresenta formação, ainda que parcial, do tubo neural e se fixa no útero.

Essa conclusão discrepa, em parte, do resultado encontrado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu viável a vida se o embrião ostentar completa formação do tubo neural, ao passo que como resultado da utilização da tese ora exposta, encontrou-se que a vida se forma à vista de dois elementos: a) formação, ainda que parcial, do tubo neural; ii) fixação do embrião no útero.

A diferença de resultados demonstra que a conclusão achegada pelo Supremo não se coaduna com o esclarecimento da lacuna axiológica que o caso envolve à base das lógicas paraconsistente e fuzzy, primeira variação da teoria-padrão, sendo que as consequências podem ser completamente díspares acaso se considere uma ou outra definição. No exemplo da Marcela, ainda que não reconhecida a anencefalia, não discreparia da decisão final considerá-la como carente de vida, já que a formação do tubo encéfalo e crânio não foram totais, ao passo que, testada a premissa sob o ponto de vista ora desenvolvido, não haverá como deixar de considerá-la viva, eis que a formação do tubo neural difere de grau 0, alcançando grau 0,5.

Estes são exemplos que demonstram a necessidade de se estabelecer uma metodologia para definição de expressões lacunosas, em ordem a propiciar, com lastro em argumentação racional, o desenvolvimento do direito enquanto técnica decisória. Vejamos outra variação, agora envolvendo lacunas normativas.

c.3. Lacunas constitucionais – SEGUNDA VARIAÇÃO.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n°. 603583/RS, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a arguição de inconstitucionalidade do exame da Ordem dos Advogados do Brasil pleiteada por bacharêu em direito que, tendo colado grau em 2007, não logrou êxito na prova que lhe habilitaria para atuar profissionalmente como advogado. A argumentação que lançava considerava que o exame obrigatório realizado após a obtenção do

título de bacharéu violava os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, ademais do livre exercício das profissões⁴³².

O resultado do julgamento foi no sentido de denegar a postulação inaugural, admitindo-se a constitucionalidade do exame. O Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, considerou que o exame não revelava qualquer pecha no tocante à constitucionalidade, uma vez que cabe limitar o acesso às profissões se em prol do interesse coletivo, o que, sob sua mirada, encontra abrigo no artigo 5º, inciso XIII da Carta da República, que, por sua vez, remete à qualificação exigida por lei, no caso a Lei nº. 8.906/94 ao exigir, no artigo 84, a realização do exame para habilitação técnica do bacharéu enquanto advogado.

A decisão foi unânime, podendo ser lembradas algumas importantes considerações levadas a cabo pelos Ministros votantes. O Ministro Luiz Fux acompanhou o Relator, porém com a nota de que o exame estaria caminhando no sentido da inconstitucionalidade se em sua organização e correção não fosse, no futuro, observada uma composição mais pluralista, permitindo que setores diversos da sociedade viessem a participar do evento. A Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha considerou que a regra prevista no artigo 84 da Lei nº. 8.906/94 atende plenamente ao contido no artigo 5º, inciso XIII da Carta da República, pelo que inexistiria qualquer embaraço à sua incidência. O Ministro Ricardo Lewandowski visualizou na teoria dos poderes implícitos o suporte constitucional para o exame, ao passo que os Ministros Ayres Britto e Celso de Mello ressaltaram o caráter social da importância do exame ao não permitir que profissionais não-habilitados tecnicamente ingressassem no mercado de trabalho e, por sua inaptidão, viessem a prejudicar interesses e direitos de terceiros que confiavam em sua perícia profissional para trato de questões conflituosas. Por derradeiro, considerando que os Ministros Dias Toffoli e Cezar Peluso acompanharam o Relator sem maiores considerações, lembrou o Ministro Gilmar Mendes que o exame da OAB encontra-se sob o pálio de reserva qualificada de lei no arcabouço constitucional e, de outro tanto, revela-se plenamente justificável sob o ponto de vista da proporcionalidade, já que contém abertura bastante flexível, viabilizando que os interessados tentem a aprovação em 03 (três) distintas oportunidades ao longo do ano.

No caso não foi explicitamente reconhecida a existência de lacuna normativa, em que pese a Constituição não disponha expressamente acerca da exigência da realização do

⁴³² As informações pertinentes ao V. Julgado podem ser encontradas em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=192411>. Acesso em 29 junho de 2015.

exame da OAB para fins de habilitação técnica do profissional que cola grau em faculdade de direito.

Ao que se pôde depreender do breve relato dos votos, duas foram as teses centrais utilizadas para reconhecer a constitucionalidade da prova vergastada: i) o fato de que a Constituição remete à lei a disciplina sobre a qualificação técnica exigida para o exercício de determinada profissão; ii) o interesse social que se pode haurir do exercício da advocacia, tendo em linha de conta que a permissão de que profissional não tecnicamente habilitado ingresse no mercado pode vir a prejudicar direitos alheios e, em último grau, à própria sociedade.

Estas considerações permitem visualizar uma segunda variação da tese ora exposta, agora trabalhando especificamente o grau de variação do “framework” identificado por ocasião do julgamento.

Em primeiro momento – e antes que se lance crítica neste sentido –, observe-se que, conquanto não explicitamente reconhecida a existência de lacuna, tampouco existe previsão constitucional para a realização do exame da OAB, de modo que se, em primeiro momento, o exemplo parece desservir aos propósitos do trabalho, uma análise mais detida revela justamente o contrário, isto é, a presença de elementos teóricos em ação que viabilizam a tomada de decisão nas hipóteses em que inexistia previsão constitucional *expressa* acerca do tema discutido. Esta é a razão pela qual o exemplo está sendo ora abordado; com o intento de trazer luzes para as situações em que a reserva qualificada de lei, parafraseando o Ministro Gilmar Mendes, tragam em si dúvidas quanto à sua aplicabilidade a determinada situação.

A questão a resolver no RE n.º. 603583/RS era a constitucionalidade do exame previsto no artigo 84 da Lei n.º. 8.906/94. A disciplina constitucional do tema, inserida no artigo 5º, inciso XIII, não tratava especificamente deste exame, reconhecendo, porém, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”⁴³³ (grifos nossos). O ponto nodal, dessa feita, era deslindar se entre as “qualificações profissionais que a lei estabelecer” pode se inserir o exame previsto no artigo 84 da Lei mencionada.

Para tanto, a linha argumentativa que prevaleceu, como supramencionado, levou principalmente em consideração o caráter social do exercício da profissão da advocacia, destacando que a introdução no mercado de profissionais não habilitados tecnicamente para a

⁴³³ Íntegra do texto normativo disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 29 junho de 2015.

prestação dos serviços aos quais se propunham poderia gerar um prejuízo aos direitos em disputa e, em última senda, principalmente à sociedade.

Esta circunstância não estava prevista quer na Constituição, quer na Lei n.º 8.906/94, tendo sido extraída da justificativa subjacente à regra que prevê o exame (o artigo 84); e, de acordo com a visão dos Julgadores. Dito de outra forma: para o reconhecimento da constitucionalidade do exame não serviu imediatamente o contido no artigo 5.º, inciso XIII da Carta Maior e, tampouco, a disciplina normativa infraconstitucional do artigo 84 da Lei n.º 8.906/94; ao contrário, ambos os materiais normativos, constitucional e infraconstitucional, foram aferidos sob o pálio de outras considerações, que, ao final, determinaram a validade do artigo 84 à luz do artigo 5.º, inciso XIII da Lei Maior.

A análise não foi, portanto, do aporte normativo ao caso concreto, senão em diversa trilha: da razão prática ao suporte normativo; e deste ao caso concreto. A determinação da constitucionalidade do exame não adveio diretamente da Carta da República, em movimento constitutivo, mas em caminhar declaratório, tendo como elemento central não a baliza normativa, ainda que constitucional, mas a razão subjacente à regra que previa a realização do exame.

Esta é a circunstância que bem demonstra a aplicação da tese ora exposta. No capítulo III salientou-se que se, em primeiro momento, a adoção da teoria de Schauer a respeito dos fins últimos da regra, aberto ao social, econômico, político etc, poderiam, em inicial visada, consubstanciar algo de fraco no próprio arcabouço teórico, na medida em que viabilizavam uma abertura sem limites racionais que poderia derruir toda a construção teórica anteriormente empreendida pelo Autor; sustentou-se, de outro tanto, que esta aparente fraqueza em verdade revela o momento de maior força de sua teoria, eis que ao analisar as razões prevalecentes, o intérprete não estaria a conferir prevalência às razões em si, senão à interpretação das razões, de sorte a que, uma vez delineada a concepção prevalecente à luz do “framework” vigentes naquele momento no contexto espaço-temporal social, a interpretação da razão haveria de encontrar guarida na exposição decisória.

Trazendo esta concepção para o caso em destaque, prevaleceu não a regra inserta no artigo 5.º, inciso XIII da Constituição da República, ou o artigo 84 da Lei n.º 8.906/94, mas a razão prática que consubstancia a justificativa subjacente da regra que prevê a realização do exame e o seu aporte constitucional. E mais, não a razão em si, senão a sua interpretação, que, em realidade, consubstancia, em movimento declaratório, a proclamação do “framework”

social diretamente obtido pelo decisor ao momento de aferição do quadro fático e normativo em questão.

Em outro momento deste trabalho já se assinalou que a manifestação decisória, quando meramente declaratória da existência de um “framework” que lhe suporte, é vinculante por si só, independentemente de sua origem, se pública (órgão investido na função judicante), ou particular (cidadão). O exemplo utilizado para comprovação da assertiva foi a decisão supostamente emanada do engenheiro que, antes de falecer, postulou aos seus familiares o congelamento do próprio corpo a fim de que a ciência, no futuro, pudesse revivê-lo. Acaso comprovada e devidamente materializada esta decisão, o que, rememore-se, era controverso no caso em questão, sequer a instituição primária poderia alterar a escolha, em vida, do engenheiro, já que o caráter vinculante seria obtido da razão subjacente à sua escolha e o aporte normativo, inexistente, seria elemento de pouca importância no contexto do cumprimento de sua escolha.

Trazendo essa compreensão para o RE em discussão, ao reconhecer a constitucionalidade do exame previsto no artigo 84 da Lei n.º 8.906/94 não diretamente porque a Constituição assim o estabelece – porque, efetivamente, assim não o faz –, mas em razão da justificativa subjacente existente por detrás tanto da regra infraconstitucional, como do comando constitucional, o Supremo endossa a prevalência do contexto fático sobre o normativo, do movimento declaratório de reconhecimento do “framework” em superação ao mero texto, ainda que interpretado. Inverte-se, com isso, a lógica positivista exclusiva, ou metodológica, da tomada de decisões, priorizando-se razões e justificativas ao revés de normas e textos postos.

Assim agindo, como limitar o comportamento adotado pelo Supremo Tribunal, ou da instituição primária genericamente considerada?

Neste contexto se insere a tese ora sustentada, ao menos na porção que diz respeito às expressões de textura aberta. No capítulo terceiro, à análise da delimitação da variação de graus nas expressões de textura aberta, sugeriu-se o seguinte itinerário metodológico: i) fixação de aspectos coerenciais já estabelecidos pelas instituições primárias e que devem ser obedecidos por imparcialidade argumentativa; ii) fixação do alcance das expressões em si, excluindo-se situações disparatadas em determinado contexto; iii) compreensão, de acordo com o contexto em que se inserirem, da razão que prevalecerá. A técnica sugerida é sucessiva, de sorte a que o alcance do requisito sequencial remete à superação daquele que o precede. De outro flanco, acaso resolvida a questão por intermédio de um dos critérios inaugurais, inexistirá necessidade de avançar aos demais.

Acima já restou delineado que a expressão “qualificações profissionais que a lei estabelecer” representa o cerne da disputa acerca da constitucionalidade do exame. Em assim sendo, pode-se considerá-la como a expressão de textura aberta que demanda colmatação. Há, aqui, em verdade, duas lacunas, uma axiológica, representada pela expressão mencionada; e, ainda, uma lacuna normativa, na medida em que a Constituição não disciplina expressamente a realização do exame da Ordem dos Advogados do Brasil como requisito essencial para obtenção da qualificação técnica de advogado.

A técnica sugerida aponta, inicialmente, para verificação dos aspectos coerenciais já estabelecidos pelas instituições primárias. Acaso já estabelecidos, deverão ser observados por imparcialidade argumentativa, isto é, o posicionamento haverá de se manter estável à vista de circunstâncias idênticas, alterando-se se e somente se forem verificadas nuances específicas de determinada situação que reclame a sua especificação no conteúdo do provimento decisório. Na hipótese em atenção, não se verificam aspectos coerenciais correlacionados à constitucionalidade do exame em foco; a Corte jamais decidira semelhante questão, afigurando-se inédita sob este ponto de vista. O máximo de coerência prévia que se poderia obter seria a compreensão da Corte, lançada em outras situações já julgadas, atinente à reserva qualificada de lei para fins de disciplina dos requisitos inerentes ao exercício de determinada profissão. Esta circunstância foi considerada e de fato lembrada pelo Ministro Gilmar Mendes, precisamente no ponto que diz respeito à necessidade de se decidir de maneira igual ao que anteriormente já houvera sido decidido.

Mas, a despeito da coerência que se pode chamar externa ao caso em si, o nó górdio não fora solucionado anteriormente, o que credencia a Corte a fazê-lo em momento inédito, não se prendendo, por isso, ao limite da coerência previamente delimitado.

Avançando, portanto, impõe-se fixar o alcance das expressões, excluindo-se situações disparatadas em determinado contexto. Esta técnica, de certa maneira tributária à discussão Soler-Carrió anteriormente lembrada, permite afastar compreensões que já se afiguram evidentemente afastadas pela só utilização da expressão em determinado contexto. O exemplo utilizado para aclarar este ponto foi a regra que não permite a entrada de pessoas estranhas no âmbito de repartições públicas. A menção a pessoas estranhas no contexto das repartições públicas, por si só afasta a interpretação de pessoas com deformidade física, psicológica, ou simplesmente feias; estas não poderiam ser consideradas estranhas para os fins da regra, já que o contexto fático em que despontam não é benéfico ou prejudicial à incidência do regramento.

Impõe-se rememorar, a respeito do contexto, que a interpretação de expressões prontamente excluídas pode variar conforme o local em que situada a regra. Assim é que pessoas com problemas psicológicos podem eventualmente ser consideradas “estranhas” acaso a mesma regra se situe em um consultório de um psicoterapeuta em um hospital; ou pessoas com doenças infectocontagiosas podem ser consideradas estranhas para entrada em laboratório de alta proteção sanitária em que se armazenam vírus, bactérias, ou outros agentes infecciosos e altamente contagiosos para estudos e pesquisas.

No caso em foco, a expressão “qualificações profissionais que a lei estabelecer” sugere como interpretação algo disparatada a existência de um bem-cuidado bigode para o exercício da advocacia, a utilização de um terno muito caro, ou, ainda, a habilidade de dormir pouco a fim de trabalhar mais. Estes exemplos se prestam a dois objetivos: a) afastar interpretações que não se sustentam no plano fático, ainda que possam encontrar abrigo em eventual disciplina normativa que (absurdamente!) disponha sobre o tema; b) demonstrar como o plano fático das razões suplanta a mera disciplina normativa ao momento da tomada de decisão. Provavelmente não haveria qualquer dúvida a respeito da inadequação – e, portanto, falta de razoabilidade ou ausência de proporcionalidade – da exigência de um bem-cuidado bigode para o exercício da advocacia, conquanto houvesse ato normativo o estabelecendo e, igualmente, aporte constitucional reservando à legislação infraconstitucional o estabelecimento de exigências para o exercício da profissão. Agora, por outro lado, a realização do exame previsto no artigo 84 da Lei n.º 8.906/94 revela-se controversa sob o mesmo suporte normativo, o que comprova não ser efetivamente a técnica normativa utilizada pela Constituição o fiel da balança no que diz respeito ao feixe de possibilidades admitidas ou não enquanto requisitos para exercício das profissões.

Considerando, pois, a existência de interpretação razoavelmente adequada a ponto de suportar controvérsia a respeito da expressão de textura aberta, forçoso buscar no terceiro passo da esquemática a resposta para, ao mesmo tempo, estabelecer o grau da expressão e conformá-la à disciplina normativa existente, sob os quadros constitucional e infraconstitucional.

O terceiro passo reclama a investigação da compreensão, de acordo com o contexto em que se inserir a expressão, da razão que prevalecerá. Consoante visto em momento apropriado neste trabalho, esta forma de definição da razão que prevalecerá encontra na justificativa subjacente a sua delimitação; e esta, por sua vez, nas razões que prevalecerão, inseridas em determinado sistema normativo, o seu manancial. Assim é que, identificada a

justificativa subjacente no caso controvertido – o exame se justifica, na medida em que a advocacia consubstancia profissão em que interesses alheios são tratados pelo profissional, que, se tecnicamente imperito, poderá vir a prejudicar o afetado e, em último grau, também à sociedade –, importa saber se e em qual medida existe alguma razão a amparar a justificativa achegada.

Observemos, para isso, o seguinte.

Ao admitir o governo de leis, o Poder Constituinte adotou a premissa da racionalidade, postulando ao mesmo tempo a observância aos textos normativos postos, como também o seu afastamento, se refratário ao veículo constitucional que lhe serve de base. Esta parece a premissa padrão da estabilidade do sistema normativo, mas, como já se delineou acima, em situações limites – isto é, naquelas em que se inserem as lacunas, sem prejuízo de outras que, embora elencadas no primeiro capítulo, não serão abordadas neste trabalho – razões podem prevalecer ao texto legal e, inclusive, constitucional, funcionando mais como o seu sustentáculo do que propriamente a sua consequência.

Neste enquadramento, parece mais razoável conceber o sistema normativo como jogo de validade compartilhada, tal como descrito por Raz, em que se opta pela adoção de uma regra, mas, ao momento em que assim se procede, admite-se como acertadas as demais regras que dizem respeito ao jogo. O aspecto institucionalizado da observância às regras fica por conta da instituição primária, que garante, em termos de coerção, o cumprimento ao decidido. O sistema institucionalizado somado ao dos jogos compartilhados parece ser apto a explicar o atual momento em que se insere a argumentação e a função judicante, em que, limitando-se ao movimento declaratório de descoberta do “framework” materializado pela justificativa subjacente e, em seu pano de fundo, às razões prevalecentes, ainda assim emite posicionamento capaz de trabalhar o material legislado em conjunto com o contexto fático em que se situa.

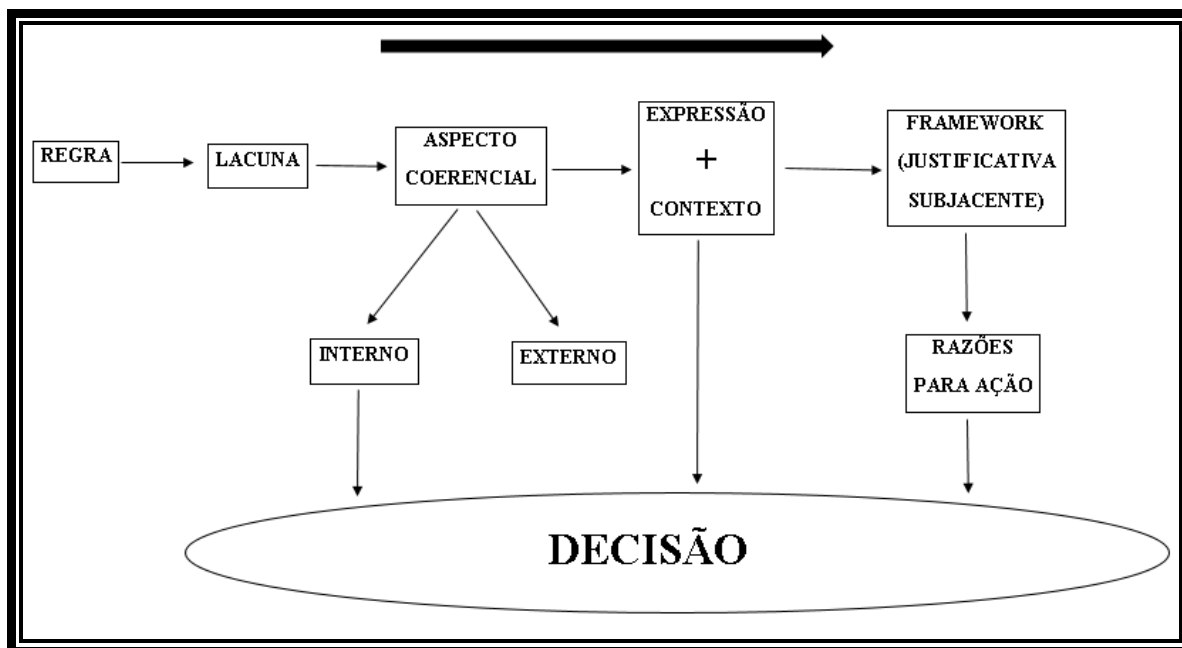
Em assim sendo, tomando o posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se verificar que a razão conclusiva foi aquela que incute a limitação da liberdade individual em prol do interesse público; ou, nos termos em que traduzida por oportunidade do julgamento, a efetivação do exame garante que os profissionais que melhor atendam à sociedade (o interesse público) possam desempenhar a advocacia, ainda que isso prejudique aqueles que, conquanto bacharéis em direito, não lograram aprovação (interesse individual).

Esta foi a razão conclusiva que norteou o desvelar da razão subjacente à regra, tornando admissível o exame previsto no artigo 84 da Lei n.º 8.906/94 e, como consequência,

vinculando-o a título de limitação válida na restrição imposta pelo artigo 5º, inciso XIII da Carta da República.

A variação ora exposta da tese, portanto, passa pela delimitação do grau da expressão de textura aberta, sendo esta oriunda da Constituição, ou não.

O quadro esquemático abaixo auxiliará na visualização dos elementos expostos.



Eis, portanto, a segunda variação, em que, para esclarecimento da lacuna e introdução de racionalidade na decisão, faz-se mister verificar um itinerário sucessivo de 03 (três) passos: i) o aspecto coerencial; ii) o esclarecimento de interpretações inadmissíveis ao contexto; iii) o esclarecimento das razões para a ação que, revelando o “framework”, consubstanciarão a justificativa subjacente que permitirá o esclarecimento da regra.

Observemos, agora, outra variação, especificamente correlacionada à função do Poder Judiciário.

c.4. Poder Judiciário e função protetiva – TERCEIRA VARIAÇÃO

No julgamento do REsp. nº. 1.291.247/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 19.8.2014, DJe 1.10.14, decidiu que recém-nascido poderia sofrer dano moral se violado em seu direito à personalidade. Tratava-se, na casuística apresentada diante dos Julgadores, de empresa especializada em

células-tronco que havia sido contratada para colher o material genético do recém-nascido no dia do parto, a fim de que pudesse ser armazenado para utilização futura, se necessário.

Ocorreu que, a despeito de o parto se dar por cesariana, isto é, com data previamente agendada, o técnico da empresa contratada não se fez presente, inviabilizando o cumprimento do objeto contratual. Os pais, por si e representando o infante, ajuizaram demanda condenatória postulando a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral, ao argumento de que a criança se viu impossibilitada, diante da negligência da empresa, de ter no futuro a possibilidade de utilização das células-tronco que seriam armazenadas em criogenia a partir da coleta do sangue do cordão umbilical.

A instância ordinária, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acolheu a postulação, condenando a empresa ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), o que motivou discussão no Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento da indenização, eis que o menor, por ser recém-nascido, não teria, segundo a instância de origem, condições de sequer compreender o que se passou e, por isso, não poderia ser beneficiado pela indenização fixada.

A linha argumentativa não encontrou guarida. Ao contrário, mercê de recurso interposto pela Parte Autora, o Superior Tribunal de Justiça compreendeu que o recém-nascido pode ser titular de indenização por dano moral, já que violado um direito da personalidade, qual seja, o da integridade mental. Considerou, outrossim, aplicável a teoria da perda de uma chance, eis que o evento danoso (a não coleta do material para armazenamento em criogenia) acarretaria decerto a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda, isto é, o malogro à saúde do infante e a possibilidade de convalescência em caso de futura e eventual doença de que fosse acometido e para a qual as células-tronco poderiam auxiliar na recuperação⁴³⁴.

⁴³⁴ O V. Acórdão foi assim ementado: STJ REsp n. 1.291.247/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.8.2014, DJe 1.10.14: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM-NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.2. Legitimidade do recém-nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança

O valor da indenização foi, assim, majorado para R\$60.000,00 (sessenta mil reais), fixando-se, sobremais, *ratio decidendi* que restou acolhida também em outros casos em que o Superior Tribunal de Justiça se confrontou com pedido de indenização deflagrado em favor de incapazes. Assim se passou, por exemplo, no julgamento dos RESp. n.º. 1.037.759 e RESp. n.º. 1.245.550⁴³⁵.

A questão ficou, portanto, consolidada a nível jurisprudencial no sentido da possibilidade de concessão de indenização aos incapazes em decorrência da violação ao direito da personalidade de sua titularidade, ainda que eventualmente disso não tenham consciência ou mesmo ciência. A *ratio decidendi* ficou delineada nesse sentido e hodiernamente vem sendo seguida sem reboços por instâncias inferiores.

No que concerne ao presente trabalho, a controvérsia descrita comporta nota acerca da tese ora exposta, agora especificamente voltada à substituição, pela instância primária, da valoração do afetado pela violação de determinado direito. Dito de outra forma: poderia a instância primária, valendo-se de seus aportes teóricos e internos, substituir-se ao diretamente afetado na percepção do seu correspondente direito, ou interesse malogrado, em tese, pela conduta tida como ilícita? Estaria esta atuação legitimada, sob o ponto de vista do sistema normativo vigente?

A questão gira em torno da identificação do “framework” pelo órgão investido na função jurisdicional ainda que assim não o faça sequer o próprio postulante. Nos casos até o momento citados, ou se tratava de matéria objetiva e diretamente correlacionada à questão em tese discutida – casos da delimitação do número de Vereadores, nascimento com vida e aborto de feto anencéfalo – em que, por ser objetiva, a controvérsia prescindia de valoração subjetiva; ou a lacuna se apresentava em ambiente no qual o interesse do diretamente afetado já havia sido previamente determinado, como nos casos do engenheiro, ou da colocação de placa proibindo a entrada de pessoas “estranhas”, restando, nessas situações, ao órgão judicante, em movimento declaratório, repisar a vinculação das razões daquele interessado, ou simplesmente descobrir (no sentido de retirada de mantos protetores) o significado da expressão de textura aberta.

Agora, porém, o nó górdio da controvérsia se situa em outro fronte: não se trata de processo objetivo, de sorte a legitimar a instituição primária a desvelar o “framework” e tampouco de situação em que o interessado teve a condição de opinar a respeito deste elemento

prejudicada.7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. Íntegra disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-do-recem-nascido-a-indenizacao-por-danos-morais-pela-falha-na-coleta-de-celulas-tronco-a-teoria-da-.50698.html>. Acesso em 30 junho de 2015.

⁴³⁵ Íntegra disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-06/pessoa-incapacidade-mental-sofrer-danos-morais>. Acesso em 30 junho de 2015.

de fundamental importância para a tese exposta. Ao contrário, trata-se de caso em que o interesse é subjetivo, mas não pode ser diretamente externado pelo afetado, que, aliás, sequer tem condições de compreender o que se está a discutir. Demanda-se, por isso, uma terceira variação da tese originariamente apresentada.

Anteriormente já se discutiu, por ocasião da controvérsia narrada entre Fernando Atria e Eugênio Bulygin, acerca da função do Poder Judiciário, nas situações de lacuna ou não. Para aquele Autor, consoante anteriormente observado, o Poder Judiciário ostenta função primordial não de solucionar conflitos, mas, com amparo em classificação hartiana, o de garantir o cumprimento das regras primárias; para Bulygin, de acordo com Atria, o Poder Judiciário tem sempre a função de construir a regra para a compor a casuística apresentada e, para isso, teria discricionariedade. Eugênio Bulygin compreende, dessa forma, que a função primária do Poder Judiciário é a de solucionar conflito de interesses⁴³⁶.

Por ocasião da menção à controvérsia e a respeito do pensamento de Atria, observou-se que ao sustentar que a função primordial do aparelho judicial não é a de solucionar conflitos, senão a de garantir a aplicação das regras primárias, Atria não resolve as situações em que o Poder Judiciário é chamado a opinar valorativamente acerca de uma regra já posta. Nestes casos, identificados como lacunas axiológicas, o juiz estará desempenhando não apenas a função de garantir o cumprimento das regras primárias, mas também a de defini-las.

Esta é a precisamente a situação que ora se coloca frente à terceira variação da teoria. Ao juiz, no caso o STJ, não foi dado somente o reconhecimento da lacuna, senão a definição da regra primária que lhe rende azo para, enfim, solucionar a lacuna. Esta especial vertente encerra uma também especial função da instituição primária: a de proteger o “framework” após a sua identificação.

Algumas distinções se fazem imediatamente necessárias, a fim de que esta vertente da atuação jurisdicional não seja interpretada equivocadamente. Em primeiro momento, ao se sustentar a função protetiva do “framework” pelo Poder Judiciário, não se está com isso postulando a proteção do sistema primário de regras. As regras variarão ao sabor das necessidades políticas, econômicas, conjunturais, de mercado etc; mas o “framework” que delas em princípio emana deverá ser reconhecido e protegido pela instituição primária a fim de que a coerência e estabilidade do ordenamento sejam salvaguardadas.

⁴³⁶ A controvérsia foi descrita em capítulo precedente, motivo pelo qual opta-se, nesta oportunidade, tão somente por remeter o leitor ao que ficou delineado alhures.

Por outro lado, a função protetiva não se atrela necessariamente à adjudicação do direito postulado. São coisas diferentes. O reconhecimento do “framework” não atuará *hic et nunc* em favor da Parte que postula a atuação jurisdicional. Ao contrário, pode ser em seu detrimento que a função protetiva operará, pois não se deve confundir a proteção da estrutura básica da sociedade com a proteção do direito postulado.

De outro tanto, a função protetiva não se revela símile à proteção de tradições, ou valores comunitaristas consolidados na sociedade. O comunitarismo, consoante já se teve a oportunidade de ressaltar neste trabalho, não se equivale ao “framework”; em realidade, são diversos mesmo em caracterização, não havendo, bem por isso, porque se considerar que a salvaguarda protetiva deste possa se equiparar à proteção de valores tradicionais inerentes à sociedade. Esta equiparação seria, mais ou menos, como identificar na água resíduos de azeite e tratá-los como iguais.

Por fim, a função protetiva não é, ou deve ser, limitada à especificidade de determinado caso conflituoso. Sua feição é bem mais ampla e reclama dos Julgadores comportamento sempre proativo, conquanto prime pela estabilidade.

Retomando o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, possível perceber que, de fora parte a teoria da perda de uma chance, os Ministros votantes encontraram nos direitos à personalidade o manancial para o reconhecimento da violação à esfera imaterial do recém-nascido, justificando-se, por isso, a concessão da indenização perquirida. O Relator afirmou que “o nascituro tem direito a danos morais, mesmo sem qualquer componente de consciência, pois deve-se tutelar os seus direitos da personalidade” e este, por sua vez, deve ser “sempre norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana”⁴³⁷.

Observe-se que a proteção aos direitos da personalidade, que, em seu cerne, denota a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, não se correlaciona à vontade do próprio Postulante, incapaz de compreender sequer a lesão ao seu direito protegido. A valoração subjetiva, nesse caso, é despicienda, de sorte a proporcionar não apenas o reconhecimento da lesão ao direito, mas também a punição do agente que derruiu a sua normatividade.

Se o malferimento a determinado direito não se correlaciona diretamente com a vontade, consciência ou até mesmo anuência daquele diretamente afetado, haverá de se reconhecer no direito em si algum elemento que o garanta enquanto feixe de normatividade capaz de produzir efeitos; e no Poder judiciário a função de salvaguardar este elemento.

⁴³⁷ Íntegra do voto disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141009-06.pdf>. Acesso em 30 junho de 2015.

Anteriormente neste trabalho já foi caracterizado o “framework” e, diante das considerações outrora expostas, parece adequado identificá-lo no princípio da dignidade humana – não no princípio em si, mas na sua interpretação – para o caso em tema. Ao reconhecê-lo e protegê-lo independentemente da vontade do principal interessado, o Poder Judiciário cumpre função que extrapola o mero reconhecimento de lacunas, a proteção de regras primárias, ou de construir regra para compor determinada casuística. Ademais disso, objetiva a proteção de valores fundamentais, verdadeiros arcabouços da estrutura social, a fim de que comportamentos se estabilizem, condutas se definam e conflitos se aplaiem.

Esta função não se equipara ao reconhecimento da lacuna, ou a sua colmatação, mas representa um passo adiante a estas vertentes; uma vez reconhecida a lacuna, espera-se que com a função de proteção do “framework” que se encontra por detrás desse reconhecimento, os comportamentos possam se estabilizar.

Seria de se questionar, diante desta nota na teoria exposta, se a função protetiva se aplica genericamente a todos os conflitos, ou somente naqueles em que se identifique alguma lacuna, em especial as axiológicas. Seria esta função – protetiva – algo de característico na própria atuação do Poder Judiciário, na linha das funções expostas por Fernando Atria e Eugênio Bulygin?

Este não é, efetivamente, o espaço para discutir a função do Poder Judiciário enquanto correlacionado ao sistema jurídico-normativo, o que demandaria trabalho especificamente voltado a este fim; mas, de qualquer sorte, porque atrelado às lacunas, forçoso empreender alguma análise, ainda que perfunctória, da matéria.

Não parece, diante do arcabouço teórico exposto até o momento, que a função primordial do Poder Judiciário se caracterize quer pela garantia de aplicação de normas primárias, como quer Fernando Atria, quer pela resolução de conflitos, como postula Eugênio Bulygin. Em realidade, não parece que exista real controvérsia entre as duas visões, caracterizadas, ambas, pela atuação proativa do Poder Judiciário enquanto agente promotor de estabilidade do ordenamento.

Esta parece ser a função primordial do Poder Judiciário, a de promotor de estabilidade do sistema normativo. Alhures neste trabalho já se analisou a questão da prescindibilidade da teoria dos princípios e regras e, bem assim, da análise da discricionariedade do juiz para fins de aplicação do direito, já que baseado na teoria da interpretação que torna possível, aos olhos do intérprete e com suporte na razão prática, a adoção de condutas aptas a

delinear o comportamento privado e público, meramente declarados pelo órgão investido na função judicante.

Com lastro nesta premissa teórica, a de que o Poder Judiciário se limita ora a reconhecer as razões conclusivas externadas pelo particular, ora a declarar a justificativa subjacente das regras em ordem a propiciar a sua observância, não se pode cogitar de função outra senão a de propiciar a mera estabilização de comportamentos.

E assim agindo, garantirá o enlevo das razões para ação oriundas de particulares e, em casos de dúvidas objetivas, a observância do *telos* oriundo do sistema normativo vigente, desde que compatível com o “framework” reconhecido e declarado em sede jurisdicional.

Importante constatar que a função estabilizadora do Poder Judiciário se compatibiliza com a prevalência da razão prática postulada desde o início deste trabalho, ao tempo em que garante a prevalência das razões conclusivas externadas por quem está legitimado a tanto – acaso o engenheiro dispusesse definitivamente e com base em testamento acerca do destino de seu corpo após o falecimento, sua decisão haveria de ser respeitada até mesmo pelo Poder Judiciário, porque se configura razão conclusiva a respeito do tema –, ou do “framework” oriundo do sistema que nada mais representa senão as razões conclusivas emanadas pelo sistema e identificadas pelo aparelho judicante.

Nessas condições, sua função, meramente estabilizadora, revela-se eminentemente declaratória, diretamente legitimada pelo corpo social e vinculante não pela força cogente de seus pronunciamentos decisórios, mas porque representam a razão última a motivar a ação em determinada situação. Lembre-se, neste ponto, Wittgenstein, citado por Taylor, ao salientar que “obedecer uma regra é praticá-la” e, ainda, que “Se esgotei minhas justificativas, alcancei o leito de pedras e minha pá entorta. Então sou inclinado a dizer: Isso é simplesmente o que faço (...) Obedeço a regra cegamente”.

A obediência cega, repise-se, não ostenta o condão de demonstrar o acerto do positivismo exclusivista ou metodológico, porém demonstrar que, sob o pálio das razões para ação, inexistem outras substâncias a perquirir; ou seja, é chegado o momento da razão conclusiva, não se verificando qualquer outra motivação para o agir de forma diferenciada.

A atuação do Poder Judiciário, neste campo, limita-se a garantir a observância desta razão última para a ação, viabilizando, com notas de vinculação oriundas da própria razão, que as regras cujas razões subjacentes se compatibilizam com o “framework” social, sejam obedecidas, garantindo-se, com isso, previsibilidade de comportamentos por parte de todos os agentes do corpo social.

Neste contexto, à função de estabilização deve-se somar, no caso das lacunas, a função protetiva, que nada mais representa senão a estabilização do *habitus* salvaguardado pelo sistema e reconhecido pelo Poder Judiciário. A função protetiva é específica às lacunas apenas pelo fato de que em outras situações em que inexista semelhante situação, o primordial será a estabilização da já reconhecida razão para a ação traduzida pela justificativa subjacente à regra, ao passo que na situação das lacunas, precedentemente à estabilização, haverá o juiz de reconhecer a justificativa subjacente e, a partir dela, colmatar a falta, axiológica ou normativa, existente no sistema de regras; para só então poder reafirmar a justificativa subjacente que rende azo à solução da problemática.

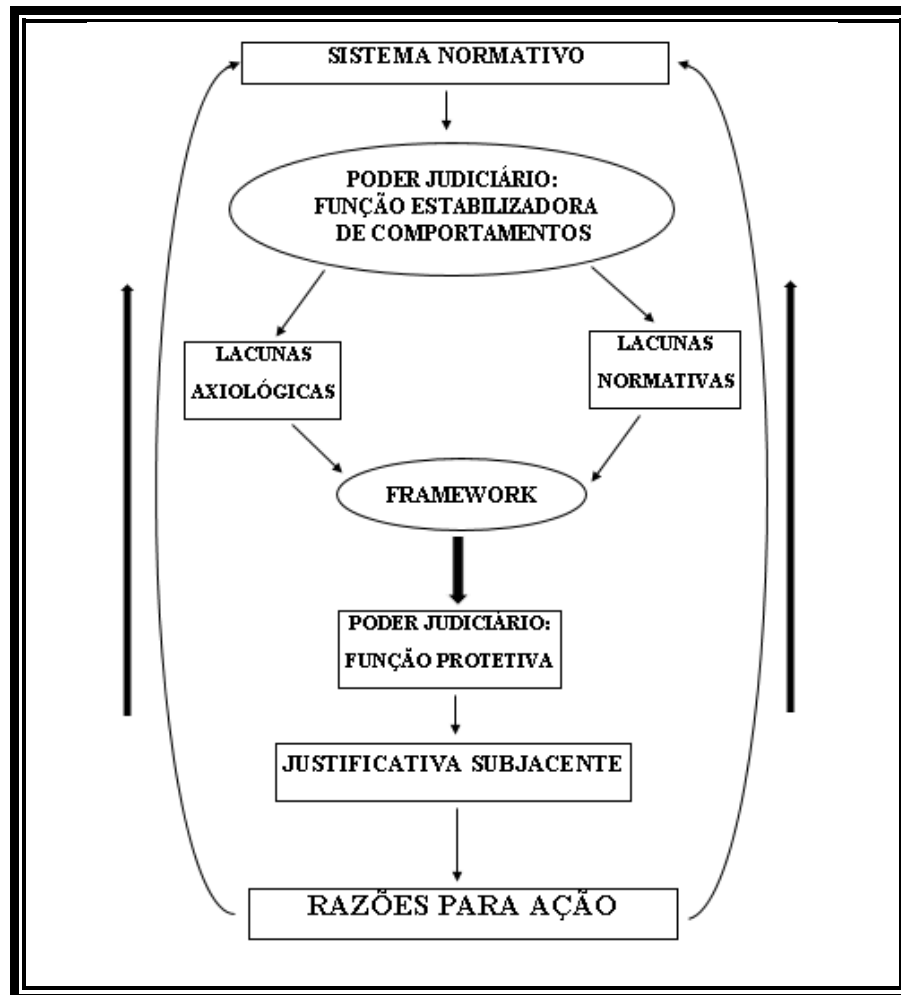
Desse modo, a função protetiva do Poder Judiciário, no caso das lacunas, consubstancia uma função estabilizadora qualificada; e dessa forma o é, porque previamente à definição da regra, ou da expressão de textura vaga nela ínsita, haverá de se compreender qual a razão para a ação no caso, caracterizada pela justificativa subjacente à regra, em tese, aplicável; para, na sequência, reconhecer com o pronunciamento judicante decisório a função de estabilização de comportamentos; antes, protege-se o “framework”; após, reconhece-se a estabilização do comportamento daí decorrente.

Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. n.º. 1.291.247/RJ, em primeiro lugar reconheceu uma violação ao direito da personalidade, vinculando-o ao “framework” caracterizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana; para, somente após – e, note-se, independentemente de qualquer anuência, ciência, ou consciência do interessado – estabilizar o comportamento da impossibilidade de violação a este reconhecido direito, o que ensejou o reconhecimento do ilícito e, por conseguinte, a punição fixada em indenização em dinheiro de contado.

Algumas conclusões parciais, portanto, a respeito deste tópico: i) o Poder Judiciário, enquanto instituição que garante a observância de razões conclusivas externadas por particulares, ou justificativas subjacentes às regras que caracterizem o “framework” social, caracteriza-se por seu objetivo estabilizador de comportamentos no âmbito do sistema normativo; ii) enquanto instituição estabilizadora e, porque especificamente voltada à proteção de razões conclusivas, o Poder Judiciário atua em movimento meramente declaratório de razões conclusivas expostas por particulares ou inerentes ao sistema de regras, legitimando-se, por isso, de maneira direta para atuação; iii) a vinculação da atuação do Poder Judiciário emana não da força cogente de regras, ou do aparato estatal coercitivo, mas da estabilização de razões conclusivas que ao final deverão prevalecer, quer emanadas de particulares, quer ínsitas ao

sistema de regras; iv) no caso das lacunas, considerando que primeiro haverá de se reconhecer o “framework” para depois estabilizar os comportamentos decorrentes, atuará o Poder Judiciário de maneira protetiva, nota especial da estabilização.

O seguinte gráfico explicita esta nuance teórica:



Estas considerações teóricas, nomeadamente acerca da função do Poder Judiciário, remetem a uma última questão a ser abordada neste trabalho: a natureza da teoria proposta, se descritiva, prescritiva, ou epistemologicamente neutra.

Antes, porém, vejamos ainda uma última variação possível da teoria padrão: a linguagem técnica em confronto com a linguagem natural quando em foco lacunas axiológicas.

c.5. Lacunas axiológico-técnicas – QUARTA VARIAÇÃO

No âmbito das lacunas axiológicas, existe uma variação a ser considerada, cujo preenchimento demanda, em princípio, lastro argumentativo baseado em argumentos

dogmáticos. Trata-se das expressões de conteúdo eminentemente técnico-jurídico que, por ostentarem uso símile ao da linguagem natural⁴³⁸, podem gerar alguma dificuldade de interpretação.

Por vezes, a lei, entendida aqui *lato sensu*, utiliza-se de expressões cujo significado jurídico pode variar se utilizada a linguagem natural como base para compreensão. O artigo 381 do Código Civil brasileiro, inserto no título que trata do adimplemento e extinção das obrigações, ilustra essa situação, ao salientar, no capítulo VIII deste título, que “Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor”, caracterizando, com isso, o instituto denominado “confusão”. Adiante, nos artigos 382 *usque* 384, dispõe acerca da disciplina normativa do instituto, explicitando suas nuances e aplicação⁴³⁹.

Ao que se pode evidentemente perceber, a utilização do vocábulo “confusão” no âmbito jurídico se revela absolutamente distinta do seu regular uso no que toca à linguagem natural. Na primeira, resolve-se como a identidade do elemento subjetivo da relação obrigacional, ou seja, quando em uma só pessoa se confunde a figura do credor e do devedor; ao passo que na linguagem natural, representa um imbróglio, de qualquer natureza, ou situações afins⁴⁴⁰.

Neste caso, a própria lei cuidou de especificar a compreensão da expressão utilizada, de sorte que o material a ser submetido à teoria preconizada neste trabalho não é, propriamente, o vocábulo “confusão”, senão a explicação que, a propósito deste, advém do texto legal.

Situação similar pode ser verificada com o vocábulo “preparo” com grande curso em ambiente processual civil. O novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei n°. 13.105, de

⁴³⁸ Linguagem natural aqui entendida no sentido exposto por Soler-Carrió, isto é, linguagem do dia-a-dia, utilizada com lastro no vernáculo pátrio para comunicação em geral.

⁴³⁹ “Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor. Art. 382. A confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela. Art. 383. A confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade. Art. 384. Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior”. Íntegra do texto legal disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 02 julho 2015.

⁴⁴⁰ “1. Ato ou efeito de confundir ou de se confundir. 2. Estado do que não tem ordem interna ou tem mistura dos seus elementos constituintes. = ANARQUIA, BARAFUNDA, DESORDEM 3. Grande concorrência de pessoas ou coisas. 4. Falta de ordem, de método, de clareza. 5. Engano ou erro na distinção de pessoas ou coisas (ex.: confusão de datas; fiz confusão). = EQUÍVOCO 6. Grande movimento de pessoas acompanhado de ruído de vozes e de gritos. = MOTIM, TUMULTO 7. Perturbação (ex.: confusão mental). 8. Embaraço, vergonha. 9. Enleio. “confusão”,”. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, disponível em: <http://www.priberam.pt/DLPO/confus%C3%A3o>. Acesso em 02 julho 2015.

16/03/2015⁴⁴¹, dispõe, no artigo 99, §5º, que “na hipótese do §4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de sucumbência fixados em favor de advogado de beneficiário estará sujeito a preparo (...)”. A alusão a “preparo” prossegue no §7º do mesmo artigo, ademais do artigo 1.007, em que consta assim disposto: “No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”, seguindo-se, pelos §§ deste artigo, a disciplina correspondente ao recolhimento de adminículos recursais. O artigo 1.023, disciplinando o recurso de embargos declaratórios, determina que “Os embargos serão opostos, no prazo de 05 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.”, disciplina que é repetida no artigo 1.067, alterando especificamente o artigo 275, §2º da Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral).

De acordo com o tratamento normativo dado ao vocábulo “preparo” pela legislação processual civil, facilmente se pode perceber a sua correlação com o recolhimento de adminículos recursais. Não há uma conceituação legal e, pior, atrela-se a expressão a outra que pode gerar alguma imprecisão terminológica, a “deserção”. Tanto “preparo” quanto “deserção” apresentam, na linguagem natural, diversa conceituação⁴⁴², de modo a denotar utilização completamente diferente em âmbito jurídico-processual civil.

Em casos tais, em que a lei não traz a definição específica acerca da expressão utilizada, ter-se-á que recorrer à argumentação dogmática para esclarecimento da lacuna. A justificativa externa (Robert Alexy, Klaus Günther), ou de segunda ordem (Neil MacCormick), no caso, resolverá a questão da eventual dicotomia de significados.

Forçoso convir que o mero emprego à lógica, porque de regra vazia em conteúdo e utilizada não a nível de esclarecimento semântico, não resolverá a celeuma, necessitando-se da argumentação para tal fim. E, ainda, também importante salientar que a compreensão da dogmática a respeito de determinada expressão, ou sobre o material legal que a defina, estará igualmente sujeito ao itinerário teórico ora exposto, podendo inclusive variar de acordo com o

⁴⁴¹ Íntegra do texto normativo disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em 02 julho 2015.

⁴⁴² “1. Preparação. 2. Disposição preliminar. 3. Aparelho. 4. Apresto. Preparos substantivo masculino plural 5. Coisas necessárias para o acabamento de qualquer obra. "preparo", in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/preparo> [consultado em 06-07-2015].; Deserção: (*substantivo feminino*) 1. Ato de desertar. (...). 3. Ausência de um cavalo inscrito numa corrida. "deserção", in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/DLPO/deser%C3%A7%C3%A3o> [consultado em 06-07-2015]. In: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa** [em linha], 2008-2013, disponível em: <http://www.priberam.pt/DLPO/Default.aspx>. Acesso em 03 julho 2015.

tempo, à vista da alteração da compreensão social do “framework” em que se baseia a interpretação de que se utilizarão os teóricos para examinar a expressão em foco.

Há, portanto, um vínculo com a teoria ora proposta, na medida em que a dogmática que se debruça para esclarecimento da expressão atuará, de maneira símile ao julgador, em movimento meramente declaratório, revelando, no ambiente da justificação externa, ou de segunda ordem, a justificativa subjacente à regra que terá no “framework” o seu campo de aplicação; e, a partir deste movimento, ter-se-á a definição do conteúdo semântico da expressão de terminologia imprecisa.

Seria possível argumentar, a partir desta variação, que direito se fecha em si para compreensão das expressões utilizadas. Esta seria, no entanto, uma argumentação falaciosa (especificamente a falácia da falsa causa), na medida em que os dogmáticos, atuando neste ponto da teoria como coparticipantes no processo de produção do material normativo a ser doravante utilizado, limitar-se-ão a reconhecer a existência da justificativa subjacente e caracterizá-la à vista do olhar jurídico a respeito do tema. Este movimento, de resto similar ao do engenheiro que se posiciona quanto ao destino de seu corpo, revela-se meramente declaratório do “framework” e, porque diretamente correlacionado aos aspectos sociais da aplicação do texto legal, garante que o direito não se feche em si mesmo, inviabilizando a circulação do ar proveniente da movimentação social diuturna e constante.

A prova desta dinamicidade da compreensão a partir de argumentos dogmáticos fica clara com a conceituação de “mulher honesta” a partir da legislação penal. Aos idos da aprovação do Código Penal ainda em vigor, a expressão mencionada ostentava significação diversa da que se fez ver até o advento da Lei n.º. 11.106/2005⁴⁴³. Observe-se que a expressão não foi alterada, mas apenas o significado de seu significante, parafraseando Luiz Edson Fachin⁴⁴⁴, motivado por nova composição terminológico-semântica da compreensão social do “framework” vigente ao momento do recorte espaço-temporal em que examinada a expressão.

No âmbito constitucional, essa alteração também é bem evidente a partir do conhecido fenômeno da “mutação constitucional”, cuja definição é precisamente a de constante alteração de significantes a partir da utilização da mesma expressão⁴⁴⁵. E, conquanto a mutação

⁴⁴³ A respeito deste tema: OLIVEIRA, Marcos Vinícius Amorim de. **O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo**. Íntegra do artigo encontra-se disponibilizada em <http://jus.com.br/artigos/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo>. Acesso em 06 julho de 2015.

⁴⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁴⁴⁵ BULOS, Uadi Lammego. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997; OLIVEIRA, Edezio Muniz de. **Mutação constitucional**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9813&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 03 jul.

constitucional seja declarada no ambiente judicializado, tal não se atém ao âmbito judicial, como percebeu Peter Häberle ao tratar da sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁴⁴⁶.

Então, eventual crítica à variação no sentido de que o direito se fecha em si, revelando-se hermeticamente cerrado neste ponto, não tem razão de ser. Em realidade, o movimento é contrário, do influxo social ao direito, garantindo, com isso, a renovação do sistema normativo a partir de ressignificação de significantes em constante e dinâmica, porém legitimada, alteração.

Outra crítica que eventualmente pode ser direcionada à variação ora exposta é a de que em sendo adotada a compreensão de determinada expressão, ou legal definição da expressão, a partir da justificativa externa, a lei atenderia a particularismos cambiantes a partir das casuísticas, motivadoras de sentenças *ad hoc* subservientes a eventuais alterações de entendimentos dogmáticos.

Como se espera ter demonstrado ao transcorrer do presente trabalho, correlacionar a movimentação declaratória do “framework” a particularismos não tem sentido. A uma, alguns filtros coerenciais deverão ser aplicados no ambiente judicial para garantir a não prolação de sentenças *ad hoc*, tais como o precedentes e a imparcialidade argumentativa; a duas, o tecnicismo jurídico se prestará, para definição das imprecisões terminológicas, a revelar o conteúdo subjacente da lei, o que garante a pauta normativa objetiva a ser trabalhada pelo intérprete; e, finalmente, em terceiro momento, a decisão se limitará a declarar, sob o aspecto da razão prática, qual a razão apta a estabilizar o sistema e não a inová-lo sem motivação a tanto, de inopino, ou ao sabor da casuística.

Esvai-se, assim, a possível crítica.

Por fim, acaso o juiz discorde de toda a dogmática no tocante ao conteúdo semântico de determinada expressão, não estará, só por isso, o seu discurso eivado de invalidez argumentativa; ao contrário, pode ser que: i) o caso apresente particularidades que recomendem interpretação peculiar; ii) a dogmática a respeito da expressão em exame efetivamente não se compatibilize com a manifestação atual do “framework” (cogite-se, por exemplo, hipoteticamente, que toda a dogmática a respeito da expressão “mulher honesta” anteriormente ao advento da Lei n°. 11.106/2005 estivesse atrelada à visão tradicional e vetusta de mulher

2015.; POLAK, Larissa Costa. **Mutação constitucional e direitos fundamentais**. 2011. 65 f. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito.

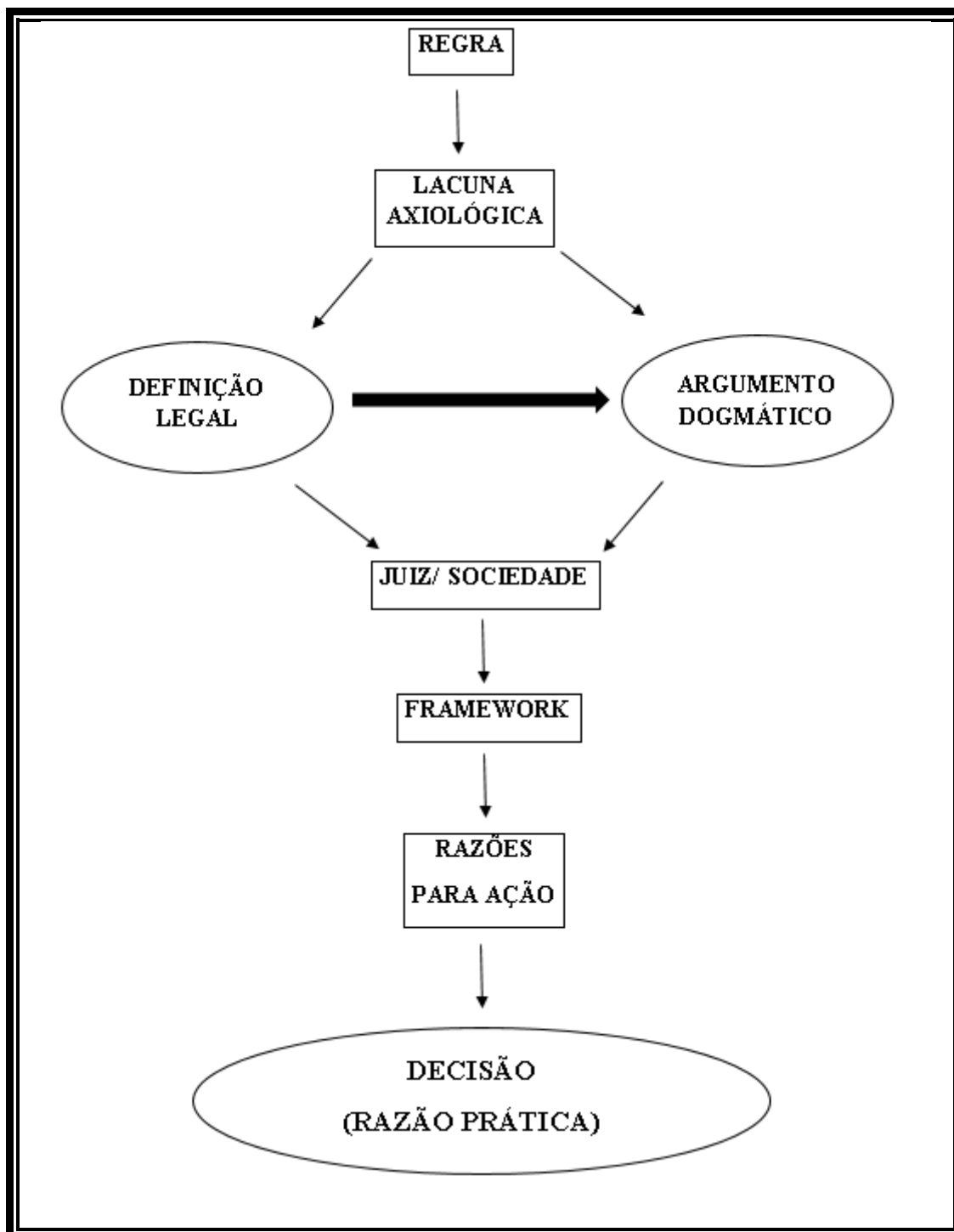
⁴⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

honestas⁴⁴⁷); e, ainda, iii) a linguagem natural, se correlacionada à jurídica ou outras ciências, possa conferir sentido mais apropriado à lacuna axiológica, como se verificou, aliás, no julgamento do célebre caso Siegfried Ellwanger, Habeas Corpus n°. 82424, em que o Supremo Tribunal Federal definiu a questão controvertida a partir da compreensão do significado da expressão “raça” obtido a partir da linguagem natural e auxílio de outras ciências, como o recurso à antropologia lembrado pelo Ministro Maurício Corrêa⁴⁴⁸.

O seguinte quadro resume a variação exposta:

⁴⁴⁷ Descrita por: OLIVEIRA, Marcos Vinícius Amorim de. **O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo**. Íntegra do artigo encontra-se disponibilizada em <http://jus.com.br/artigos/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo>. Acesso em 06 julho de 2015.

⁴⁴⁸ Descrição dos votos e íntegra do julgamento podem ser acessados em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em 02 julho de 2015.



Em assim sendo, verifica-se imbricação da linguagem natural à técnica jurídica, limitada, porém, aos filtros argumentativos e inerentes ao sistema, de sorte a que a decisão possa ser alcançada com amparo no “framework” e, por isso, diretamente legitimada.

Agora, encerradas as variações, tratemos, em último tópico, da natureza da teoria exposta.

d. Natureza da teoria proposta.

Este último tópico é destinado a examinar qual a natureza da teoria exposta, se descritiva, prescritiva, ou epistemologicamente neutra. A importância da distinção perpassa pela aferição da condição de aplicação, ademais de situá-la em quadrante epistemológico que a caracterize como teoria de decisão judicial, de interpretação, ou meramente metodológica.

A teoria que ora se apresenta pretende mesclar ensinamentos da lógica, quer em feição tradicional, quer deôntica, fuzzy e paraconsistente, com a argumentação jurídica, observada sob o ponto de vista racional; para, em verdadeira simbiose, extrair itinerário padrão a ser seguido pelo Julgador para fins de colmatação de lacunas.

Há variações da teoria, todas atreladas às especificidades de situações que podem ser encontradas no âmbito de lacunas axiológicas e normativas: a primeira variação diz respeito à aplicação da lógica fuzzy e paraconsistente, situações que, no campo do exame das lacunas, ostentam natureza que as caracterizam para além da montagem padrão da teoria; a segunda variação diz respeito ao grau de maleabilidade do “framework”, tendo sido apresentados, como forma de limitação de particularismos, i) fixação de aspectos coerenciais; ii) fixação do alcance das expressões em si; e; iii) compreensão, de acordo com o contexto em que se inserirem, da razão que prevalecerá. A terceira variação delineou a função do Poder Judiciário, estabilizadora de comportamentos esperados no seio social e, no campo das lacunas, protetiva do “framework”. E, finalmente, a quarta variação, correlacionada apenas à lacuna axiológica, delimitou a forma de preenchimento do conteúdo semântico de determinada expressão jurídica que discrepe da linguagem natural.

Ao trabalhar com a filosofia da razão prática, com o intento de obter, a partir das razões para a ação, a motivação que consubstancia a justificativa subjacente à regra apta a revelar o “framework” social (algo muito mais profundo do que a mera existência de uma regra, ou a decisão que a afirme ou infirme), a teoria em foco objetiva atuar não de maneira descritiva, mas sim prescritiva, ao concitar o juiz e a sociedade em geral a atuarem de maneira a dar preponderância à razão prática, vale dizer, ao estabelecimento de razões para a ação que não apenas consubstanciem uma motivação extraída da própria sociedade, senão que a cada atuar possa ser afirmada e reafirmada para fins de consolidação do *habitus*, ou “framework”.

Assim agindo, a cada momento em que a sociedade, por seus integrantes (entre eles o juiz), delibere o que fazer, ou qual decisão tomar, assumirá um duplo compromisso: ao tempo em que será vinculante para si e aos demais e, por isso, capaz de gerar expectativas de comportamentos alheios, também será capaz de reafirmar a juridicidade do ordenamento,

inserindo o sistema jurídico em um quadro muito mais amplo, o de técnica social de aferição de comportamentos e tomada de decisão com base nestes compromissos assumidos.

Ao falar, age-se; e, ao agir, assume-se compromisso. Esta atuação vinculante não se limita a instituições, poderes, ou ao cidadão. Em verdade, congloba a todos e, reafirmando-se a cada momento em que o atuar enseja ações e demanda comportamentos esperados, situa o jurídico no campo da razão prática assim como qualquer outra técnica de descrição social.

O ponto prescritivo não advém da alocação da teoria no quadro das técnicas descritivas da sociedade, mas da apresentação de uma metodologia para se chegar a tanto.

Após a virada cartesiana que redundou no positivismo e, em sua feição exclusivista, em certo formalismo e ceticismo ético, tornou-se algo comum partir do raciocínio normativo oriundo do texto posto para a resolução de celeumas, em especial as judiciais, embora não apenas estas. No capítulo primeiro deste trabalho já se demonstrou que este raciocínio, ademais de insuficiente, tampouco viabiliza sequer a compreensão de todos os fenômenos jurídicos-decisórios que atualmente se apresentam no feixe de situações possíveis levadas à aferição do juiz.

Em decorrência desta insuficiência, soluções outras passaram a ser adotadas, merecendo realce aquelas que obtém de ciências externas ao direito elementos que se revelarão úteis para a solução de testilhas. Neste quadro se situam os aportes preconizados neste trabalho, seja a nível lógico, padrão e clássico ou não-clássico, sejam filosóficos ou pragmáticos.

Esta verdadeira simbiose revela-se capaz de evidenciar a formação de quadro teórico que, ao tempo em que destaca a função estabilizadora de comportamentos do Poder Judiciário, abre o sistema para toda uma gama de elementos que lhe são, em princípio, externos e, por isso, tradicionalmente relegados ao desdém, nomeadamente na questão das lacunas, axiológicas ou normativas.

Esta sugestão de abertura do direito consiste no ponto normativo da tese proposta, eis que concita, postula, verdadeiramente reclama do Poder Judiciário que aja, para fins de tomada de decisão, da mesma maneira como o faz o cidadão na resolução das questões que lhe são afetas e causam embaraços diários.

Definir se se pode adentrar em uma repartição pública, se um corpo deverá ser mantido congelado, quando se inicia ou termina a vida, se se admite a determinação de instalação de aparelhos de ar condicionado em ônibus e um sem-número de outras questões encontram-se tão afetas às individualidades como ao âmbito institucionalizado de tomada de decisões.

Opera-se da mesma maneira, seja a nível do cidadão, seja no campo institucionalizado de uma instituição primária. A vinculação oriunda da decisão, individual ou institucional, é a mesma, porque resulta não do conflito em si, mas da razão que se encontra por detrás desta conflituosidade; daquela razão que, motivada ou não por lei, já não sustenta mais qualquer outro comportamento em sentido diverso, como lembrado por Wittgenstein em certa altura deste capítulo.

Por isso, a teoria apresentada não é meramente descritiva de uma realidade; também o é, porém não apenas isso. Pretende-se prescritiva de um comportamento a seguir; um comportamento que sugira uma maior vinculação do Poder institucionalizado ao cidadão e, por via de consequência, à sociedade. Preconiza-se o agir, não se limitando o quadro teórico a descrevê-lo. E, ainda, ao assumir a postura teórica que ora se apresenta e desenvolve, sugere o desenvolvimento evidenciado no trabalho que o juiz estará legitimado diretamente pela sociedade a assumir posturas decisórias que colmatem lacunas normativas, ou busquem esclarecer o significados de lacunas axiológicas. Aliás, assim fazendo, estará gozando da mesma legitimidade que o cidadão ostenta a fazer exatamente o mesmo no seu dia-a-dia: decidir se mantém seu corpo congelado após o falecimento; se se une a um parceiro do mesmo sexo; se adentra ou não em uma repartição pública.

A identidade de funções e legitimidade é tão evidente que fica clara até mesmo quando o aparelho institucional supre a vontade do próprio interessado que não tem sequer consciência da problemática em que está envolvido; e, assim o faz de maneira legitimada apenas e tão somente porque, preenchendo uma lacuna, vincula-se diretamente ao “framework” social que justifica todas as tomadas de decisões, judiciais ou não. Por esta razão, admite-se corretamente que a instituição primária entenda que determinado direito da personalidade foi violado quando o próprio interessado sequer tem consciência do ocorrido e, principalmente, do prejuízo que teve, como no caso da variação teórica que admite a indenização por dano moral a recém-nascido e todos os incapazes de maneira geral.

Neste ponto, a feição prescritiva da teoria revela-se candente. Isso porque acaso entrevista sob o aspecto meramente descritivo, dificultoso restaria justificar a adoção de comportamento decisório substitutivo ao interessado que não tem sequer consciência do ocorrido. A teoria, se meramente descritiva, não conferiria lastro ao comportamento judicial substitutivo, uma vez que se limitaria a descrever o ocorrido, identificando, quando muito, na decisão um elemento ativista ou de vanguarda.

Analisada sob o aspecto prescritivo, contudo, a teoria em foco pretende que o juiz assuma o compromisso de, atuando conforme a razão prática, reconhecer sua legitimação direta oriunda do “framework” e, com isso, agir sempre de maneira proativa.

Importante ressaltar, contudo, que esta atuação proativa não tem identidade, como outrora já salientado, com a automática adjudicação do direito postulado. Ao revés, por vezes haverá de ser negado o que se propugna sem sede judicial, mas, especificamente no caso das lacunas, tal se dará porque as razões para a ação que formam o “framework” e, por sua vez, a justificativa subjacente da regra assim o recomendam, o que, evidentemente, reafirma tanto a função estabilizadora do Poder Judiciário, como o seu compromisso com a estrutura básica da sociedade que garante a existência e movimentação dos aparelhos institucionalizados.

Assim, à vista dessas razões, qualifica-se como prescritiva a teoria ora apresentada.

Questão mais complexa será verificar se, embora prescritiva, a teoria ora exposta seria ou não epistemologicamente neutra. Isso porque a própria neutralidade epistemológica é passível de discussão quanto a sua existência; e, ademais disso, existe uma *lacuna* nesta expressão que ultrapassa à própria teoria idealizada para colmatá-las: epistemologicamente neutra significaria ver a teoria sob o aspecto formalista, ou não?

Em geral, as teorias da argumentação racional partem de um ponto de vista formalista. Objetivam descrever e sugerir formas de atuação do Poder Judiciário frente aos casos, fáceis, difíceis ou trágicos, apresentados à cura do aparelho institucionalizado para decisão. Exemplos dessa forma de abordagem são as teorias propugnadas por Robert Alexy, Neil MacCormick, outrora já mencionadas⁴⁴⁹.

De certa maneira em sentido diverso existem propostas teóricas, também aplicáveis à teoria da decisão judicial, que centram seus esforços em atuar no cerne de controvérsias, identificando na interpretação os elementos que solucionam a questão de fundo. Ronald Dworkin, de certa maneira, atuou nesta frente, sem, contudo, deixar de oferecer um quadro formalista para a aplicação prática do quadro teórico que apresenta⁴⁵⁰.

Em que pese ora atreladas à forma, ora ao conteúdo, ambas as vertentes teóricas podem ser vistas como epistemologicamente neutras se por essa expressão se compreender que não procuram a prevalência de um dado, elemento ou eixo teórico em relação às demais teorias, como o fazem, por exemplo, as teorias marxianas, feministas, comunitaristas, utilitaristas etc.

⁴⁴⁹ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁴⁵⁰ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto, *op. cit.*, p. 120.

De outro flanco, tampouco há como deixar de admitir que a teoria ora preconizada, assim como as vertentes acima expostas, atuam em certa frente deontológica, ora diretamente exposta (teorias substantivas), ora indiretamente delineadas (teorias formalistas) e, sob este prisma, não poderiam ser epistemologicamente neutras, já que atreladas, direta ou indiretamente, ao conteúdo e não apenas à forma na sua exposição.

A solução desta celeuma que, ao que se pode verificar, não tem mesmo indícios de que será tão logo desatada, parece ser a de uma dupla caracterização, de resto aplicável a todas as teorias afetas à decisão judicial: será epistemologicamente neutra no aspecto formal, porém deontologicamente comprometida no aspecto material de sua exposição.

A existência de uma proposta de colmatação de lacunas a ser seguida no caso padrão e variações em que se apresente garante a neutralidade epistemológica; mas o seu aspecto deontológico é, de outro cariz, evidente desde o momento em que reclama a identificação de razões prevaletentes para agir e, a partir delas, do “framework” que lastreará a justificativa subjacente e a função estabilizadora do Poder Judiciário, protetiva para o caso específico das lacunas.

Então, para não caracterizá-la como epistemologicamente neutra, ou deixar de vê-la dessa maneira se e enquanto também apresenta feição neutra em sua essência, o correto parece ser supor que, diante da conceituação de epistemologicamente neutra como teoria formal-procedimental, a tese que ora se propugna nessa qualificação se enquadra, conquanto dotada de elementos deontológicos que se situam em sua base.

O quase neutro talvez deva ser acalarada nos moldes da lógica paraconsistente ou fuzzy... Enquanto tal não se dá, caracterizemos a teoria como normativa e epistemologicamente *quase-neutra*⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Uma última nota: a alusão a *quase-neutra* em ambiente epistemológico é, no texto, utilizada tomando por base a teoria da quase-verdade sustentada por Alfred Tarski e, no campo da lógica paraconsistente, Newton da Costa. Com efeito, ainda que a neutralidade da epistemologia possa ser objeto de questionamento, não há como deixar de reconhecer este ambiente como o que mais se aproxima da neutralidade, ao menos no tocante à teoria da ciência; assim, existiria contradição ao se sustentar a quase-neutralidade epistemológica da proposta apresentada. Dessa maneira, a fim de que não se invoque o princípio da explosão a derruir todo o trabalho empreendido, desde logo se assinala – e veementemente destaca-se – que a alusão à quase-neutralidade mencionada no corpo do texto se dá com certo aporte paraconsistente, sem a pretensão de descaracterizar a epistemologia enquanto tal.

CONCLUSÃO

Vivemos Presos ao Nosso Passado e ao Nosso Futuro
A nós ligam-nos o nosso passado e o nosso futuro. Passamos quase todo o nosso tempo livre e também quanto do nosso tempo de trabalho a deixá-los subir e descer na balança. O que o futuro excede em dimensão, substitui o passado em peso, e no fim não se distinguem os dois, a meninice torna-se clara mais tarde, tal como é o futuro, e o fim do futuro já é de facto vivido em todos os nossos suspiros e assim se torna passado. Assim quase se fecha este círculo em cujo rebordo andamos. Bem, este círculo pertence-nos de facto, mas só nos pertence enquanto nos mantivermos nele; se nos afastarmos para o lado uma vez que seja, por distração, por esquecimento, por susto, por espanto, por cansaço, eis que já o perdemos no espaço; até agora tínhamos tido o nariz metido na corrente do tempo, agora retrocedemos, ex-nadadores, caminhantes actuais, e estamos perdidos. Estamos do lado de fora da lei, ninguém sabe disso, mas todos nos tratam de acordo com isso.⁴⁵²

A conclusão que se pode chegar a partir da digressão ora realizada fica materializada pelos seguintes tópicos:

CAPÍTULO PRIMEIRO:

a) A metodologia dedutiva é insuficiente se isoladamente considerada como forma de solução de litígios na maneira como hodiernamente apresentados no âmbito social;

b) A argumentação por dedução externalizada por silogismo não soluciona, entre outras questões: a) os dilemas constitucionais; b) as dificuldades de definições no contexto da Carta Constitucional; c) as dificuldades de definições na legislação infraconstitucional; d) as decisões estruturantes; e) as decisões intermédias; f) as decisões aditivas; g) as decisões que reconhecem a derrotabilidade;

c) Calcado exclusivamente na metodologia dedutiva, o Poder Judiciário se revela apartado do “framework” social, construção teórica de Charles Taylor que consistente na estrutura não-visível que promove a ligação da movimentação social às razões para a ação que ensejam comportamentos decisórios;

d) O aparelho público, os agentes de mercado e o cidadão em geral clamam pela racionalização do sistema decisório, capaz que se apresente de garantir comportamentos esperados tanto em seara pública como particular, a fim de que os planos de vida, políticos e

⁴⁵² KAFKA, Franz. **Diários. 1910-1923**. Traducción de J.R. Wilcock. Buenos Aires: emecé Editores S.A., 1953, p. 124.

econômicos possam ser idealizados e trilhados por sendas seguras, não sujeitas a ineditismos, subjetivismos, ou soluções *ad hoc*;

CAPÍTULO SEGUNDO:

a) A lógica, quer em sua feição clássica, quer não-clássica, não confere, só por si, soluções para os casos em que imprecisões terminológicas se somam à ausência de disciplina normativa acerca de determinado assunto, conquanto figure como importante elemento apto a tanto;

b) Faz-se necessário, para atingir o intento de colmatação de lacunas, a imbricação da lógica à argumentação no âmbito da estrutura interna da decisão judicial;

c) A diferenciação entre normas (desprovidas de fundamentos veritativos e eminentemente prescritiva) e proposição normativas (dotadas de fundamento veritativo e eminentemente descritiva) viabiliza um início de metodologia para preenchimento das lacunas, além de promover ligação entre a teoria da norma e a teoria da decisão judicial;

d) Considerando a possibilidade de extração de consequências positivas ou negativas do pleito inicialmente formulado a partir das proposições normativas, estará o juiz operando a partir do “framework” previamente identificado por intermédio da movimentação social;

e) Não há como sequer cogitar da existência de um ordenamento normativo independente e desapegado aos “frameworks” sociais, pois sempre existirão valores de fundo aos quais o sistema normativo vigente deverá observância, não sob pena de invalidade, senão sob pena de não se legitimar enquanto produto de concepção social;

f) A estrutura não visível da sociedade, o “framework”, pode ser captada e trabalhada a partir da razão prática;

g) A lógica deontica confere estrutura para a formação da decisão e alocação não apenas do “framework”, mas de discordâncias sem que trivialidades ou preferências subjetivas venham à tona;

h) A partir da evolução do sistema padrão deontico sugerido por Von Wright, logra-se encontrar na lógica deontica diádica a formatação para a estrutura sugerida como cerne da metodologia de preenchimento de lacunas: “De p e $p \supset q$ derive-se q ”, o *modus ponens* deontico diádico;

i) Ainda no campo das lógicas não-clássicas, utiliza-se a lógica paraconsistente para o fim de delimitação das expressões cujo significado e precisão terminológicas precisam ser alcançados;

j) Opera-se, neste campo, a partir do que se denomina “silogismo paraconsistente”, que viabiliza auxiliar na elaboração de provimentos decisórios reconhecendo diferenças de graus (valores de performance) nos conceitos-chaves utilizados na premissa normativa e, ainda assim, introduzir elemento valorativo que permita atribuir correção à casuística fática (funções predicativas);

k) A lógica paraconsistente, todavia, revela-se excepcional na seara das lacunas e da metodologia proposta, sendo útil apenas e na medida em que a imprecisão terminológica apresentada demande a aferição de grau em que, aparentemente, a totalidade das possibilidades interpretativas seja aplicável ao caso, ainda que gerando soluções distintas e absolutamente díspares;

l) Fica, assim, sugerida a seguinte metodologia, trabalhada ao decorrer do trabalho:

i) identificado o “framework” social, ter-se-á o norte a partir do qual o juiz poderá trabalhar, estando legitimado a tanto; ii) a lógica deontica diádica permitirá o direcionamento na escolha da solução a adotar sem, contudo, a pecha de subjetivismos, lógica das preferências e, ao mesmo tempo, garantindo a obrigatoriedade ínsita ao dever-ser no campo normativo; e, finalmente, iii) a lógica paraconsistente afastará em definitivo qualquer risco de trivialidade ou violação às leis lógicas, permitindo ao juiz, por derradeiro, trabalhar a variação de graus das expressões de textura aberta para preencher lacunas axiológicas e, no campo das normativas, colmatá-las de acordo com o juízo descritivo que apresente consequências normativas, consoante supramencionado;

m) A estrutura interna da decisão deve, para fins de racionalização, ser conglobada com a estrutura externa, ambiente em que a argumentação jurídica, representada no trabalho pelas teorias cunhadas por Neil MacCormick e Stephen Toulmin, auxiliará.

CAPÍTULO TERCEIRO:

a) A filosofia da razão prática, em complemento à filosofia da linguagem, apresenta-se necessária para viabilizar o processo de tomada de decisão; Frederick Schauer e Joseph Raz apresentam importantes contribuições neste campo;

b) Frederick Schauer, identificando na justificativa subjacente das regras a visualização e complementação do caráter sub-ótimo do regramento, permite que a regra seja trabalhada do social ao normativo;

c) Ademais, ao identificar as nuances sub e super-inclusivas que podem ser verificadas no regramento, Schauer confere ligação direta da razão prática ao “framework” tayloriano, de sorte a permitir que o decisor empreenda a tomada de decisão a partir da movimentação existente no corpo social e, ainda, dada a razão prevalecente que utilizará, sua decisão ostente caráter vinculante;

d) Joseph Raz elabora divisão de sistemas normativos em: i) sistemas de normas interdependentes; ii) sistemas de validade compartilhada; iii) sistemas autônomos; iv) sistemas institucionalizados, observando que o Poder Judiciário se insere no sistema institucionalizado, operando como instituição primária capaz de emitir provimentos decisórios vinculantes ainda que errados;

e) A proposta teórica sustentada por Joseph Raz legitima o Poder Judiciário como instituição competente para solucionar lacunas axiológicas e normativas, porque estará atuando da mesma forma e com base no mesmo procedimento de tomada de decisão que o faria o particular acaso defrontado com semelhante situação; e para ambos os provimentos são vinculantes, já que oriundos das razões que, por prevalentes, afastam quaisquer outras para a hipótese em tema;

f) A inteligência artificial e a lógica fuzzy apresentam-se, ainda, como alternativas metodológicas para preenchimento das lacunas, axiológicas e normativas. Ambas, contudo, são amplamente criticáveis e, se aplicadas de maneira autônoma, insuficientes aos fins a que se propõem;

g) A inteligência artificial vem representada por diversos sistemas operacionais descritos por Henry Prakken i) “Taxman Project”, materializados pelo Taxman I e Taxman II; ii) “issue spotting”; iii) “Prolex system”; iv) “Argumentator”; v) “CABARET System”; vi) “HYPO system”; e vii) “CATO system”;

h) A lógica fuzzy, de uso excepcional, admite graus de verdade e sustenta que uma proposição pode variar desde totalmente falsa até totalmente verdadeira. Considerando, ainda, que não se baseia em números, mas em palavras, utilizando-se de modificadores (alto, pequeno, muito pouco) e, ainda, tomando probabilidades linguísticas como provável e improvável que variam de grau 0 a 1, a lógica fuzzy representa decisivo auxílio na colmatação de lacunas.

CAPÍTULO QUARTO:

a) A teoria-padrão fica apresentada com a seguinte metodologia:

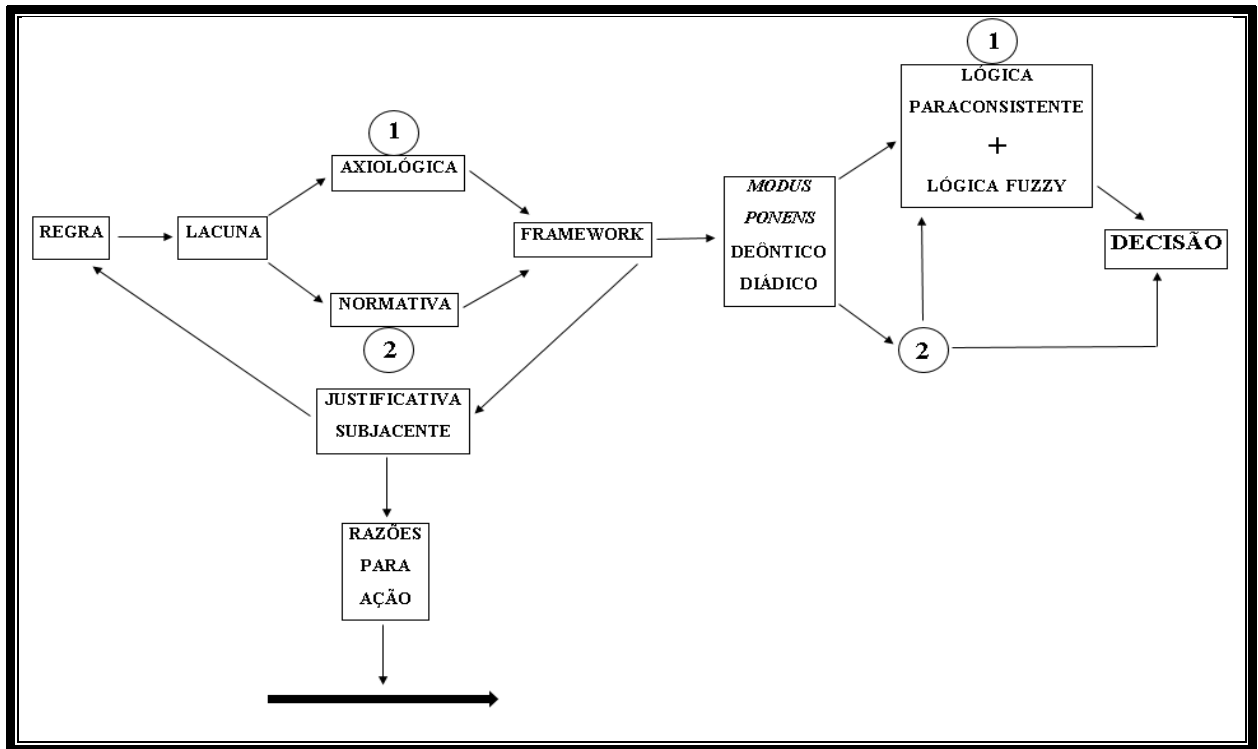
PASSO 1: identificação: a) da lacuna, axiológica ou normativa; b) da impossibilidade de a metodologia dedutiva embasada na lógica clássica conferir, sem trivialidade ou defeitos argumentativos, a interpretação da norma e resolução da testilha;

PASSO 2: identificação do “framework” social, a partir de aportes oriundos da filosofia da razão prática;

PASSO 3: utilização da lógica deôntica diádica, permitindo-se, a partir do *modus ponens* deôntico diádico o direcionamento na escolha da solução a adotar, afastando-se subjetivismos, lógica das preferências e, ao mesmo tempo, garantindo que o dever-ser normativo opere à plenitude;

PASSO 4: excepcionalmente, aplicação da lógica paraconsistente para, com aporte no silogismo paraconsistente, afastar qualquer risco de trivialidade ou violação às leis lógicas, ao tempo em que permite ao juiz trabalhar a variação de graus das expressões de textura aberta para preencher lacunas axiológicas e, no campo das normativas, colmatá-las de acordo com o juízo descritivo que apresente consequências normativas.

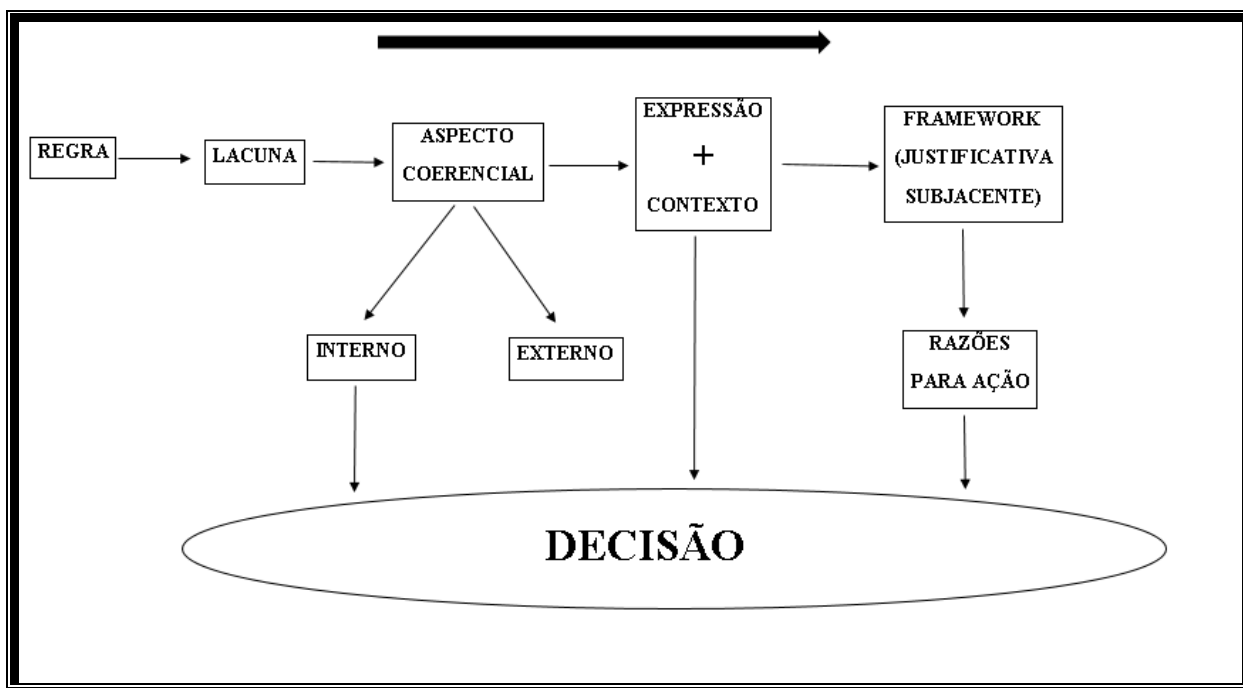
b) em termos gráficos, assim fica representada a teoria-padrão:



c) A primeira variação aplica o silogismo paraconsistente, baseado na seguinte formulação: $\exists x (p(x) \wedge \neg p(x))$; utilizando, ainda, a lógica fuzzy por intermédio do método Mandani

d) A segunda variação, objetivando definir expressões de textura aberta, apresenta o seguinte itinerário metodológico: i) fixação de aspectos coerenciais já estabelecidos pelas instituições primárias e que devem ser obedecidos por imparcialidade argumentativa; ii) fixação do alcance das expressões em si, excluindo-se situações disparatadas em determinado contexto; iii) compreensão, de acordo com o contexto em que se inserirem, da razão que prevalecerá.

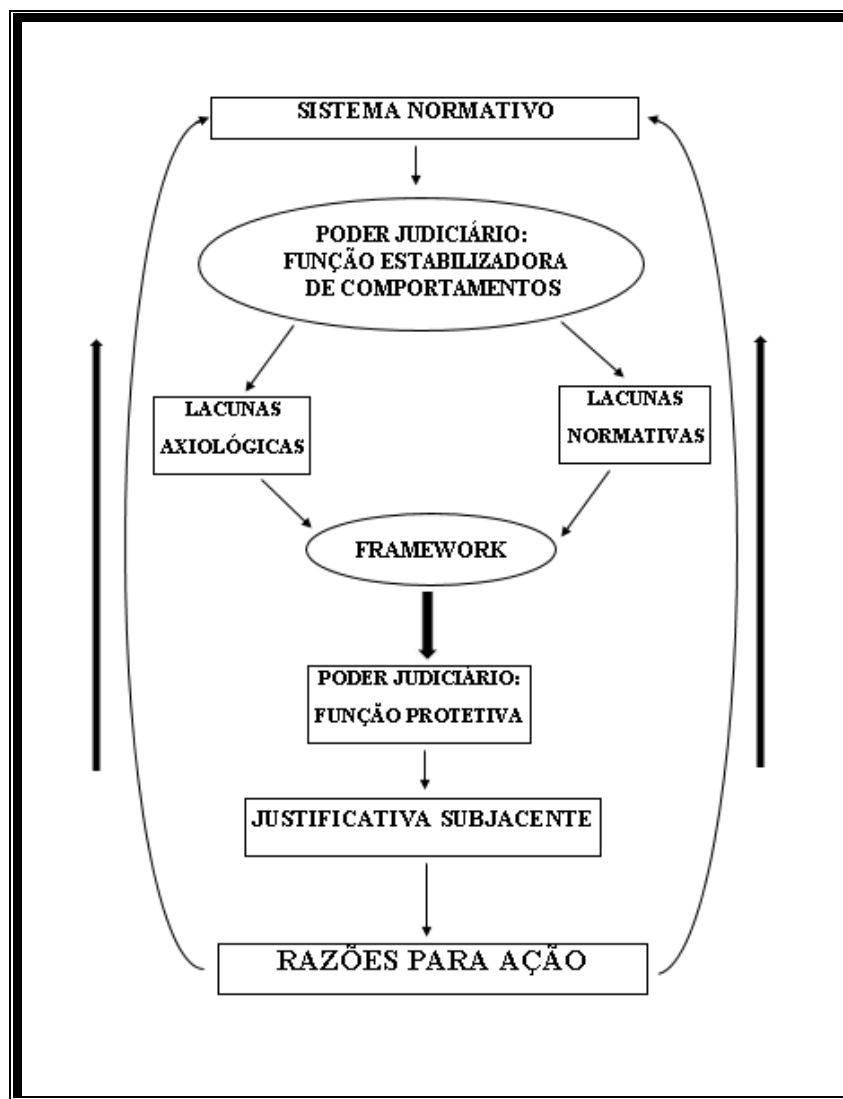
e) Em termos gráficos:



f) A terceira variação ressalta a função judicial estabilizadora de comportamentos; e, no que toca às lacunas, a função protetiva do “framework”;

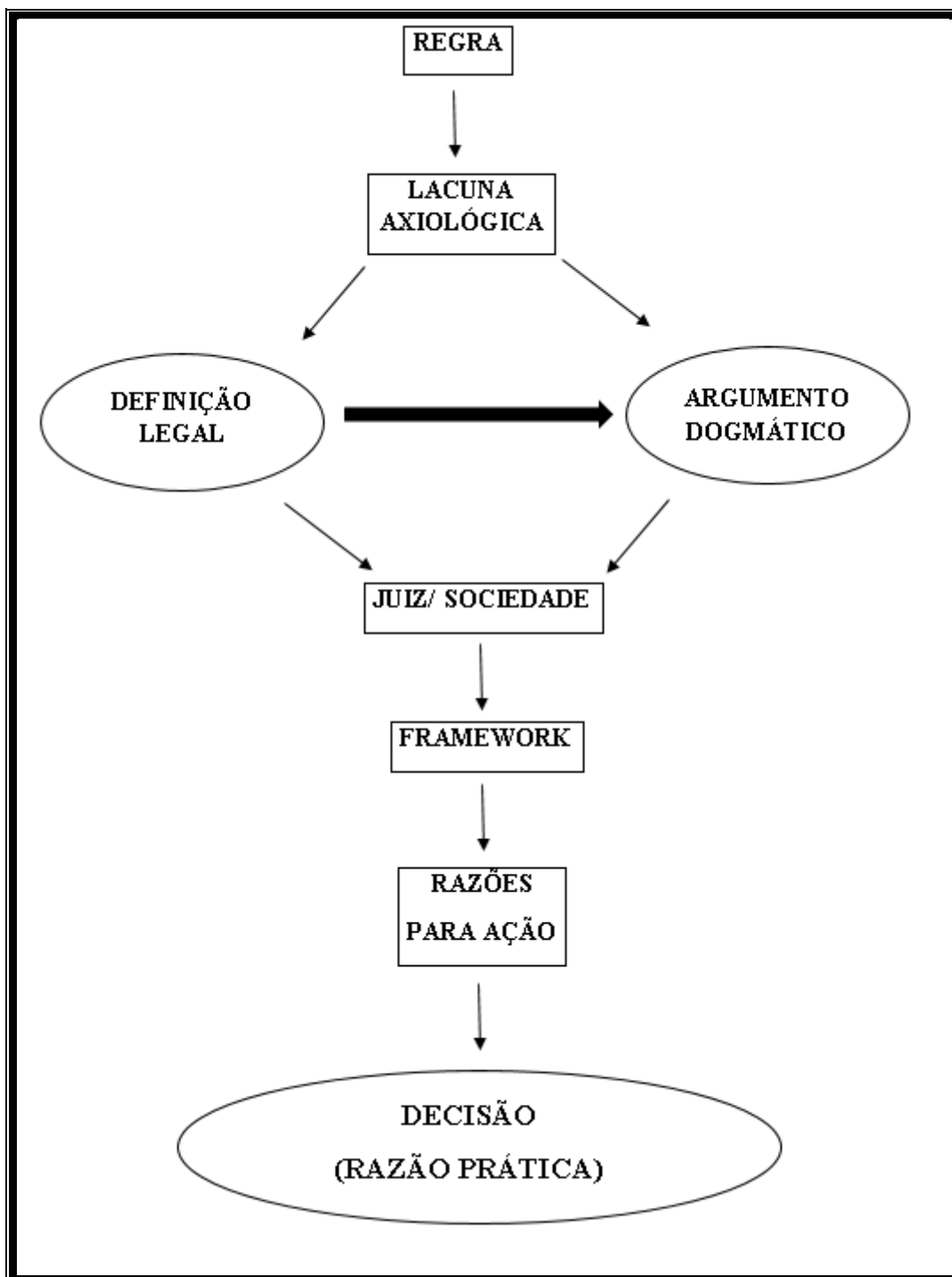
g) As seguintes conclusões parciais são apresentadas a respeito desta função: i) o Poder Judiciário, enquanto instituição que garante a observância de razões conclusivas externadas por particulares, ou justificativas subjacentes às regras que denotem o “framework” social, caracteriza-se por seu objetivo estabilizador de comportamentos no âmbito do sistema normativo; ii) enquanto instituição estabilizadora e, porque especificamente voltada à proteção de razões conclusivas, o Poder Judiciário atua em movimento meramente declaratório de razões conclusivas expostas por particulares ou inerentes ao sistema de regras, legitimando-se, por isso, de maneira direta para atuação; iii) a vinculação da atuação do Poder Judiciário emana não da força cogente de regras, ou do aparato estatal coercitivo, mas da estabilização de razões conclusivas que ao final deverão prevalecer, quer emanadas de particulares, quer ínsitas ao sistema de regras; iv) no caso das lacunas, considerando que primeiro haverá de se reconhecer o “framework” para depois estabilizar os comportamentos decorrentes, atuará o Poder Judiciário de maneira protetiva, nota especial da estabilização.

h) a função judicial estabilizadora, para fins de preenchimento das lacunas, é apresentada, em termos esquemáticos nesta terceira variação da seguinte maneira:



i) A quarta variação opera com lacunas axiológico-técnicas, sugerindo a dogmática como forma de preenchimento das lacunas; esta, contudo, pode se revelar dissonante ao “framework”, que demandará do juiz atuar de maneira a preservar a dinâmica social materializada pela razão prática;

j) A quarta variação apresenta o seguinte quadro esquemático:



k) Por fim, a teoria ora apresentada ostenta a seguinte natureza: normativa e epistemologicamente *quase*-neutra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution. *In: HARVARD LAW REVIEW*, v. 120:1737.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALCALÁ, Alberto de Real. Un sistema jurídico más sofisticado en el neoconstitucionalismo. *In: CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, n. 23, 2011.

ALCHOURRÓN, Carlos E. **Detachment and defeseability in deontic logic**. *In: STUDIA LOGICA*, n°. 57, 1994.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio. **The expressive conception of norms**. *In: HILPINEN, Risto. New Studies in Deontic Logic. Norms, Action and the Foundation of Ethics*. London: D. Reidel Publishing Company, 1981.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; MARTINO, Antonio. **Lógica sin verdad**. *In: THEORIA – SEGUNDA ÉPOCA*, año III, n°. 07-8.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do Discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: GEN – editora Forense, 2011.

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Tradução de Hernâni Donato. São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 1994.

AMADO, Juan Antonio García. El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevância. *In*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMADO, Juan Antonio García. La interpretación de la norma Constitucional. *In*: **REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN**. n.º 2. Febrero 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. RePro 225, nov. 2013.

ARISTÓTELES. **A Política**. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1985.

ARISTÓTELES. **Organon – V Tópicos**. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

ARIZA, Rafael Porlán. A epistemologia evolucionista de Stephen Toulmin e o ensino da ciência. *In*: **CAD. BRAS. ENS. FÍS.**, v. 19, n. Especial.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, MaCormick, Alexy e outros**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación**. Barcelona: Editorial Ariel, 2012.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Jaun. **Las piezas del Derecho – Teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 2007.

ATRIA, Fernando. **Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo**; BULYGIN, Eugênio. En defensa de el dorado. Respuesta a Fernando Atria. *In*: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugênio, MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. **Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ATRIA, Fernando. **Sobre las lagunas**. *In*: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugênio, MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. **Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

AUSTIN, John Langshaw. **Como hacer cosas con palabras. Palabras y acciones.** Tradução de Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona/Buenos Aires: Editora Paidós, 1962.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer – palavras e ação.** Tradução e apresentação à edição brasileira: Prof. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BATTESINI, Eugênio. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: a aplicação da regra de Hand no Brasil.** III Conferência Anual da Associação brasileira de Direito e Economia – ABDE. 20 a 22 de outubro de 2010, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *In: ISONOMÍA*, n. 13, octubre, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction of the Principles of Moral and Legislation.** London: Clarendon Press, 1873.

BORK, R.H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, The Free Press, Nueva York, 1990.

BOUVIER, Hernán. Reglas y razones subyacentes. *In: IDEAS Y DERECHO*, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2005.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional – Problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.** Belo Horizonte: editora Fórum, 2007.

BULYGIN, Eugênio. **Creación y aplicación del derecho.** *In: ATRIA*, Fernando; BULYGIN, Eugênio, MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; MANERO, Juan Ruiz. *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial.* Madrid: Marcial Pons, 2005.

BULYGIN, Eugênio. **Lógica Deontica.** *In: ALCHOURRÓN*, Carlos E. *Lógica.* Madrid: Editorial Trotta, 1995.

BULYGIN, Eugênio. Jorge L. Rodríguez sobre la teoría de los sistemas normativos. *In*: MORESO, José Juan; REDONDO, Maria Cristina. **Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

CABANELLAS, Guillermo, El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. *In*: KLUGER, Viviana. **Análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Helistas, 2006.

CABRERA, Carlos Alarcón. **Imperativos y Logica en Jørgen Jørgensen**. *In*: ISEGORÍA, n. 20, 1999.

CABRERA, Carlos Alarcón. **Las lógicas deónticas de Georg H. von Wright**. *In*: DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho, n.º. 26, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

CARRIÓ, Genaro R., **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. *In*: HARVARD LAW REVIEW, v. 89, n. 7, mai. 1976.

CITRON, Rodger. The case for a structural injunction to improve indigent defense services. *In*: **THE YALE LAW JOURNAL** – vol. 101: 481.

COASE, Ronald Henry. **Essays on Economics and Economists**. Chicago: University Chicago Press, 1984; **The problem of social cost**. *In* **Journal of Law and Economics**. 3(1), 1-44. 1960.

COPI, Irving M., **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: editora Mestre Jou, 1968.

CUNHA, Luciana Gross. **Governança da Justiça**. *In*: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. Direito e Economia. 30 anos de Brasil. Agenda Contemporânea. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA COSTA, Newton C.A.; BÉZIAU, Jean-Yves; BUENO, Otávio. **Elementos de teoria paraconsistentes de conjuntos**. Campinas: Unicamp, 1998.

DA COSTA, Newton Carneiro Affonso. **Ensaio sobre os fundamentos da lógica**. São Paulo: editora Hucitec, 2008.

DA COSTA, Newton Carneiro Affonso; LEWIN, Renato A. **Lógica paraconsistente**. In: ALCHOURRÓN, Carlos E. *Lógica*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

DA COSTA, Newton. **Novos Fundamentos para a Lógica Deontica**. Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática. 2º Série. Vol. 11, n.º 1, p. 05. Curitiba. Abril de 1990.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DE LORA DELTORO, P., La interpretación originalista de la Constitución. Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermédias e mutação na Justiça Constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

ECHEVERRI, Eudoro. **Neoconstitucionalismo,? Verdad o ficción?**. In: MEMORANDO DE DERECHO, año 3, n.º. 3, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Gisela. **Muerte voluntaria**. Buenos Aires: Astrea. 2007.

<file:///C:/Users/fe95/Downloads/el-paradigma-constitucionalista-de-la-autoridad-juridica.pdf>

<file:///C:/Users/fe95/Downloads/Russell,%20Bertrand%20-%20Political%20Ideals.pdf>

<file:///C:/Users/lfgo/Downloads/58206317-Luigi-Ferrajoli-Principia-Iuris-Teoria-del-diritto-e-della-democrazia-La-sintassi-del-diritto.pdf>

[file:///C:/Users/lfgo/Downloads/el-problema-de-la-naturaleza-del-derecho-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lfgo/Downloads/el-problema-de-la-naturaleza-del-derecho-0%20(1).pdf)

[file:///C:/Users/lfgo/Downloads/por-qu-interpretar-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lfgo/Downloads/por-qu-interpretar-0%20(1).pdf)

<file:///C:/Users/Tiago/Downloads/artigo%20-%20dilema%20litigantes.pdf>

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Direito de morrer**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La Interpretación Constitucional. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 2. FEBRERO 2004.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de Filosofia Política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **La dificultosa tarea de la interpretacion constitucional**. In: GARGARELLA, Roberto. Teoria y Critica del Derecho Constitucional. Torno I Democracia. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. v. 1, 552.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz editores, 2014.

GARNNET, Richard W. In memoriam: William H. Rehnquist. Chief Justice Rehnquist's enduring, Democratic Constitution. In: **HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY**, v. 29.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Bahia: Publicações da Universidade da Bahia, 1961.

GUASTINI, Ricardo. **Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, y interpretación**. In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 31, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HAACK, Susan. **Evidencia y investigación. Hacia la reconstrucción em epistemologia.** Traducción de M^a. Ángeles Martínez García. Madrid: Editora Tecnos, 1997.

HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada. Ensaio contra a moda irracionalista.** Tradução de Rachel Herdy. Rio de Janeiro: editora PUC-Rio: Edições Loyola, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática.** Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>. Acesso em 11 agosto de 2015.

HACK, Érico; ROVEDA, Luiz Carlos. O conceito de faturamento para fins de incidência do PIS e da Cofins e as alterações decorrentes da MedProv 627/2013. *In: REVISTA TRIBUTÁRIA E DE FINANÇAS PÚBLICAS*. Vol. 120/ 2015, p. 195 – 2015. Jan – Fev/ 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2010.

HANSSON, Sven Ove. **Preference-based deontic logic.** *Journal of PhilosophicL Logic* 19: 75 – 93, 1990.

HECK, Philipe. **El problema de la creación del derecho.** Traducción de Manuel Entenza. Granada: Editorial Comares S.l., 1999.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.** Coimbra: Almedina, 2009, 2^a ed.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos.** Traducción de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

http://ww1.imprensaoficial.ms.gov.br/pdf/DO8121_30_01_2012.pdf

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=448&invol=448>

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=476&invol=267>

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.93.4500>

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220

<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2008000100002>

<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/VIII/1.33.pdf>

<http://filosofante.org/filosofante/?mostra=noticia&ver=1&id=218&le=F13&label=Trabalhos%20Acad%C3%AAmicos>

<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/07/irmas-disputam-na-justica-corpo-do-pai-mantido-congelado-nos-eua.html>.

<http://jornalggn.com.br/blog/mpaiva/nota-da-aba-antropologia-sobre-a-sentenca-judicial-que-nega-a-condicao-de-indigenas-ao-povo-borari-e-arapium>

<http://jus.com.br/artigos/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo>

<http://jus.com.br/artigos/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo>

<http://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00872530>

<http://links.jstor.org/sici?sici=0026-423%28195101%292%3A60%3A237%3C1%3ADL%3E2.0.CO%3B2-C>

<http://logicaedireito.blogspot.com.br/2010/11/logica-deontica-e-alguns-paradoxos.html>

<http://logicaedireito.blogspot.com.br/2010/11/logica-deontica-e-alguns-paradoxos.html>

<http://logicaedireito.blogspot.com.br/2010/11/logica-deontica-e-alguns-paradoxos.html>

<http://minhateca.com.br/vitorhugoabadia/Documentos/Cinco+minutos+da+Filosofia+do+Direito,18583479.docx>.

<http://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto>

<http://ratione-temporis.blogspot.com.br/2006/05/paul-magnaud-o-bom-juiz.html>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116086>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>

<http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/425>

<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/tarski.pdf>

<http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>

<http://stj.jusbrasil.com.br/.../recurso-especial-resp-1202514-rs.../relatorio-e-vot>

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14612771/habeas-corporus-hc-172634>

<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115593329/apelacao-pensao-por-morte-art-74-9-apl-7124355720128040001-am-0712435-5720128040001/inteiro-teor-115593339>

<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>

http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-15.pdf

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V28LMLEL6TUIJ:www.marinoni.adv.br/files_/A%2520JURISDI%25C3%2587%25C3%2583O%2520NO%2520ESTADO%2520CONSTITUCIONA1.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

<http://wnswz.strony.ug.edu.pl/von%20wright,%20deontic%20logic.pdf>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9813&n_link=revista_artigos_leitura

<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/holmes.htm>

<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141959.pdf>

<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141960.pdf>

<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142013.pdf>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-y-justicia-procesal-imperfecta/>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-y-justicia-procesal-imperfecta/>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/imperio-de-la-ley--reflexiones-sobre-un-punto-de-partida-de-elas-daz-0/>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-trampas-de-la-derrotabilidad-niveles-de-analisis-de-la-indeterminacin-del-derecho-0/>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/lgica-y-concepciones-del-derecho-0/>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-frente-al-coto-vedado/>

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/razones-y-normas-0/>

<http://www.civilrights.org/resources/civilrights101/affirmation.html>

http://www.classbrain.com/artteenst/publish/article_71.shtml

<http://www.cle.unicamp.br/prof/coniglio/Dissertacao%20Newton.pdf>

<http://www.cle.unicamp.br/prof/coniglio/Logics%20of%20Deontic%20Inconsistency.pdf>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13874-inss-lidera-numero-de-litigios-na-justica>

<http://www.conjur.com.br/2009-out-08/stf-papel-disciplinador-numero-vereadores>

<http://www.conjur.com.br/2013-mar-21/decisao-exige-ar-condicionado-cambio-automatico-motor-traseiro-onibus>

<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/justica-rio-aceita-corpo-brasileiro-seja-congelado-eua>

<http://www.conjur.com.br/2015-abr-06/pessoa-incapacidade-mental-sofrer-danos-morais>

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3830.pdf>

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-do-recem-nascido-a-indenizacao-por-danos-morais-pela-falha-na-coleta-de-celulas-tronco-a-teoria-da-.50698.html>

http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=190473

<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cadmat/article/view/11864/11541>

<http://www.fafich.ufmg.br/~margutti/Silogistica%20Aristotelica.pdf>

http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/2_GZLEZ%20LAGIER.pdf

<http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar32.html>

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194

<http://www.jstor.org/discover/10.2307/184888?uid=2&uid=4&sid=21106482771793>

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/443/193>

<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/561>

http://www.leandropaulsen.com/site/textos_detalhe.asp?ID=33

http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional40.html

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141009-06.pdf>

<http://www.oestadonet.com.br/index.php/regional/item/6167-exclusivo-juiz-federal-fala-sobre-caso-marco-padre-defende-etnogenese-e-antropologo-devolve-acusacoes>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/112016.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc58.htm

http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf

<http://www.priberam.pt/DLPO/confus%C3%A3o>

<http://www.priberam.pt/DLPO/Default.aspx>

http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/Sentenca_TI_Maro.pdf

<http://www.rotajuridica.com.br/cerveja-nao-alcoolica-pode-ter-ate-05-de-alcool-decide-stj/>

<http://www.scielo.br/pdf/kr/v49n117/a0249117.pdf>

http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>, p. 52.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=192411>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>

<http://www.ucm.es/info/circulo>

<http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>

<http://www2.ica.ele.puc-rio.br/Downloads%5C41/LN-Sistemas%20Fuzzy.pdf>

<http://www2.ica.ele.puc-rio.br/Downloads%5C41/LN-Sistemas%20Fuzzy.pdf>

<https://books.google.com.br/books?id=337bNl8v7ekC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=TEORIA+SEM%C3%82NTICA+DA+VERDADE+DE+ALFRED+TARSKI&source=bl&ots=ZkKD0dVO81&sig=ldsZ0S9IeOmID8fC72VVhyNcP9k&hl=pt->

[BR&sa=X&ei=iZE6Vd_mIYLRtQWFIIHgDw&ved=0CDQQ6AEwBA#v=onepage&q=TEORIA%20SEM%C3%82NTICA%20DA%20VERDADE%20DE%20ALFRED%20TARSKI&f=false](https://books.google.com.br/books?id=3Cc9AAAAIAAJ&pg=PR3&dq=taxman+ii+mccarty&hl=pt-BR&sa=X&ei=iZE6Vd_mIYLRtQWFIIHgDw&ved=0CDQQ6AEwBA#v=onepage&q=TEORIA%20SEM%C3%82NTICA%20DA%20VERDADE%20DE%20ALFRED%20TARSKI&f=false)

<https://books.google.com.br/books?id=3Cc9AAAAIAAJ&pg=PR3&dq=taxman+ii+mccarty&hl=pt->

BR&source=gb_selected_pages&cad=2#v=onepage&q=taxman%20ii%20mccarty&f=false

<https://books.google.com.br/books?id=GiBJCAAAQBAJ&pg=PT186&lpg=PT186&dq=taxman+ii+mccarty&source=bl&ots=yu1phIwwG8&sig=F59ouWH2WbmVEXpmOIXlxzZ6PXE&hl=pt->

<BR&sa=X&ei=KghnVfAEjKE2koWCuA0&ved=0CD4Q6AEwBg#v=onepage&q=taxman%20ii%20mccarty&f=false>

https://books.google.com.br/books?id=PJNHBAQAQBAJ&pg=PT140&lpg=PT140&dq=cabaret+systems+rissland&source=bl&ots=L5v2wEjreP&sig=xvedP1evahVfeyJtLiiW_FN9YgI&hl=pt-BR&sa=X&ei=Tq9oVfqtAc7LsAS-

<wYMo&ved=0CB4Q6AEwAA#v=onepage&q=cabaret%20systems%20rissland&f=false>

<https://books.google.com.br/books?id=seSoBwAAQBAJ&pg=PA146&lpg=PA146&dq=cabaret+systems+rissland&source=bl&ots=g5O6U-Wh5f&sig=3xPpEB2vjgO5osxx-hAMgt0Jkfa&hl=pt-BR&sa=X&ei=Tq9oVfqtAc7LsAS->

<wYMo&ved=0CCIQ6AEwAQ#v=onepage&q=cabaret%20systems%20rissland&f=false>

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n61p31/17276>

<https://scholar.google.com/citations?user=ZyaLOy4AAAAJ&hl=pt-br>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/469/case.html>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/200/case.html>

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201185323>

<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/admin/imagens/noticias/file/acp%2000-25439.pdf>

https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/portal/conteudo_portal/conteudo.php?cat=121

<https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-241.ZS.html>

HUNT, Alan. The Theory of Critical Legal Studies. *In*: **OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES**, vol. 6, n. 01.

HUSSERL, Edmund. **Investigaciones Lógicas 1 – Filosofía y Pensamiento**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

IHERING, Rudolf Von. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Traducción de Román Riaza. Madrid: Editora Reus S.A., 2015.

JUARÉZ, Mario Santiago. **Acciones afirmativas**. México: Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 2011.

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducida por Juan A. Casaubon. Buenos Aires: editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KENNEDY, Duncan. **Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2013.

KYMLICKA, Will. **Filosofía política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LA SPINA, Encarnación. Positivism jurídico y neoconstitucionalismo. *In*: **CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**, n. 20, 2010.

LANGSDORF, Leonore. Argumentation as Contextual Logic: An Appreciation of Backing in Toulmin's Model. *In*: **COGENCY**, Vol. 3, N°. 1, Winter 2011.

LAPORTA, Francisco J. **Imperio de la ley. Una visión actual**. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª ed., 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *In: MERITUM*. Belo Horizonte, v. 01, n. 01, jul/dez 2006.

LEWIS, David. **Papers in Ethics and Social Philosophy**. New York: Cambridge University Press, 2000.

LIPOVESTSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Corado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Estudos sobre lógica e direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARÍN, Rafael Hernández. Los dos dilemas de Jørgensen. *In: ANALISI E DIRITTO*, 2006.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Editora Record, 1967.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antônio Rezende. **A noção de Coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades**. *In: REVISTA NEJ – ELETRÔNICA*. Florianópolis, v. 16, n. 02, p. 207-221, maio/agosto 2011.

MATITO, Manuel Sánchez. **Dominio y libertad. El entramado moral de Charles Taylor**. *In: ASTROLABIO. REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA*. Año 2012 Núm. 13. ISSN 1699-7549.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Ensayos Filosófico-jurídicos**. México: Universidad Veracruzana, 1959.

MÈLICH, Joan-Carles. **Lógica de la crueldad**. Barcelona: Herder Editorial, 2014.

MICHELON, Claudio. **Fundamentos Econômicos e não econômicos para a defesa do consumidor**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. *Direito e Economia. 30 anos de Brasil. Agenda Contemporânea. Tomo 2*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2ª ed., 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. São Paulo: RT, 2009.

MÖLLER, Leticia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORCHON, Gregorio Robles. **Introducción a la Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1990.

MORESO, José Juan. Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. In: **ISONOMÍA**. N. 19, octubre, 2003.

MORO, Sérgio Fernando. **A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 48, p. 281, Jul. 2004, DTR 2004\404.

NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. In: **ISONOMÍA**, n. 13, octubre, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.

NINO, Carlos Santiago. **Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

NÓBREGA, Maílson da. **Brasil: um novo horizonte**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NORTH, Douglas. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. **Estado e políticas públicas no Brasil: desafios ante a conjuntura neoliberal**. *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 93, p. 101-123, março 2008.

ORAYEN, Raúl; MORETTI, Alberto. **Filosofía de la lógica**. Madrid: editorial Trotta, 2004.

PEÑA, Lorenzo Peña. **Normatividad y contingência**. Madrid: Los libros de la Catarata, 2009.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 2ª ed.

PERON, Newton Marques. **Lógicas da inconsistência deontica**. 2009, 60f. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em direito no programa de mestrado em Direito da UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLAK, Larissa Costa. **Mutação constitucional e direitos fundamentais**. 2011. 65 f. Monografia (graduação) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito.

PORTELA, Jorge Guillermo. Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. In: **DÍKAION**. Ano 23, n. 18, 2009.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRAKKEN, Henry. **Logical tools for modelling legal arguments**. Amsterdam: Netherlands Foundation for Scientific Research, 1993.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitradriedad legal y Derecho supralegal**. Traducción de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav. **Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas**. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2013.

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Teoría de La Justicia**. Traducción de María Dolores Gonzáles. México: FCE, 1995.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego**. Tradução de Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REDONDO, María Cristina. **La noción de razón para la acción em el análisis jurídico**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

REHNQUIST, Willian. The Notion of a Living Constitution. *In: HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY*, v. 29.

REÑON, Luiz Vega. De la lógica académica a la lógica civil: una proposición. *In: ISEGORÍA*, n. 31, 2004.

RIVERO, Ángel. **El discurso republicano**. *In: ÁGUILA*, Rafael de; *GABRIEL*, José Antonio de; *GUITIÁN*, Elena García; *RIVERO*, Ángel; *VALLESPÍN*, Fernando. La democracia en su textos. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

RODRÍGUEZ, Jorge. **La derrotabilidad de las normas jurídicas.** *In:* ISONOMÍA, n. 6, abril, 1997.

RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROMERO, José Manuel. **Teoría de la modernidade y experiênciã moderna del tempo de Habermas.** *In:* REVISTA REALIDAD, n. 113, 2007.

RODRÍGUEZ, Jorge L. **Un breve balance de la teoria de los sistemas normativos.** *In:* MORESO, José Juan; REDONDO, Maria Cristina. Un diálogo con la teoria del derecho de Eugenio Bulygin. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

ROSS, Alf. **Directives and Norms.** New York: Humanities Press, 1968.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Tradução de Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2ª ed., 2007.

ROSS, Alf. **Imperatives and Logic.** *In:* PHILISOPHY OF SCIENCE, nº. 1, vol. 11, jan. 1944.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** *In:* AFDUAM, 5, 2001.

SANDEL, Michael J.. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 4ª edição. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.** Porto: Edições Afrontamento, 7ª. ed., 1999.

SARMENTO, Daniel. **As lacunas Constitucionais e sua integração.** *In:* REVISTA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Vitória, n. 12, jul./dez. 2012

SCHAUER, Friedrich. **Las reglas en juego. Las reglas en juego - un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana.** Traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodriguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012.

SCHREIER, Fritz. **Concepto y formas fundamentales del Derecho. Esbozo de una teoría Formal del derecho y del Estado sobre base fenomenológica**. Traducción de Eduardo García Maynez. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERBENA, Cesar Antônio. **Ciência do Direito e Lógica Deontica Paraconsistente**. 1999, 151f. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em direito no programa de mestrado em Direito da UFPR – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999.

SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones contemporâneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo XX**. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, S.A., 1929.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973.

SIGWART, Christoph. **Logic. Vol. I. The judgment, concept and inference**. Translated by Helen Dendy. New York: Macmillan & co., 1895.

SILVA, Ana Lúcia Pinto da; YEUNG, Luciana Luk-Tai; CARVALHO, Carlos Eduardo. **A insegurança jurídica é também do devedor: seleção adversa e custo do crédito no Brasil**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua. Direito e Economia. 30 anos de Brasil. Agenda Contemporânea. Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVESTRE, Ricardo Sousa. **Um curso de lógica**. Petrópolis: Vozes, 2011.

SOLER, Sebastián. **Las Palabras de la ley**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1969.

SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: judicial activism ou judicial self-restraint. In: **REVISTA DOS TRIBUNAIS**, vol. 874, p. 11, ago/2008.

STRAUSS, David. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Economia dos contratos**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000. MÉNDEZ, Yolimar Mendoza. Lenguajes, valores y apertura al otro en Charles Taylor. In: REVISTA LAGUNA, 13; julio 2003.

TAYLOR, Charles. **Hegel and Modern Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

TAYLOR, Charles. **Language and Human Nature in Human Agency and Language**. Philosophical Papers 1, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

TAYLOR, Charles. **Theories of Meaning in Human Agency and Language**. Philosophical Papers, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

TOULMIN, Stephen E. Toulmin. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics***. In: REVISTA DE PROCESSO – REPRO. São Paulo, v. 178, ano 34, p. 153-179, dezembro 2009.

TRINDADE, Nathália Maria Ariston. **Ações afirmativas no Brasil: uma análise acerca da discriminação positiva como instrumento de concretização da justiça social**. In: FIDES: Natal: vol. 02, n. 02, jul/dez 2011.

TUSHNET, Mark. **Reflections on judicial enforcement of social and economic rights in the twenty-first century**. In: NUJS LAW REVIEW. 177, abr. 2011.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoria General del Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

VON WRIGHT, G.H. **A Correction to a New System of Deontic Logic**. Danish Year Book of Philosophy, 2, 1965.

VON WRIGHT, G.H. **A New System of Deontic Logic**. Danish Yearbook of Philosophy, I, p. 173-182, 1964.

VON WRIGHT, G.H. **A Note on Deontic Logic and Derived Obligations**. Mind, 65, p. 507-509, 1956.

VON WRIGHT, G.H. **Norma y acción: una investigación lógica**. Traducción de Pedro Garcia Ferrero. Madrid: Editora Tecnos, 1970.

WILLIANSO, Oliver. **Por que Direito, Economia e Organizações?** In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Apud*. DA COSTA, Newton C.A.; BÉZIAU, Jean-Yves; BUENO, Otávio. **Elementos de teoria paraconsistentes de conjuntos**. Campinas: Unicamp, 1998.

www.fec.unicamp.br/~luharris/art/99encac_027.pdf

www.rjohara.net/darwin/files/Toulmin-bibliography

www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/.../RE477554ementa.pdf

ZAGREBELSKY, Gustav. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZILIANI, Estefanía. La acción afirmativa en el derecho norteamericano. **REVISTA ELECTRÓNICA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES "AMBROSIO L. GIOJA"**. Año V, Número Especial. 2011.

ZUCCA, Lorenzo. **Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales.**
In: ZUCCA, Lorenzo. Dilemas Constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales. Madrid: Marcial Pons, 2011.