

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CALCADA EM ELEMENTOS CONCRETOS COMO
PRESSUPOSTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA

CURITIBA

2023

JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CALCADA EM ELEMENTOS CONCRETOS COMO
PRESSUPOSTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Sampaio Júnior, José Herval

A argumentação jurídica calcada em elementos concretos como pressuposto da atividade jurisdicional contemporânea / José Herval Sampaio Júnior. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Sérgio Cruz Arenhart.

1. Argumentação jurídica. 2. Processo civil. 3. Direito constitucional. 4. Precedentes judiciais. I. Arenhart, Sérgio Cruz. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia quatro de agosto de dois mil e vinte e tres às 14:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR**, intitulada: **A argumentação jurídica calcada em elementos concretos como pressuposto da atividade jurisdicional contemporânea.**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), LUÍS FERNANDO LOPES PEREIRA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RICARDO TINOCO DE GÓES (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE), MARCO FELIX JOBIM (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA), PAULO RICARDO OPUSZKA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SERGIO CRUZ ARENHART, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 04 de Agosto de 2023.

Assinatura Eletrônica

07/08/2023 09:49:33.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

07/08/2023 09:25:10.0

LUÍS FERNANDO LOPES PEREIRA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

08/08/2023 22:23:47.0

RICARDO TINOCO DE GÓES

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE)

Assinatura Eletrônica

07/08/2023 19:22:19.0

MARCO FELIX JOBIM

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA)

Assinatura Eletrônica

08/08/2023 18:29:10.0

PAULO RICARDO OPUSZKA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

08/08/2023 08:50:17.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR** intitulada: **A argumentação jurídica calcada em elementos concretos como pressuposto da atividade jurisdicional contemporânea.**, sob orientação do Prof. Dr. SERGIO CRUZ ARENHART, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 04 de Agosto de 2023.

Assinatura Eletrônica
07/08/2023 09:49:33.0
SERGIO CRUZ ARENHART
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
07/08/2023 09:25:10.0
LUÍS FERNANDO LOPES PEREIRA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
08/08/2023 22:23:47.0
RICARDO TINOCO DE GÓES
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE)

Assinatura Eletrônica
07/08/2023 19:22:19.0
MARCO FELIX JOBIM
Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA)

Assinatura Eletrônica
08/08/2023 18:29:10.0
PAULO RICARDO OPUSZKA
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
08/08/2023 08:50:17.0
CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Mais uma vez a ele, meu saudoso pai Herval Sampaio, a quem sempre renderei homenagens por todos os sucessos por mim obtidos.

AGRADECIMENTOS

À Deus primeiramente, porque compreendemos que todos os resultados almejados e realizados são fruto de sua vontade e não da nossa.

À minha família, a quem sempre agradecerei por acreditar no meu potencial. Cheina, minha amada esposa, uma guerreira que sempre esteve ao meu lado e nesse processo, foi o meu verdadeiro fio condutor, me incentivando nos momentos mais difíceis, pois terminar um doutoramento com três filhos, a quem nunca deixei e deixarei de priorizar em minha vida, não é fácil, contudo, com os seus incentivos diários e ao mesmo tempo facilitações que me permitiu, ao assumir obrigações extras com nossa prole, para que eu pudesse realizar esse sonho, mesmo tardio, é motivo de glória e a ela sempre serei eternamente grato.

Aos meus idolatrados filhos, que são para mim a razão de ser em minha vida, Ana Cecília, Bernardo e Artur (Tutu), sempre agradecerei as suas existências, e nesse período que mesmo em casa estive ausente, espero que essa pequena contribuição acadêmica possa ser lembrada como mais um esforço do seu velho pai, que os ama tanto e que tudo que tenho feito na contemporaneidade é para lhes satisfazerem ao máximo, pedindo desculpas aos meninos pelas ausências de nossa brincadeira de “Cosquinhas” e a minha primogênita as vezes a impaciência pela tensão do momento vivido.

Aos meus pais, saudoso Herval Sampaio, que me ensinou os valores que carrego até hoje e transmito aos meus filhos. Pai como te amo e sinto saudades de nosso convívio. A minha amada mãe, Maria Eurisene, que mesmo combatida pela doença que lhe acompanha desde jovem, sempre esteve ao meu lado em todas as batalhas e dessa vez não foi diferente.

Aos meus irmãos, saudosa Regina, que nos deixou tão cedo e sempre prestigiou a academia e com certeza estaria vibrando com o resultado ora obtido. E Luzardo, que de modo incondicional tem me apoiado em tudo, e sempre lhe serei grato.

A UERN e UFPR, universidades que me acolheram para esta empreitada, realizando esse Dinter que abreviou a conclusão de um sonho, na qual não poderia deixar de registrar a luta incansável do professor Sérgio Alexandre.

Aos meus colegas de Doutorado, todos tenho que reverenciar, pois juntos formamos uma família ao longo desses quatro anos buscando um objetivo comum,

sermos Doutores e que glória alcançada, mencionando ainda o privilégio de ter sido “Coordenador informal” da turma, que honra, e o faço nas pessoas de Armando Ponte, meu colega Juiz e que abriu a nossa caminhada defendendo a primeira tese e ao professor Marcelo Roberto, que dividiu comigo a tarefa informal de coordenação.

Aos meus professores do Doutorado, profissionais que sempre levarei não só os seus ensinamentos técnicos, mas principalmente os referenciais a mim consagrados durante a convivência, e que os homenageio na pessoa do professor Luís Fernando, um intelectual primoroso que tem na humildade e simplicidade, marcas que nunca serão esquecidas.

Ao meu amigo e orientador professor Sérgio Arenhart, que foi firme em delimitar todo o trabalho, ao mesmo tempo flexibilizando para que eu pudesse desenvolver as minhas ousadias, minha eterna gratidão por todos os seus ensinamentos e principalmente por suas luzes de saber em companhia dos doutrinadores Marinoni e Mitidiero, amigos do processo constitucional, que me auxiliaram na junção que fiz com as teorias da argumentação.

Aos demais integrantes da banca, professores Clayton Maranhão, Ricardo Tinoco e Paulo Opuska, que com suas ponderações e arguições engradeceram este trabalho, que não é fruto isolado de nossas considerações, pelo contrário, é uma obra feita a várias mãos, com efetivo apoio dos cinco professores que estiveram mais de perto a nosso lado na empreitada.

À AMARN e AMB, entidades associativas que me receberam tão bem nessa luta associativa que tenho travado nos últimos anos, e o faço nas pessoas dos amigos Andreo Alessandro e Frederico Mendes, que entenderam minha ausência no período e sabem da importância dessa tese para a atividade jurisdicional.

Ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, que teve a sensibilidade de me conceder um prazo de três meses para feitura desta tese, e o faço nas pessoas dos amigos do Gabinete Eunice, Gláucio, Tobias e os estagiários de ontem e de hoje, não podendo esquecer os demais servidores da Comarca de Ceará-Mirim, que me receberam muito bem e em especial aos que fazem parte da Secretaria Unificada, um projeto em andamento e que vem colhendo tanto frutos, aos chefes da secretária e dos setores, muito obrigado pelo apoio, agradecendo a colega Niedja que me substituiu no período.

Registro também o agradecimento especial aos demais colegas Juízes de Ceará-Mirim, Peterson e Cleudson e a todos os colegas professores da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, não podendo esquecer de todos os meus colegas juízes da amada cidade de Mossoró, enfim, nós juízes temos que conciliar muita coisa para exercemos a academia, logo que sirva de estímulo a todos os demais colegas e na realidade os seus trabalhos e experiência do dia a dia devem ser aqui reverenciados.

Enfim, a todos as amigos e amigas que tenho em minha vida e que me estimularam a viabilizar esse sonho.

Sou eternamente grato a todos, por isso que sempre ressalto: Só alegria!

A busca de uma objetividade, seja qual for a sua natureza, corresponde a esse ideal, a esse desejo de transcender as particularidades históricas ou locais de modo que as teses defendidas possam ser aceitas por todos.

(PERELMAN e OLBRECHTS-TTYTECA, 2005, p. 29)

RESUMO

A argumentação como pressuposto da legitimidade da atividade jurisdicional na contemporaneidade é o tema central desta tese, cuja proposta é construída mediante a análise das especificidades de cada caso concreto submetido ao Judiciário, a partir da perspectiva de que são as particularidades de cada caso que darão o contorno do debate argumentativo, com a valorização da participação de todos os atores processuais em modelo cooperativo que assume a centralidade do procedimento, tornando o contraditório uma efetiva realidade. A partir dessas premissas e de alguns parâmetros intransponíveis, a proposta desta tese é a construção de um modelo em que o Juiz, não mais fazendo escolhas discricionárias de valores de maneira isolada, mas antes respeitando as escolhas já feitas pelo parlamento, decida os casos levados à sua apreciação a partir de um autêntico debate argumentativo, o qual há de se colocar como um método de auxílio ao exercício da atividade jurisdicional, propiciando a que a norma concreta a ser construída, reconstruída, ou mesmo excepcionalmente criada pela atividade jurisdicional, seja sempre o resultado de um processo integrado, em que, ao lado dos textos legais, normas possam surgir do debate entre os interessados, estes os únicos que saberão fielmente reproduzir o direito lesado ou ameaçado, sendo razoável, portanto, que os seus argumentos e ponderações necessariamente influenciem a decisão do Judiciário. Dessa forma, a tese procura viabilizar um instrumental que, ao mesmo tempo, estruture e legitime a atividade jurisdicional, respeitando o princípio democrático e observando as necessidades de cada caso concreto, afastando, por conseguinte, os argumentos que apenas em abstrato possam repercutir na decisão e os que ignoram os precedentes. A partir dessas condicionantes da argumentação jurídica contemporânea, almeja-se que o Judiciário não mais venha a proferir decisões distintas para casos iguais, tudo com o objetivo de satisfazer o princípio democrático, referencial maior do agir dos atores processuais, sem que tal postura signifique uma abertura aos intérpretes para que decidam fora do que foi preconizado pelo ordenamento jurídico, que tem na Constituição os valores objetivos que devem sempre ser assegurados.

Palavras-chave: Argumentação. Processo constitucional. Peculiaridades dos casos concretos. Precedentes. Legitimação da atividade jurisdicional.

ABSTRACT

Argumentation as a presupposition of the legitimacy of judicial activity in contemporary times is the central theme of this thesis, whose proposal is constructed through the analysis of the specificities of each concrete case submitted to the Judiciary, from the perspective that it is the particularities of each case that will give the contour of the argumentative debate, with the appreciation of the participation of all procedural actors in a cooperative model that assumes the centrality of the procedure, making the adversarial principle an effective reality. Based on these premises and some insurmountable parameters, the proposal of this thesis is the construction of a model in which the judge, no longer making in isolation discretionary choices of values, but rather respecting the choices already made by parliament, decides the cases taken to its appreciation from an authentic argumentative debate, which must be placed as a method of aid to the exercise of the jurisdictional activity, providing that the concrete norm to be constructed, reconstructed, or even exceptionally created by the jurisdictional activity, is always the result of an integrated process, in which, alongside the legal texts, norms arises from the debate among the interested parties, who are the only ones that will know how to faithfully reproduce the injured or threatened right, it being reasonable, therefore, that their arguments and considerations necessarily influence the decision of the Judiciary. In this way, the thesis seeks to make feasible an instrument that, at the same time, structures and legitimizes the jurisdictional activity, respecting the democratic principle and observing the needs of each concrete case, removing, therefore, the arguments that only in abstract can have repercussions in the decision and those who ignore the precedents. Based on these constraints of contemporary legal argumentation, it is hoped that Judiciary will no longer decides identical cases differently, all with the aim of satisfying the democratic principle, the main reference for the action of procedural actors, without such a stance means an openness to interpreters to decide outside what was recommended by the legal system, which has in the Constitution the objective values that must always be ensured.

Keywords: Argumentation. Constitutional Process. Peculiarities of specific cases. Precedent. Legitimation of jurisdictional activity.

RESUMEN

La argumentación como presupuesto de la legitimidad de la actividad judicial en la contemporaneidad es el tema central de esta tesis, cuya propuesta se construye a partir del análisis de las especificidades de cada caso concreto sometido al Poder Judicial, en la perspectiva de que son las particularidades de cada caso que marcarán los límites del debate argumentativo, con el aprecio de la participación de todos los actores procesales en un modelo cooperativo que asume la centralidad del procedimiento, haciendo de lo contradictorio una realidad efectiva. A partir de estas premisas y de algunos parámetros insuperables, la propuesta de esta tesis es la construcción de un modelo en el que el juez, ya no haciendo aisladamente elecciones discrecionales de valores, sino respetando las opciones ya hechas por el parlamento, pueda decidir los casos llevado a su apreciación desde un auténtico debate argumentativo, el cual debe ser colocado como un método de ayuda al ejercicio de la actividad jurisdiccional, permitiendo que la norma concreta a ser construida, reconstruida o aun excepcionalmente creada por la actividad jurisdiccional, sea siempre el resultado de un proceso integrado, en el que, junto a los textos legales, normas puedan surgir del debate entre los interesados, siendo éstos los únicos que sabrán reproducir fielmente el derecho lesionado o amenazado, siendo razonable, por lo tanto, que sus argumentos y consideraciones necesariamente influyan en la decisión del Poder Judicial. De esta forma, la tesis busca viabilizar un instrumento que, al mismo tiempo, estructure y legitime la actividad jurisdiccional, respetando el principio democrático y observando las necesidades de cada caso concreto, removiendo, por lo tanto, los argumentos que sólo en abstracto pueden afectar la decisión y los que ignoran los precedentes. Con base en estos condicionantes de la argumentación jurídica contemporánea, se espera que el Poder Judicial ya no emita decisiones diferentes para casos similares, todo eso con el objetivo de satisfacer el principio democrático, principal referencia para la actuación de los actores procesales, sin que tal postura signifique una apertura a los intérpretes para decidir al margen de lo recomendado por el ordenamiento jurídico, que tiene en la Constitución los valores objetivos que siempre deben ser asegurados.

Keywords: Argumentación. Proceso Constitucional. Peculiaridades de casos concretos. Precedente. Legitimación de la actividad jurisdiccional.

LISTA DE SIGLAS

CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CPC	Código de Processo Civil
DINTER	Doutorado Interinstitucional
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
STF	Supremo Tribunal Federal
UERN	Universidade Estadual do Rio Grande do Norte
UFPR	Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	DA JURISDIÇÃO CLÁSSICA À NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO	21
2.1	OS CONCEITOS TRADICIONAIS DE JURISDIÇÃO E SUA EFICIÊNCIA PARA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DA SOCIEDADE.....	21
2.1.1	A patente limitação do modelo tradicional de interpretação das expressões normativas X necessidade materialização dos valores estampados em um ordenamento constitucional	27
2.1.2	Os diversos ramos do Direito em cotejo com a autonomia de produção normativa.....	33
2.1.3	A imprescindibilidade do cumprimento por todas as autoridades estatais dos valores constitucionais, incluindo as decisões dos Tribunais Constitucionais que definem as teses jurídicas	37
3	CARACTERÍSTICAS DOS OPERÁRIOS DO DIREITO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL HODIERNA E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO	42
3.1	A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TEXTOS NORMATIVOS POR TODOS OS QUE LABORAM NA “PRAXI FORENSE”	42
3.2	DA NECESSIDADE DE UMA POSTURA MAIS ATIVA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO UM ANTECEDENTE LÓGICO QUE DEVE PERSEGUIR TODA A ATIVIDADE JURISDICIONAL	45
3.3	OS TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E A SUA APLICAÇÃO DIRETA. PECULIARIDADES QUE TORNAM A APLICAÇÃO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL REGULAR DENTRO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	50
4	PREMISSAS ESPECÍFICAS PARA COMPREENSÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PROPOSTA	55
4.1	COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO.....	55

4.1.1	A constitucionalização do Direito e a sua aplicação como premissa para a argumentação jurídica defendida	59
5	A ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO MECANISMO VIABILIZADOR DAS PARTICULARIDADES DE CADA SITUAÇÃO E A OFERTA DA SEGURANÇA JURÍDICA SEM MÁCULA À ATIVIDADE LEGISLATIVA.....	63
6	DO MODELO PROPOSTO E SUA RELAÇÃO COM A TUTELA DE DIREITOS.....	66
6.1	DO DELINEAMENTO INICIAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARTICULARIZADA PROPOSTA E OS LIMITES PARA SE EVITAR A DISCRICIONARIEDADE/ARBÍTRIO	66
6.1.1	Dos marcos teóricos.....	66
6.1.2	Da apresentação perfunctória dos passos a serem operados pelos atores processuais	80
7	DA IMPERIOSIDADE DE SE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A SEGURANÇA JURÍDICA PELOS PRECEDENTES.....	86
7.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS PRECEDENTES.....	86
8	O MODELO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARTICULARIZADA E OS SEUS DESAFIOS.....	92
8.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	92
8.2	DA INDISPENSÁVEL TAREFA DE PERSEGUIR A MAIOR RACIONALIDADE POSSÍVEL COM O INCREMENTO DO USO DA LINGUAGEM.....	96
8.3	OBJETO, METODOLOGIA E FUNÇÃO DO MODELO PROPOSTO	102
8.4	PARÂMETROS (COMPLEMENTO DOS REFERENCIAIS) INTRANSPONÍVEIS PARA A DEVIDA COMPREENSÃO DA ARGUMENTAÇÃO DEFENDIDA	115
8.5	DA NECESSIDADE DE QUE TODA A EXTENSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SEJA CONTROLÁVEL.....	117
8.6	DO DETALHAMENTO DE CADA PASSO DOS ATORES PROCESSUAIS.....	125
8.6.1	Argumentação fática.....	127
8.6.2	O texto normativo necessariamente como ponto de partida do processo argumentativo	135

8.6.3	Averiguar a metodologia a ser aplicada: subsunção ou ponderação a partir das espécies normativas encontradas em cada caso	141
8.6.4	A aferição da possível inconstitucionalidade de dado texto normativo como antecedente lógico da atividade argumentativa proposta	145
8.6.5	A escolha dos métodos interpretativos em específico para cada caso	148
8.6.6	Da impostergável necessidade de fundamentação específica de cada tese.....	151
8.6.6.1	A impossibilidade de uso de expressões genéricas sem a devida remissão ao caso concreto.....	154
8.6.6.2	Vedação à inserção de modelos prontos sem a devida correlação fática e jurídica	156
8.6.6.3	A necessidade impostergável de exame específico de todos os argumentos.....	157
8.6.6.4	A impostergável necessidade de se fazer a devida distinção em caso de referenciamento jurisprudencial.....	160
8.6.6.5	Diretrizes legais para a ponderação e a boa-fé	162
8.6.7	A indispensável coerência e integridade das decisões	163
8.6.8	A impossibilidade de se ignorar os Precedentes	165
9	UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NÃO PODE SE DESATRELAR DA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS MATERIAIS VIA PROCESSO CONSTITUCIONAL	168
10	CONSIDERAÇÕES FINAIS EM TÓPICOS.....	174
	REFERÊNCIAS	181
	REFERÊNCIAS CONSULTADAS	188

1 INTRODUÇÃO

Já nos bancos da faculdade de Direito, questionávamos o modelo clássico jurisdicional. Não só pela questão conceitual em si, mas principalmente porque não víamos, na prática, a realização da almejada pacificação social nem a própria materialização dos textos legais em cada caso concreto. Ao terminarmos o curso universitário e logo após ingressarmos na Magistratura, despertou-nos o desejo de investigar o porquê dessa escassez de efetividade; assim, começamos nossos estudos no Mestrado e, ao findarmos a dissertação, percebemos que ainda faltava a execução das ideias, o que nos levou a trilhar o caminho dos estudos e das pesquisas no Doutorado, cujo intuito era encontrar mecanismos para a execução das ideias acima.

Entretanto, para propormos algo, precisamos entender o contexto no qual a questão está inserida – e isso encontramos na primeira parte da tese – não de modo aprofundado, pois desvirtuaríamos o escopo principal. Porém é imperioso que respondamos às questões nascidas a partir dos estudos: a atividade jurisdicional clássica atende aos anseios da contemporaneidade? O atual modelo limitado de interpretação das expressões normativas é suficiente para assegurar a materialização dos valores estampados em um ordenamento constitucional? Os Poderes de Estado são obrigados a cumprir a lei ou a Constituição? São as decisões dos Tribunais Constitucionais que definem as teses jurídicas?

São questionamentos relevantes no momento atual, pois não só questionamos a Jurisdição em si, na visão clássica, mas a própria identidade do Judiciário e seus membros, colocando em xeque uma função que por muito tempo não foi contestada e que atualmente passa por diversos enfrentamentos que os novos tempos trouxeram. Tudo nos parece estar ligado à argumentação jurídica individualizada em relação direta com o modelo constitucional de processo, dissociado da interpretação clássica dos atos normativos. Contudo, sem qualquer desprezo ao que já se avançou, procuramos um modelo que seja mais efetivo quanto à tutela dos direitos em todos os casos submetidos ao Judiciário.

Nosso livro intitulado *Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição*, que nos serviu de base para o projeto de tese e nos levou a fazer o levantamento bibliográfico para estudos sobre o modelo de argumentação jurídica proposto como alicerce da atividade jurisdicional contemporânea, fez com que tivéssemos

percebido que a jurisdição tradicional não atendia mais às expectativas da sociedade quanto às suas demandas. Assim, sentimos a importância de apresentar uma forma de argumentar dissociada do modelo tradicional e ao mesmo tempo alinhada com as normativas processuais.¹ Eis o desafio.

Nesse sentido, a interpretação convencional, ou seja, aquela que parte do modelo de subsunção, não consegue absorver de maneira eficaz suas contradições, sendo necessária uma postura diferenciada para fazer valer os textos normativos da Constituição e os demais que tiverem compatibilidade com ela, sem que deixemos ao livre arbítrio do julgador a escolha da opção de como decidir, já que a decisão não é sua e sim do Estado Juiz, cuja pessoa física é o juiz que apresenta o Poder Público nessa peculiar função estatal.²

Vislumbramos como problemática bem atual as ideias de que muito dos conflitos contemporâneos são complexos e, por conseguinte, não são solucionáveis pela jurisdição clássica. A argumentação jurídica tradicional não é suficiente para responder concretamente aos anseios dos jurisdicionados com uma visão de equilíbrio da segurança jurídica plasmada nos textos normativos; e, ao mesmo tempo, não possui a devida preocupação com as particularidades de cada caso, o que direciona a uma efetiva tutela dos direitos reconhecidos.

Verificamos, ainda, que, por um lado, sem a efetiva tutela dos direitos em cada situação lesada ou ameaçada, a prestação jurisdicional não será eficiente; logo não podemos descurar dessa preocupação. Por outro lado, a subjetividade do

¹ Esse, sem sombra de dúvida, é o grande desafio da tese: compatibilizar essa necessidade de justificação das decisões jurisdicionais com todas essas novas premissas do processo, que tem como alicerce os valores constitucionais, de modo que a jurisdição contemporânea sempre esteja harmonizada com uma argumentação específica baseada nas particularidades de cada caso e sem olvidar o próprio ordenamento normativo.

² A fim de enfrentar a questão posta, um pressuposto merece ser ponderado: o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do Direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera “boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de certo benefício previdenciário a alguém, interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender o caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situação equivalente. O aprendizado desta nova forma de pensar para o magistrado exige que ele tome sempre em consideração duas questões fundamentais: de um lado a atenção constante aos princípios fundamentais do Direito (somados aos seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência); de outro, a redobrada sensibilidade com a realidade social. Cf.: ARENHART, S. C. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, p. 1-20, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

jugador não pode predominar na argumentação particularizada proposta, devendo haver o equilíbrio entre a segurança jurídica das teses jurídicas já definidas e as peculiaridades de cada caso concreto.

A partir das hipóteses de investigação lançadas, esperamos a confirmação ou a negação, pois o problema, de toda ordem, infelizmente, existe na prática judicante. Diante disso, com a ideia de que a jurisdição contemporânea é construída com todos os profissionais do Direito e não necessariamente somente pelo juiz, como na jurisdição clássica, nossa tese propõe que o magistrado, em suas decisões, tenha a preocupação central com as peculiaridades de cada caso, e, para tanto, fazer uso de uma argumentação particularizada sem deixar de considerar as teses jurídicas já definidas pelos Tribunais Constitucionais competentes. Assim, buscamos o devido equilíbrio entre as nuances de cada caso concreto e o direito posto do legislado e dos precedentes dos Tribunais.

O tema em si nos direcionou à utilização de pesquisa bibliográfica, centralizada nos juristas e filósofos que enfrentaram as teorias da argumentação jurídica; todavia não olvidaremos a documental em relação a alguns julgados que procurem confirmar a realidade traçada e principalmente a necessidade da mudança proposta, sempre com a preocupação da primazia dos valores existentes na Constituição. Desse modo, enfatizamos uma atenção especial aos juízes que defendem a concepção de que a jurisdição precisa ser mais ativa e efetiva para prevalecer os princípios constitucionais de justiça, dos direitos e das garantias fundamentais que, infelizmente, estão olvidados hodiernamente e, a pretexto de efetivá-los, os magistrados fazem valer seus valores pessoais, o que, em nossa visão, é inadmissível.

Na tese desenvolvida, tratamos de fazer uma profunda pesquisa teórica, de maneira que, como substrato para a sua feitura, foram utilizados livros, artigos publicados em revistas especializadas, textos expostos na internet, periódicos, legislação pátria e *cd-rom's* contendo jurisprudência e doutrinas pátrias, bem como publicações decorrentes de congressos, simpósios, seminários e julgados dos tribunais constitucionais, valendo-nos, também, da experiência internacional da temática, sem negligenciarmos a realidade prática brasileira, a qual será priorizada.

Na medida do possível, usamos o que se convencionou de **sincretismo metodológico**, pois em pesquisas teóricas podemos pensar em diversificar desde que tenhamos um norte de atuação frente à formulação de hipóteses para a

tentativa de solucionar os problemas suscitados. Também expusemos colocações distintas de nossas ideias a fim de que o interesse do leitor fique mais aguçado a partir de posições contraditórias, pois, mesmo quando partimos das hipóteses de investigação e da problematização já construídas, a realidade poderá negar alguma das hipóteses, o que engrandecerá a própria investigação desenvolvida.

2 DA JURISDIÇÃO CLÁSSICA À NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO

No presente capítulo vamos trabalhar a ideia da jurisdição clássica, que mesmo não sendo mais eficiente em sua roupagem inicial, não pode ser totalmente descaracterizada, como vimos, até chegarmos ao que intitulamos como nova concepção de jurisdição, que inclusive na contemporaneidade, além do aspecto argumentativo como essência e busca da legitimidade do próprio agir jurisdicional, engloba hoje o que cunhamos chamar de jurisdição consensual, face a total prioridade dada aos meios consensuais em relação até mesmo ao ato decisório, tudo para que se prestigie o aspecto democrático da participação dos envolvidos na solução do conflito.

Portanto, dissecaremos nos tópicos a seguir os referenciais dessa passagem, reverenciando sempre o aspecto democrático que a atividade jurisdicional deve necessariamente seguir em ambas as acepções aqui abarcadas.

2.1 OS CONCEITOS TRADICIONAIS DE JURISDIÇÃO E SUA EFICIÊNCIA PARA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS DA SOCIEDADE

A ineficácia de muitos dispositivos constitucionais e até mesmo legais tem total relação com a forma de interpretação das expressões linguísticas contidas nos atos normativos em sentido amplo; isso é ocasionado porque o nosso modelo é limitado, no que se refere a simples revelação do sentido de dada norma, como se fosse possível extrairmos a essência do que nela contém sem qualquer preocupação com a materialização dos valores de cada ordenamento constitucional, o que conduz, na realidade, a um arremedo de democracia, pois somente uma concretização dos comandos por todos os Poderes e, em especial o Poder Judiciário mediado pela jurisdição constitucional em nosso país, possibilitará, objetivamente, que a vontade do povo seja obedecida em todos os atos estatais.

Entretanto, percebemos que o grande desafio na atualidade é primar pelos valores constitucionais quando violados ou até mesmo ameaçados e agir com a racionalidade exigida, sem a interferência do Poder Judiciário em outros Poderes. Logo, a missão não é fácil, pois inúmeras são as vezes que os outros Poderes não cumprem suas atribuições. Contudo, esse fato não deve propiciar uma postura ativa

do Judiciário³ e quando se fizer necessária tal interferência, esta tem que ser legitimada por uma argumentação jurídica calcada nas peculiaridades de cada caso, principalmente concatenada com o modelo constitucional de processo, que tem o contraditório, a cooperação entre todos os atores e a devida fundamentação como seus pilares.

Portanto, mesmo sem o devido aprofundamento em todos os conceitos tradicionais de jurisdição para o nosso escopo e, abstraindo-nos inclusive de todo o contorno histórico, faz-se imperioso trazeremos a ideia de que a jurisdição sempre foi tida como aquela função que faz valer a lei no caso concreto, pacificando socialmente o conflito.

Quanto à função de pacificação social do conflito,⁴ talvez não existam divergências e, como não se constitui o propósito de nossa tese, restringiremos o fato de que por muito tempo o juiz, por meio da sentença, atuava concretamente à vontade da lei (abstrata) no caso concreto. Nosso questionamento, então, tem como pressuposto lógico o fato de que até mesmo a atividade tradicional de sentenciar passou a ter um problema muito grande.

Referimo-nos ao fato de que o juiz, nessa visão clássica, não poderia, em hipótese alguma, construir o sentido da norma em concreto, sendo uma atividade puramente reveladora de uma vontade anterior à da própria lei, situação que não pode hoje passar despercebida, pois simplesmente não podemos olvidar que, em muitos casos, esse dever nunca deixará de ser o correto, já que em tese não se pode substituir a vontade do legislador (princípio democrático).

³ Não vamos, nesse momento, nos imiscuir de forma mais aprofundada na compreensão do termo “ativismo judicial”; contudo tanto a sua intelecção limitada a esse agir constitucional objetivo quanto à sua forma exacerbada, precisa ser mais bem depurada no meio jurídico e na própria sociedade, pois, desde já, deixamos claro que o Judiciário não pode simplesmente omitir-se; ressaltamos, também, que não decidir expressamente, em alguns casos, constitui-se, na prática, como uma decisão.

⁴ Já em nossa dissertação de mestrado, transformada em livro posteriormente, chamamos atenção de que a não preocupação em concreto pela jurisdição tradicional com a pacificação social propiciou o crescimento dos antigos meios alternativos de solução dos conflitos, que sempre prestigiaram a referida pacificação. Contudo, já naquela época, víamos citados meios como algo que podia ser inerente à jurisdição exercida pelo Judiciário, evidentemente em outras balizas, o que hoje pelo teor do artigo 3º do novo CPC, não resta nenhuma dúvida de que temos uma jurisdição consensual, porém esta não possui os problemas de hermenêutica e argumentações que desenvolveremos no trabalho.

Indubitavelmente, o que contribuiu deveras para esse elastecimento da função judicante foi a nova forma de compreensão dos princípios.⁵ A normatividade dos princípios é uma realidade. Seu caráter meramente metafísico e abstrato é coisa do passado, sendo, inclusive, positivado recentemente no novo Código de Processo Civil (CPC). Suas funções de fundamentação, orientação da interpretação e integração restringem-se aos princípios gerais de Direito, pois os princípios materiais (constitucionais e legais) devem ser aplicados diretamente como são as regras. Contudo, para a devida aplicação, tanto alguns requisitos fizeram-se necessários como também a presença de elementos que justificassem uma atuação mais ampla, permitindo-nos, esse fato, trazer como premissa do modelo proposto, sempre nos calcando nas peculiaridades de cada caso concreto.

A Constitucionalização do Direito,⁶ no mesmo raciocínio, segundo a doutrina mais abalizada, é uma postura imprescindível que o hermeneuta contemporâneo deve assumir perante o desafio de concretização das previsões normativas ao procurar interpretar tudo a partir do guia contido na Lei Maior de modo que haja uma unidade de pensamento constitucional e harmonizando-se, nos casos concretos, com os possíveis interesses opostos. Destacamos a ponderação de bens e interesses e a interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade parcial sem redução de texto como instrumentos da jurisdição constitucional de extrema valia para concretização dos direitos fundamentais, desde que sempre se respeitem as regras tidas como constitucionais, pois não podem ser afastadas por escolha do Julgador.

Dessa forma, vimos de modo indiscutível que a jurisdição tradicional foi remodelada, o que denota a necessidade de apontarmos como decidir melhor nesse novo contexto, sem nos descurarmos de todos os elementos até então trazidos a cotejo. Logo, somente a difusão maciça dessas ideias vai mudar essa realidade, ainda obscura quanto a esse agir mais **ousado** e **equilibrado** ao mesmo tempo. Esse é o nosso grande desafio, nunca sendo demais repeti-lo.

⁵ Ressaltamos que na contemporaneidade muitos autores já colocam em “xeque” essa força toda dada aos princípios e à sua distinção com as regras, justamente porque tem propiciado, na prática, uma tomada de decisões subjetivas inimagináveis.

⁶ Não vamos, também, nos aprofundar nessa parte; contudo, no decorrer do trabalho, veremos que ideia é recorrente para que a argumentação particularizada não se dissocie do cumprimento objetivo dos valores constitucionais.

Destarte, justificamos, plenamente, que os operários do Direito⁷ despertem para necessidade de adoção da argumentação jurídica influenciada pela relação processual, a fim de que possamos externar com mais veemência os valores objetivos presentes na ordem constitucional e desatrelando-se da jurisdição clássica, como vem desenvolvendo-se na jurisprudência, inclusive, de nosso Pretório Excelso, a partir das particularidades de cada caso concreto, sem nos descurarmos das teses jurídicas já definidas pelos órgãos constitucionalmente competentes.⁸

Registramos, nessa última diretriz, que a partir da Súmula Vinculante e do novo CPC, a comunidade jurídica necessariamente adotará pontos de vista, pelo menos teoricamente, em sintonia com a Constituição e com os precedentes,⁹ o que conduz ao despertar de que todo o Direito tende a ser constitucionalizado e devidamente ligado com os postulados definidos pelos Tribunais competentes,¹⁰ o

⁷ Cunhamos desde o nosso livro citado a expressão dessa forma, por entendermos que na contemporaneidade os atores processuais têm mais flexibilidade e atuam todos em conjunto para que a decisão final seja construída, reconstruída e em alguns casos bem peculiares até mesmo criada. Logo, a atuação mecânica de outrora do termo cede para um modelo mais ativo, em que mesmo podendo ser objeto de críticas, reputamos mais adequado para o momento vivido e principalmente com os desafios que temos no dia a dia forense.

⁸ Outro desafio grande, pois, infelizmente os juízes em especial, arvoram-se na ideia de que podem descumprir as teses jurídicas devidamente definidas pelos Tribunais Superiores por força de sua independência funcional, o que não é verdadeiro, pois mesmo na jurisdição clássica isso não era correto e com mais veemência não o é nesse novo contexto.

⁹ O professor e procurador da república Elton Venturi, ao escrever o texto sobre a repercussão geral, chama-nos a atenção sobre o escopo além do direito subjetivo das partes e que essa nova concepção de jurisdição e modelo proposto tem que se inclinar para obtenção de resultados eficazes: “A alteração é plenamente justificável e meritória, uma vez bem compreendida a natureza do recurso extraordinário dentro do sistema processual constitucional brasileiro. Ao contrário dos chamados recursos ordinários, que tem por função a tutela dos direitos subjetivos dos litigantes recorrentes, os recursos extraordinários (aí incluídos o recurso especial e o extraordinário) voltam-se imediatamente à tutela do direito objetivo (legislação federal e normas constitucionais). Vale dizermos, de sua correta e harmônica aplicação pelos órgãos jurisdicionais nacionais, apenas reflexamente podendo beneficiar a pretensão de afirmação de direito material da parte recorrente. Neste sentido, bem esclarecido que o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via do recurso extraordinário não constitui, apropriadamente, instrumento de proteção direta e imediata de direitos subjetivos, mas sim, importante instrumento de fiscalização constitucional, torna-se fácil verificarmos como a utilização indiscriminada do recurso extraordinário acabou acarretando tanto a subversão da figura constitucional como a asfixia da Corte Suprema brasileira. Cf.: VENTURI, E. Anotações sobre a repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista Jurídica Fafibe**, Boa Esperança, p. 1-10, 2015. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170707.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁰ O direito é fato, valor e norma. O texto escrito da lei, em si, pouco representa. O seu significado não é meramente extraído, mas construído e definido não apenas a partir da letra da lei (que não deixa de ser elemento de grande importância), mas também a partir dos valores sociais, políticos, econômicos e culturais reinantes na sociedade. Esse papel construtivo é atribuído não apenas aos órgãos judiciais, mas a todos aqueles que aplicam, vivenciam diariamente o direito. Esse fenômeno, sempre presente no direito da civil *law*, intensificou-se a partir da Segunda Guerra Mundial – até mesmo como uma reação ao fato de que um ordenamento positivado tenha se prestado a legitimar atrocidades como as praticadas pelo regime nazista. Estabeleceram-se sistemas de Constituições rígidas e multiplicaram-se as normas com caráter principiológico e (ou)

que nos autoriza, desde já, a responder objetivamente que a jurisdição tradicional não tem a eficácia necessária para melhor resposta aos conflitos contemporâneos, ressaltando, por óbvio, que a segurança jurídica buscada não engessarará o Direito, que pela via processual tem mecanismos para a devida revisão quando for o caso.

Destarte, somente uma argumentação jurídica mais afinada com as peculiaridades de cada caso concreto pode unir os diversos interesses da sociedade contemporânea, pois a solução para os conflitos hodiernos pressupõe inarredavelmente a construção da norma jurídica específica a cada situação problematizada sem se descuidar da devida segurança jurídica, infelizmente olvidada atualmente. Em momento algum, a proposta de tese que apresentamos permite a subjetividade do julgador, mesmo que existam particularidades nunca apreciadas, residindo essa premissa numa questão crucial, que de certo modo acolhe crítica de doutrina abalizada no momento.¹¹

que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, de modo que, cada vez mais, a definição do sentido e alcance do comando normativo depende da consideração particularizada dos valores reinantes na sociedade. Nesse contexto, as decisões jurisdicionais assumem especial importância – seja para definir soluções para o caso concreto, seja para produzir diretrizes jurisprudenciais que contribuem para a própria conformação do ordenamento jurídico como um todo. Assim, o CPC/15 não inaugura um novo modelo de fontes do direito. O cenário acima descrito já se punha antes e independentemente dele. O Código, portanto, não é causador de nenhuma alteração de paradigmas. Antes, ele é o reflexo de paradigmas que foram gradativamente alterando-se nos últimos cinquenta ou sessenta anos. As regras que atribuem força vinculante a determinados precedentes não alteram as balizas do direito material. São mecanismos eminentemente processuais – ainda que engendrados tendo-se em vista as necessidades e peculiaridades do atual sistema jurídico. Cf.: TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 49, p. 58-63, abr. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1. Acesso em: 2 set. 2022.

¹¹ O professor e jusfilósofo Lenio Streck em seu livro *O que é isto: decido conforme minha consciência?* faz severas críticas que, de um modo geral, são pertinentes quanto a essa postura do juiz ser solipsista. Vejamos: “Não se pode olvidar a tendência contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse ‘incentivo’ doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou chamar de Jurisprudência dos Valores... Uma coisa que não tem sido dita é que o equívoco das teorias constitucionais e interpretativas que estabelecem uma repriminção das teses da Jurisprudência dos Valores – mormente em *terrae brasilis* – está na busca de incorporar o *modus tensionante* do tribunal alemão em realidades (tão distintas), que não possuíam (e não possuem) os mesmos contornos históricos acima tratados. No caso específico do Brasil, historicamente a legalidade burguesa tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional. Esse ativismo, com ou sem aspas, demonstra também que a sua *ratio* possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais da suprema corte. De todo modo – e isso precisa ficar bem claro –, apenas diante da consagração de uma efetiva jurisdição constitucional é que podemos falar no problema dos ativismos judiciais.” Cf.: STRECK, Lênio. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20, 21, 23.

A atividade jurisdicional sempre teve direta ligação com o direito das relações sociais cuja dependência é intrínseca e cuja eficácia e efetividade concreta de cada direito a ser tutelado têm íntima vinculação com a eficiência da jurisdição. Assim sendo, o modelo clássico dessa atividade e os novos conflitos surgidos hodiernamente, infelizmente, não se coadunaram, surgindo a necessidade de estudarmos novas propostas de argumentação jurídica que permitam à jurisdição uma devida mobilidade de se amoldar às particularidades do caso concreto.

E é justamente dentro dessa perspectiva e a partir da importância já delineada, que nos propomos a apresentar um modelo que possa permitir uma argumentação jurídica mais particularizada, sem nos descuidarmos da devida segurança jurídica e valores objetivos que todo profissional do Direito não pode olvidar. Para tanto, revisitamos toda a estrutura tradicional do processo, em especial a própria jurisdição e hermenêutica, fazendo a devida distinção entre a própria argumentação e a interpretação. Interessante notarmos que os orientadores que indicamos em nosso então projeto de tese sempre questionaram em seus estudos o modelo clássico e a ineficiência de efetiva tutela dos direitos, em especial os fundamentais, tendo sempre o cuidado de equilibrar ambos os valores.

Sérgio Arenhart, que nos orienta nessa tese, com objetividade, assim expõe:

Por outro lado, também é certo que a outorga desmesurada e ilimitada de poderes ao Estado para efetivar os direitos implica atentado injustificável a direitos fundamentais do 'obrigado'. Como lembra Couture, se a democracia não pode contentar-se com o individualismo – já que este é, em suma, a negação da própria democracia – conferir excessivos poderes ao juiz é apenas fugir de resolver a questão, já que, nesse caso, o problema se torna o juiz. A ausência de limites aos poderes do juiz pode levar ao abuso e ao consequente despotismo judicial. Afinal, os juízes são também seres humanos e, portanto, sujeitos ao erro ou ao excesso. E mais a frente, arremata: Afinal, o limite da atuação dos direitos – pelos próprios titulares ou pelo Estado – está exatamente na interferência a direitos de outros. Nesse passo, como lembra Couture, a chave do sucesso de um sistema processual está no equilíbrio entre a liberdade e a autoridade ou, por outras palavras, entre a preservação dos interesses individuais e sociais (representados pelo Estado-jurisdição).¹²

Conscientes de todo o exposto, podemos responder com toda segurança que a jurisdição tradicional, aquela que se limita ao simples desvelar do conteúdo da

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias: por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, ano 3, n. 1, p. 1-43, maio 2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_1.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

lei e até mesmo a que exacerba o seu mister, como veremos com detalhes nos demais tópicos e capítulos, não é eficaz como a sociedade contemporânea espera que seja, pois deve preocupar-se com a segurança jurídica, sem olvidar a necessária tutela dos direitos em cada caso concreto.¹³

2.1.1 A patente limitação do modelo tradicional de interpretação das expressões normativas X necessidade materialização dos valores estampados em um ordenamento constitucional

É importante ressaltarmos, de plano, dois aspectos fulcrais na abordagem desse tópico: primeiro, nos chamados casos fáceis, ou seja, naqueles em que só temos uma mera subsunção da norma (sentido tradicional)¹⁴ ao caso concreto, como

¹³ Além de tudo que pensamos ser necessário para iniciar a tese, reforçarmos, de plano, que muito dos problemas atuais são, infelizmente, em sua maioria, estruturais. Logo, o processo e a consequente decisão também devem se adequar a essa realidade, daí porque hodiernamente temos decisões estruturais em processo estrutural, tudo com premissas bem distintas da jurisdição tradicional, como nos ensina, mais uma vez, o festejado professor Sérgio Arenhart: “Decisões 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... Muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente”. Isso ocorre em razão de que os litígios envolvem “valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.” Cf.: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, Criciúma, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013. p. 6.

¹⁴ Sobre a interpretação convencional e seus métodos clássicos, assim nos pronunciamos em nosso livro: “Na época em que surgiram as leis, estas eram bastante específicas e os valores encontravam-se, ainda, no mundo inteligível, o que levou ao florescimento do método de subsunção, com destaque para a dedução, por meio do uso dos elementos tradicionais, quais sejam: gramatical, lógico, sistêmico, teleológico, histórico, bem como outras variações dos estudiosos da hermenêutica. A principal preocupação era revelar o conteúdo das normas, ou seja, o sentido e alcance das expressões jurídicas, tendo o exegeta uma posição de inércia, cabendo a ele só a missão de representar (trazer ao presente o que já estava estabelecido quando da época da elaboração da lei). Entretanto, a partir do conjunto normativo diversificado e da complexidade da sociedade, com interesses antagônicos e conflituosos por excelência, era inevitável que surgissem novos métodos e uma concepção diferente (atribuidora de sentido ao caso concreto) e que se adequasse a essa nova realidade, sem a qual a jurisdição não atingiria seu objetivo. É nesse ambiente que surge a interpretação constitucional concretizadora, mais qualificada para consecução dos resultados desejados pela sociedade, cabendo ao intérprete uma postura mais ativa e ao mesmo tempo mais flexível ante a própria essência das novas molduras da norma, como, por exemplo, os princípios, as conhecidas “cláusulas gerais” e os conceitos jurídicos indeterminados, que no Novo Código Civil fazem sucesso, mas que determinam um novo estilo de tratá-las”. Cf.: AMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Grupo Gen, 2008. p. 50-52.

visto e o problema clássico do subjetivismo da autoridade judicial¹⁵ que precisa ser superado; segundo, nos casos mais difíceis, precisamos transpor o que está além da mera revelação de sentido da norma e do próprio subjetivismo¹⁶ e em que parâmetros devem ser operados a construção da norma do caso concreto, já que existem, ao mesmo tempo, vários interesses para serem tutelados; ademais, em algumas situações, temos valores constitucionais aparentemente contrapostos que precisam ser acomodados.

Não é nosso escopo também esmiuçar as teorias e métodos clássicos de interpretação que nominamos no presente trabalho de convencional, pois na realidade desejamos, nesse momento, deixar claro que mesmo sendo importante a permanência desse raciocínio, este não é mais eficiente para os reclamos da sociedade, isso em todos os aspectos, como apresentamos no decorrer da tese.

Dessa forma, é bom que ressaltemos sempre a importância dessa interpretação convencional pela relevância da segurança jurídica que em tese deve propiciar, já que a lei tende a ser aplicada e esse norte nunca pode ser abandonado. Contudo, isso não é suficiente nos tempos atuais para responder aos anseios da sociedade, evidenciando que infelizmente a pecha do subjetivismo também ocorre nesse processo; logo, dois fatos são evidentes: um refere-se à previsão em si e o outro à sua materialização.

Para comprovarmos a assertiva, vejamos a questão do método finalístico, em que o intérprete terá que externar a chamada “vontade do legislador”. Entretanto, esta deveria sempre estar presente de modo muito objetivo, evitando o mal de qualquer tipo de interpretação, a substituição das vontades, pois não podemos nunca deixar de lado o que o legislador queria ao criar dado texto normativo.

Observamos que o problema se complica justamente quando o intérprete afirma que em dado caso o legislador tem uma determinada vontade. Porém,

¹⁵ Esse problema é crônico e desafia a todos nós e talvez não tenhamos uma solução com precisão técnica indiscutível, já que todos os intérpretes e o juiz não são diferentes, são seres humanos, e por mais que se esforcem para não trazerem os seus valores pessoais para o ato, sempre se terá um pouco de seus preconceitos, ideologias, enfim, valores prévios que são inatos à sua personalidade e seu modo de ver as coisas. Entretanto, devemos lutar sempre contra esses aspectos que não devem prevalecer, pelo menos como premissas do próprio ato em si.

¹⁶ Mais uma vez trazemos a pertinente crítica de Lenio Streck: “Consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema. Observe-se a importância dessa questão nos casos de delimitação da pena no seguinte julgamento, em que o Tribunal justifica o solipsismo judicial, ao sustentar que compete ao juiz, ‘examinar as circunstâncias judiciais, estabelecer, conforme necessário e suficiente, ‘a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos’. A avaliação é subjetiva e o juiz lança o quanto entenda necessário sua consciência”. Cf.: STRECK, 2010, p. 27.

quando constatamos pela expressão normativa que, pelo menos, mais de uma suposta vontade do legislador pode ser extraída, questionamo-nos qual dessas supostas vontades deve prevalecer.

Por isso, mesmo diante de todas as teorias e métodos clássicos, nunca podemos trabalhar com infalibilidade no ato de interpretar que, por ser feito por um ser humano, terá suas imperfeições. Logo, o que mais devemos prestigiar é a própria coerência do intérprete em separar suas convicções do seu ato de julgar na medida do possível. Daí a importância da correção racional na atividade discursiva, pois esta deve ser despida de qualquer tipo de preconceito ou valores pessoais de quem objetivamente deve decidir. Assim, utilizando a argumentação jurídica a ser proposta e não a interpretação clássica, buscamos a segurança jurídica com a devida flexibilidade.

A interpretação convencional, a par de todas as suas Teorias, traz como premissa básica o sentido de revelar algo já preestabelecido, sendo o intérprete uma espécie de fotógrafo, em que ao retratar uma imagem, somente se restringe a uma exteriorização do que é visto e captado, e veremos, no decorrer do trabalho, que essa perspectiva não corresponde mais às necessidades hodiernas.

Aqui no Brasil, é importante que apresentemos um estudioso dessa temática de Hermenêutica e da Teoria das Interpretações, no que rotulamos de convencional: Carlos Maximiliano, que, com objetividade, assim enunciou os conceitos mais elementares:

A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer as minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que a mesma contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito... Do exposto, ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de hermenêutica, interpretação... Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar... Ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Todos os termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados A

palavra hermenêutica resume o sentido das três outras conjugadas – teoria da interpretação.¹⁷

Independente do acerto hodierno das expressões linguísticas utilizadas à época do escrito, a par das considerações mais atuais sobre a distinção entre norma e texto normativo, bem como a própria compreensão do ato de criação, construção e reconstrução da norma que exploraremos no cerne do trabalho, é imperioso que deixemos claro, no momento, a restrição clássica ao ato de interpretar como mera revelação do sentido trazido objetivamente pelas leis, estas compreendidas no sentido mais amplo possível.

Entretanto, mesmo que critiquemos hodiernamente essa possível função a mais do intérprete ou executor, sem adentrarmos ao mérito da discussão teórica entre interpretação e hermenêutica, o que nos interessa como pressuposto das nossas colocações posteriores é a certeza de que os problemas atuais não são solucionados com essa atividade convencional.

E dizemos isso não como crítica ferrenha a essa visão, que inclusive permanece válida como regra geral e pressuposto básico da argumentação proposta, já que em momento algum, podemos simplesmente “virar as costas” ao que a lei objetivamente enuncia, mas esta claramente vem sendo criada e até mesmo modificada para permitir ao intérprete uma ação mais intensa que outrora.

Cristiano José de Andrade no seu livro “*O problema dos métodos da interpretação jurídica*”, ao iniciar suas ponderações sobre as Teorias mais utilizadas no mundo inteiro, já nos antecipa a ideia de que a mera revelação não é o único agir do intérprete:

É claro que o comportamento do intérprete não é puramente passivo, não sendo a interpretação um mero ato-lingüístico (*sic*). Ela se desenvolve por um processo global. Assim interpretar é exercer uma função mediadora, através da qual, o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe apresenta como problemático. A conclusão do intérprete, nesse sentido, não é uma dedução silogística, mas uma decisão ou eleição entre diferentes possibilidades de interpretação. A compreensão das expressões lingüísticas (*sic*) pode ocorrer mediante acesso imediato ao significado da expressão ou de modo reflexivo, através da interpretação. Nesse último caso, interpretar um texto significa decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações. Os textos jurídicos são, desse modo, problematizáveis, porque estão redigidos em uma linguagem comum ou natural, cujas palavras são ambíguas ou polissêmicas, vagas ou potencialmente vagas, ao contrário das linguagens artificiais ou formalizadas segundo regras ou convenções

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 1-3.

explícitas. A linguagem jurídica, do tipo diretivo, destinada ao controle social, tem as características próprias da linguagem ordinária ou natural. A sua função social reclama que as regras jurídicas sejam compreendidas por maior número possível de pessoas.¹⁸

Portanto, mesmo sem qualquer tipo de antecipação sobre o modelo a ser proposto, é imperioso para o devido atendimento de materialização dos valores constitucionais¹⁹ e, em especial quando aparentemente em conflito, que necessitemos harmonizá-los no caso concreto, tanto na visão inicial trazida no capítulo quanto nas possibilidades de interpretações, não satisfazendo a realidade dos problemas contemporâneos.

Destarte, não temos hoje como fugir da realidade de que norma e texto normativo são coisas distintas. A interpretação mais consentânea com a modernidade é justamente aquela em que, mesmo com severas limitações, há sim uma criação de norma para o caso concreto, residindo o problema na forma em si de criação, construção ou até mesmo reconstrução. Daí a pertinência da argumentação jurídica ser pressuposto basilar da própria atividade jurisdicional no sentido amplo do termo.

O problema sempre vai residir quando o intérprete foge da racionalidade e adentra a aspectos subjetivos que não devem ter qualquer relação com o caso em

¹⁸ ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 9-10.

¹⁹ Em nosso livro *Processo Constitucional nova concepção de jurisdição*, ao apresentar a ideia de uma interpretação constitucional concretizadora e colocando em xeque as lições clássicas, fazendo a distinção entre interpretação e hermenêutica no sentido mais prático, nos posicionamos: “Cabe apresentar, como marco inicial dessas considerações sobre a hermenêutica contemporânea, a distinção sutil entre a interpretação e a hermenêutica. Assim, a interpretação é nada mais nada menos, que a aplicação ao caso concreto de enunciados já estabelecidos pela ciência da hermenêutica. Uma coisa é interpretar a norma legal, outra coisa é refletir e criar as formas pelas quais serão feitas as interpretações jurídicas. Interpretar é descobrir o sentido de determinada norma jurídica ao aplicá-la ao caso concreto. A vaguidade, a ambiguidade (*sic*) do texto, a imperfeição, a falta da terminologia técnica e a má redação obrigam o operário do Direito a todo instante, interpretar a norma jurídica visando encontrar o seu real significado, antes de aplicá-la a caso *sub judice*. Mas não é só isso. A letra da lei permanece, mas seu sentido deve, sempre, adaptar-se às mudanças que o progresso e a evolução cultural imputam à sociedade. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. Destarte, a interpretação tem caráter concreto, seguindo uma via preestabelecida, em caráter abstrato, pela hermenêutica. Podemos dizer que a interpretação somente se dá em confronto com o caso concreto a ser analisado e decidido pelo Judiciário. A hermenêutica, ao contrário, é totalmente abstrata, isto é, não tem em mira qualquer caso a resolver. Essa visão ainda pode ser compreendida desse modo, desde que se utilize a interpretação no sentido mais contemporâneo possível, ou seja, de concretização como movimento que liga a compreensão, interpretação, em sentido estrito e aplicação, de modo conexo e que produza um resultado de criação da norma para o caso concreto e não somente uma reprodução da norma em abstrato, até mesmo porque texto normativo e norma são coisas distintas. “A norma é o produto da interpretação em sentido amplo do texto normativo”. Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 49-50.

concreto. Logo, como externado desde o começo, tal situação, infelizmente, sempre esteve presente em nossa práxis. Contudo, na interpretação convencional, pelo seu próprio estilo, é bem mais fácil detectar a sua ocorrência, o que já não podemos fazer com a mesma precisão na atualidade, em que o aplicador do Direito, mesmo ainda limitado, tem uma abertura maior dada pelo próprio legislador.²⁰

Lenio Streck em obra já citada faz crítica ferrenha a esse agir solipsista, com mais intensidade na modernidade, enunciando várias situações de sua ocorrência:

Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa 'metodologia' de vários modos. E isso 'aparecerá' de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio 'sentença como sentire'; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a 'ponderação de valores a partir de seus 'valores'; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que os "casos difíceis se resolvem discricionariamente"; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona (ria)m uma 'abertura de sentido' que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. Há ainda várias outras hipóteses – e cito tão somente algumas que representam, simbolicamente, uma forte parcela do imaginário jurídico – de manifestação de filiação ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto).²¹

O autor,²² logo após essa digressão, que nos parece corresponder a uma parte da realidade, cita vários casos judiciais e até mesmo considerações doutrinárias para comprovar suas asserções, sendo o desafio hodierno, então, superar esse equívoco sem engessamento total do intérprete, para que haja equilíbrio e sensatez na construção em conjunto das decisões, marca que indiscutivelmente não vemos no modelo clássico.

Portanto, para os fins desse tópico, respondendo a indagação que ficou implícita, vimos de forma muito clara que mesmo não se abrindo mão dessa interpretação convencional, em que temos em relação ao próprio ordenamento jurídico e o princípio democrático uma segurança jurídica mais consentânea com o que esperamos da atividade judicante, a mesma já não atende aos anseios da

²⁰ Vamos deixar mais claro essa assertiva de que na interpretação convencional é mais fácil visualizar o subjetivismo e isso ocorre pela essência da própria atividade, a qual em tese o aplicador do Direito deve cingir-se a compreender o sentido da norma em abstrato para sua fiel aplicação no caso concreto. Logo, quando não se restringe a esse agir, é mais perceptível e dizemos isso justamente para fazer a distinção com a atividade hodierna em que realmente o aplicador tem margem para construção da própria norma.

²¹ STRECK, 2010, p. 33.

²² Ibid.

sociedade, que indiscutivelmente tem levado à Justiça conflitos e problemas complexos, e, por não encontrar a resposta em uma operação lógico-formal dedutiva, vimos a necessidade impostergável de encontrarmos um modo que prime pela objetividade dos valores sem que o intérprete fique tão amarrado.

2.1.2 Os diversos ramos do Direito em cotejo com a autonomia de produção normativa

Por muito tempo aceitou-se a divisão clássica entre Direito Privado e Público, sendo o Direito Constitucional analisado como um ramo estanque do Direito. Não se analisava, pois, tal como hoje se o faz, a patente influência dos valores constitucionais em todos os demais ramos do Direito, o que conduz a uma nova forma de criação das normas, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Judiciário.²³

Em relação ao Judiciário, vamos sobre ele nos debruçar bastante quando da formulação do modelo proposto; contudo, é imperioso que deixemos claro, desde já, que não faz sentido algum os intérpretes dos atos normativos desconsiderarem, em

²³ Em livro já citado, assim nos posicionamos: “Com o incremento desse constitucionalismo moderno e o aparecimento nas constituições, de modo expresso, da jurisdição constitucional, houve a necessidade, também, da implementação de uma hermenêutica que não só viesse desvelar o conteúdo das normas, mas, também, concretizar os seus comandos e em casos excepcionais, até mesmo criar direitos, sob pena de essas Constituições tornarem-se letra morta, como infelizmente ocorre com a nossa, em relação a vários direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. O constitucionalismo contemporâneo tem sua base fixada nos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, entendidos esses no sentido mais amplo possível, ou seja, como guias que instruem e fundamentam toda a atuação governamental, principalmente a atividade do legislador, que não só deve prescrever normas que venham assegurar a satisfação de seus conteúdos, bem como abster-se de produzir leis que firam os valores neles estabelecidos. Nesse raciocínio que é elementar, mas de difícil consolidação na vida cotidiana dos que operam com o Direito, em especial os legisladores, governantes e juízes numa acepção ampla, é que reside a verdadeira transformação que se espera do Constitucionalismo. Ressaltemos, no entanto, que no Brasil e na realidade, na maioria dos países ocidentais, a esse fato associa-se a necessidade de compatibilização com o princípio democrático. Logo, esse constitucionalismo é freado pela própria democracia, como demonstraremos no capítulo seguinte. Na realidade, a partir de uma concepção ampla do que seja democracia, como esclareceremos em seguida, talvez esta só exista no plano prático quando os valores escolhidos pelo povo em sua participação mais contundente restem assegurados e essa é a missão que esperamos quando falamos em transformação a partir do constitucionalismo... **Nos últimos anos vem crescendo no Brasil um movimento que procura fazer valer os valores fundamentais estabelecidos na Constituição em todos os ramos do Direito, de modo que essa irradiação possa fincar nos atos estatais a preocupação de que não só os atos normativos, mas na realidade qualquer tomada de posição pública, deva obrigatoriamente conter, em cada caso concreto, quer tenha havido conflito ou não, tais valores, sob pena da Carta Magna não ser efetivada, pois as leis, por si sós, infelizmente não estão conseguindo atingir tal objetivo, indispensável para uma efetiva democracia**”. Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 31-32, grifo nosso.

uma operação lógica antecessora, os valores constitucionais. E é justamente essa ideia que força uma revisitação de todos os ramos do Direito para devida adequação, sendo imperioso, no nosso entender, que o Legislativo assuma o protagonismo nessa missão e o Judiciário, em havendo o conflito, faça-se prevalecer pela argumentação jurídica o que fora estabelecido na lei.

Dizemos isso porque muitas vezes o Legislativo abre mão dessa atribuição em favor do Judiciário e depois ainda reclama. Logo, seria ideal que à semelhança do que já se operou com o Código Civil e com o Código de Processo Civil, todas as legislações passassem pelo filtro constitucional, até mesmo porque não se justifica que uma lei entre em vigor com vício de inconstitucionalidade nem que se permita a aplicação de leis anteriores à Constituição Federal com essa mesma pecha.

Por muito tempo os ramos do Direito quiseram parecer autossuficientes. Contudo, não mais podemos compactuar com essa assertiva. Primeiramente, pela dependência da própria validade com os valores constitucionais; depois, porque a divisão do Direito em ramos sempre foi meramente didática e todo o alicerce de aplicação de suas regras e princípios peculiares origina-se da mesma fonte: a constitucional. Logo, não há mais razão para seguirmos fincados nesse cientificismo que sequer tem resultados práticos para cada atividade.

Nos últimos anos temos visto, mesmo com bastante atraso, a ação do legislador no processo de atualização de nosso ordenamento jurídico, que deve ser necessariamente plasmado nos valores constitucionais. Trazemos, à guisa de exemplo, a explicitação, na parte geral do Novo CPC, das normas fundamentais do processo civil brasileiro que, à míngua de existência de regulamentação própria dos outros ramos do Direito Processual, devem ser aplicadas em todo o processo brasileiro. Tanto é verdade que a doutrina se pacifica no que se intitula de modelo constitucional de processo.²⁴

Na realidade, não pode existir nenhum ramo do Direito que se separe dessas ideias, ao ponto inclusive de hoje se defender a posição de que todos os estudiosos do Direito tenham uma prévia formação do Direito Constitucional. E vamos mais além, essa qualificação prévia sobre a importância de conhecimento e efetiva aplicação de todos os valores constitucionais não é exclusividade do

²⁴ Esse modelo constitucional de processo, como veremos mais adiante na tese, é ponto central para o modelo proposto, pois não concebemos na construção da norma em concreto que não haja efetiva participação de todos os atores nesse processo, não havendo possibilidade de uma decisão prevalecer sem que seja levado em consideração todas as teses discutidas.

Judiciário, este tem por imperatividade constitucional, em caso de conflitos, a última palavra, mas não necessariamente a única.

Por isso que atualmente devemos ter como imperiosa a profunda discussão de cada texto normativo nas Comissões de Constituição de todos os parlamentos, não se podendo compreender essa fase como mera formalidade, pois não faz sentido que ato normativo algum deixe de passar substancialmente por esse filtro constitucional, facilitando, por conseguinte, no futuro, a argumentação jurídica defendida na atividade jurisdicional.²⁵

Entretanto, para os fins desse capítulo, é relevante que além dessa premissa, analisemos duas condutas do legislador que podem trazer problemas para a análise dos casos concretos. A primeira delas é a total ausência de preocupação com a prévia constitucionalidade do ato normativo que está sendo criado e que viola frontalmente o devido processo legislativo, o que ocorre em decorrência da autonomia da função legiferante das Câmaras de Vereadores e, vez por outra, de algumas Assembleias Legislativas; não sendo diferente, em alguns casos, no próprio Congresso Nacional, quando se deixa de lado a questão técnica e se permite prevalecer o lado político, trazendo problemas cruciais para o Judiciário.²⁶

A segunda questão, mais tópica, é também preocupante, e se dá quando o legislador, ao invés de tentar regulamentar ao máximo as situações possíveis, deixa claramente para o Judiciário essa formatação do ato normativo para além da própria atividade jurisdicional.

Os críticos do subjetivismo chamam a atenção para esse peculiar fato, que realmente pode na prática, em ocorrendo, fazer com que a falta de definição clara das regras e princípios por cada ramo do Direito conduza a uma inaceitável inconstitucionalidade, uma vez que, como já visto, todos os ramos devem ter a Carta Magna como fonte comum.

Sob outra perspectiva, esse fenômeno se repete no Direito Civil, a partir da defesa, por parte da maioria da doutrina, do poder interpretativo dos juizes nas clausulas gerais, que 'devem ser preenchidas' com amplo 'subjetivismo' e

²⁵ No tópico seguinte, trataremos em específico sobre esse dever institucional de cada Poder e que, por conseguinte, impõe a todos os julgadores e governantes um antecedente lógico indispensável no agir ou até mesmo eventual omissão que deva ocorrer.

²⁶ Essa postura odiosa tem trazidos resultados concretos irreparáveis ou de difícil reparação, para a jurisdição propriamente dita, pois, ao prevalecer no ordenamento jurídico, mesmo que por algum tempo, um ato normativo inconstitucional além da questão da modulação dos efeitos desse período, em alguns casos imprescindíveis, temos situações que se consolidam e por conseguinte, acaba prevalecendo algo que foi contrário aos valores constitucionais.

'ideologicamente'. As cláusulas gerais seriam uma espécie de 'Código do Juiz'. Com efeito, parcela considerável dos doutrinadores civilistas brasileiros trilha pelo caminho de entender o novo Código Civil como um sistema aberto, em face, principalmente, da adoção das cláusulas gerais, que seriam normas 'que se caracterizam pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete' e 'o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como são as cláusulas gerais, é 'sobremaneira dimensionado', porque carecem de 'complementação valorativa', o que faz com que o intérprete se veja 'obrigado a buscar em outros espaços do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará sua decisão'. Despiciendo lembrar que a tese representa uma concessão à discricionariedade positivista, o que pode ser facilmente percebido em assertivas do tipo 'a lei [o Código Civil, na parte relativa às cláusulas gerais] confia ao intérprete aplicador, com absoluta exclusividade e larga margem de liberdade, a inteira responsabilidade de encontrar, diante de um modelo vago, a decisão justa para cada hipótese levada à decisão judicial'. Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas 'cláusulas gerais' (a mesma crítica pode ser feita ao uso da ponderação para a "escolha do princípio que será utilizado para a resolução do problema causado pela 'textura aberta da cláusula')... Já no processo penal não passa despercebida a continuidade da força do "princípio da 'verdade real', presente na maioria dos autores utilizados nos cursos de direito e nos julgamentos tribunais. Aqui é necessário denunciar um paradoxo (ou uma contradição) presente no uso do assim denominado 'princípio da verdade real'. Com efeito, esse 'princípio' – inicialmente conhecido como um 'princípio geral do direito' e hoje, para minha total surpresa, 'recepionado' em pleno Estado Democrático de Direito – representava um modo de institucionalizar no direito o 'mito do dado' da metafísica clássica... É por essas razões que não creio que o velho (e atual) CPP e o projeto do que deverá ser o 'novo CPP' tenham passado perto dessa discussão filosófica. Se fizermos uma análise do problema 'de como decidir' à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, 'o problema' do 'livre convencimento') acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades. Tais questões aplicam-se, a evidência, ao Projeto do novo Código de Processo Civil, igualmente refém dessa concepção de mundo. Por sua vez, no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em 'álbis persuasivos', fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de 'constitucionalismo da efetividade', pelo qual o mesmo princípio é utilizado para sustentação de teses antitéticas.²⁷

É evidente que o Legislativo, por mais que se esforce para criar e regulamentar através de atos normativos a formulação das ações e omissões que devem guiar a sociedade, não a fará de forma completa. Contudo, o problema trazido na crítica passa por outro aspecto da inarredável existência das lacunas em face das quais claramente o Legislativo transfere responsabilidades; por um lado, eximindo-se pelo menos na delimitação específica das regras e princípios de cada ramo do Direito; por outro lado, permitindo o subjetivismo, prática que deve ser expurgada da atividade jurisdicional propriamente dita.

²⁷ STRECK, 2010, p. 45-49.

Nessa senda, verificamos que o atuar consciente da formulação de atos normativos e respeitantes da Constituição diminuiu sensivelmente essa fenda, pois mesmo não sendo razoável que compreendamos a visão de que os ramos do Direito são independentes e que não se comunicam, não podemos deixar tudo em aberto para que o seu preenchimento ocorra pelo Judiciário, pois, como visto, sempre teremos lacunas. Logo, as naturais deverão ser dirimidas pela atividade jurisdicional e as voluntárias devem ser repelidas pelo Legislativo.

Os poderes, em que pese a patente autonomia, atuam de forma sistematizada; não podem, simplesmente, delegar suas atribuições constitucionais. No próximo tópico, demonstraremos a existência de uma atuação similar e que sendo cumprida, por si só, já permitirá a devida conexão e coerência que se busca no Direito.

2.1.3 A imprescindibilidade do cumprimento por todas as autoridades estatais dos valores constitucionais, incluindo as decisões dos Tribunais Constitucionais que definem as teses jurídicas

Sem adentrar em qualquer tipo de registro histórico, até mesmo porque este deve vir sempre acompanhado com a devida comprovação das afirmações feitas,²⁸ é imperioso trazermos nesse último tópico da primeira parte – sempre fincado nas críticas pertinentes feitas ao possível subjetivismo de quem decide – a questão de como devem se posicionar as autoridades de todos os Poderes a partir de suas atribuições, bem como o indiscutível dever comum de quem age em nome do Estado relacionado ao cumprimento objetivo dos atos normativos.

Em tese, não vislumbramos discussão alguma quanto à necessidade de que tanto a lei quanto a própria Carta Magna devem ser obrigatoriamente cumpridas pelos três Poderes, sem exceções, já que não faz sentido algum que em um Estado que se intitula como Constitucional Democrático de Direito as autoridades que fazem parte de cada Poder ignorem os comandos normativos. Contudo, o que deveria ser

²⁸ Infelizmente é muito comum registros históricos feitos aleatoriamente; logo, não vamos incidir nesse erro, tão somente mencionando ambas as correntes de posicionamento a partir da realidade atual.

simples na prática infelizmente não o é e com isso surgem diversos problemas, muitas vezes com a justificativa de que é questão de interpretação.²⁹

A lei que é feita por um dos Poderes só pode deixar de ser cumprida a partir do princípio democrático, quando for tida como inconstitucional. Porém, na prática, muitas vezes sequer se respeita a própria lei e quando se resolve cumpri-la, muitas vezes por interesses outros, afasta-se o seu cumprimento por questões que giram em torno de uma suposta inconstitucionalidade. Logo, a questão torna-se bastante complexa nesse agir frenético, muitas vezes também subjetivista.

Em outras ocasiões, cumpre-se uma lei nitidamente inconstitucional, ou seja, não existe a devida coerência e respeito à integridade do ordenamento jurídico, já que começa no balizamento de cumprimento ou não da lei, quando efetivamente se fizer o controle substancial de sua constitucionalidade, missão inerente a todos os Poderes.

Entretanto, a missão não é levada a sério por nossos Poderes, pois constatamos uma preocupação meramente formal nesse controle e isso não é suficiente. Assim, a própria lei quando feita, muitas vezes, nasce com patente vício de inconstitucionalidade e, como nasceu para ser cumprida por interesses não republicanos, tanto na fase de sua elaboração como na hora de sua aplicação, os valores constitucionais que sempre devem prevalecer são deixados de lado.

Como direcionamos todo o nosso trabalho para a atividade jurisdicional, é imperioso trazermos os alicerces que são referenciais para todos os Poderes,³⁰ que é o indiscutível dever de cumprimento da lei e todos os demais atos estatais que passam pelo filtro da necessária constitucionalidade formal e material que, infelizmente, as autoridades em geral pecam pela omissão nesse agir, que deveria ser objetivo e natural.³¹

²⁹ A interpretação e a hermenêutica em geral não podem ser consideradas como “válvulas de escape” para que o aplicador dos atos normativos transborde o que foi preconizado objetivamente no texto linguístico.

³⁰ Não há como olvidar que mesmo havendo total independência entre os Poderes, o agir constitucional que se prega tem como premissa a atuação do Poder Judiciário, pois quando este passa a descumprir o primado de cumprimento de leis constitucionais ou da própria Carta Magna, os demais Poderes também agirão da mesma forma. Logo, o que se faz necessário e sem sombra de dúvidas, é incutirmos na mente de todas as autoridades que não existe em regra geral, qualquer disposição de vontade pessoal em seus atos.

³¹ Em livro já citado, destacando a passagem do Estado Liberal para o Constitucional e a automática ampliação da função jurisdicional, assim nos manifestamos: “Dessa forma, verifica-se que a partir do surgimento das constituições escritas, o próprio Direito necessariamente passou a ser visto de outro modo, o que também ocasionou uma mudança de postura da atividade jurisdicional, já que as normas postas nas constituições, diferentemente das leis estabelecidas nos códigos, não

O grande problema, infelizmente, reside na troca de valores que muitas autoridades, incluindo as do Judiciário e que são entendidas como atores processuais³² fazem, como veremos em específico no decorrer da tese. Daí a nossa busca incessante para que os valores legais e constitucionais sejam fielmente respeitados, haja vista ser um dos maiores desafios da atualidade.

Sem adentrar, por enquanto, em nenhum tipo de caso concreto em que verificamos essa inversão nos três Poderes, é imperioso que atestemos a triste realidade de nosso país; as autoridades não têm preocupação com essa indiscutível higidez em suas atuações, tratando a coisa pública como suas e quando isto acontece nos âmbitos da Justiça, o problema é bem maior.

Por mais que haja uma independência funcional dos magistrados em suas atuações, eles não possuem o condão de ignorar a lei e a Carta Magna, pois são seus referenciais. Logo, como veremos, mesmo havendo particularidades em cada caso concreto, não podemos afastar a premissa lógica que é ínsita ao próprio agir das autoridades.

As autoridades de todos os Poderes quando não cumprem a referida premissa, criam uma situação de desconformidade com o Direito e propiciam aos demais agentes a ideia de que também não a cumpram, tornando a situação perniciosa para a própria sociedade e gerando uma insegurança jurídica que é repulsada em todos os atos normativos.

Dentro da limitação desse tópico e ao mesmo tempo fechando o primeiro capítulo, resta-nos analisar se as autoridades de todos os Poderes também devem cumprir o que for definido pelos Tribunais Superiores, tanto em sede de atividade jurisdicional propriamente dita ou até mesmo a própria produção das decisões vinculantes e de orientação jurisprudencial.

Nesse contexto, parece-nos fácil concluir o questionamento acima, afirmando que o cumprimento daquilo que é definido pelos Tribunais Superiores deve sim ser seguido. Contudo, o problema na prática é bem mais complexo.

continham a prescrição exata de como as coisas se davam, ou seja, o conteúdo da maioria delas era aberto, o que conduziu a um novo agir daqueles que laboravam com o Direito. Toda essa mudança pode ser resumida na frase tão citada de Paulo Bonavides e que reflete com tanta clareza essa mudança de pensamento, qual seja, "Ontem os Códigos, hoje a Constituição". Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 22.

³² Pelo nosso ordenamento jurídico, não podemos mais compreender que o Judiciário aja somente pela autoridade do Juiz. Este tem que necessariamente imprimir em todo seu agir a efetiva cooperação e contraditório que, por si sós, já delineiam uma atuação dos demais profissionais no resultado final da prestação jurisdicional.

Primeiro, porque os próprios Tribunais têm dificuldade para formular seus Precedentes; segundo, porque não temos uma cultura de definição de teses jurídicas pelos Tribunais que propiciem a almejada segurança jurídica e terceiro, porque no próprio ordenamento jurídico existem muitas *brechas* fazendo com que as autoridades do Judiciário não observem os próprios Precedentes como também os demais Poderes permaneçam nessa inobservância.

Portanto, essa situação constitui-se em mais um desafio para o Direito, pois não podemos ignorar o fato de que a própria Carta Magna estabelece que os Tribunais Superiores, cada qual em sua respectiva atribuição, definam as teses jurídicas que devem operar, na prática, com a mesma força dos atos normativos primários. Daí a importância do Judiciário seguir um dado padrão, deixando de lado os subjetivismos e estimulando, por conseguinte, os demais Poderes a também cumprir o que for definido pelo Judiciário.

Na realidade, todo esse discurso é muito bem inserido na teoria, pois na prática temos muitas dificuldades para cumpri-lo. Daí a importância que o Judiciário tenha um agir republicano em seu modo de decidir, já que mesmo havendo independência entre os Poderes, existe obrigação de todos no cumprimento objetivo da própria Constituição como também das leis tidas como constitucionais.

Dessa forma, o Judiciário é visto como paradigma para os demais Poderes e não podemos ter uma compreensão diferente, pois um de seus Órgãos, o Supremo Tribunal Federal, diz o que é constitucional. Logo, até mesmo quando não se instiga a sua atuação, suas decisões devem ser cumpridas. Há, na atualidade, muitas discussões sobre tal função, pela particularidade do momento de polarização vivido, o que só intensifica a problemática.

Para concluirmos o raciocínio, ainda é imperioso enunciar a necessidade de que o devido processo legal reine em todos os Poderes, ou seja, que além de cumprir substancialmente o que estiver preconizado nos atos normativos, as autoridades também devem obedecer ao caminho legal para que sejam tomadas as decisões. Assim não se procedendo, o que temos, na prática, é o próprio descumprimento de uma garantia constitucional processual de todas as pessoas.

Nesse agir, todas as autoridades devem rigorosamente seguir o que estiver estabelecido nos procedimentos, pois por mais que ao final possa se cumprir o que estiver disposto em cada ato normativo, a decisão será anulada por esse vício insanável, inclusive de controle pelo Judiciário, que nunca pode abandonar essa

linha e, ao mesmo tempo, deve fazer valer quando devidamente instigado. Logo, tal premissa é condição basilar para que se tenha uma cultura de cumprimento natural dos Precedentes.³³

³³ A própria teoria da Separação dos Poderes, tanto em sua versão clássica quanto nos desdobramentos que temos na atualidade, não autoriza um agir diferente de cada autoridade, daí porque muitos processos que chegam ao Judiciário poderiam ser evitados acaso observássemos essa premissa. E como não se tem um rigor nesse sentido, a Justiça sempre é criticada quando faz valer tal garantia constitucional, sendo taxada como intrometida, quando na realidade faz parte de seu mister constitucional.

3 CARACTERÍSTICAS DOS OPERÁRIOS DO DIREITO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL HODIERNA E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO

Nesse capítulo vamos enfrentar uma temática muito importante e no nosso sentir imperioso, contemporaneamente, para que haja na prática a mudança que se espera da atividade jurisdicional, como devem os operários do Direito se portarem a partir do que infelizmente vem se constatando, ou seja, temos características que não podem ser olvidadas e que segundo o modelo proposto precisam urgentemente serem revisitadas, de modo a se adequar ao modelo constitucional de processo.

Daí a ligação indissociável que estamos fazendo no trabalho entre a necessária e indispensável atividade argumentativa por excelência de todos os atores com o processo na feição constitucional trazida, que se convencionou chamar de processo constitucional, na qual revoluciona todo o agir dos operários do Direito.

3.1 A NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TEXTOS NORMATIVOS POR TODOS OS QUE LABORAM NA “PRAXI FORENSE”

É cediço na comunidade jurídica, pelo menos na academia, que a necessidade de intermediação para aplicação dos normativos constitucionais não mais existe. Contudo, é imperioso que estabeleçamos minimamente um procedimento para acomodação dessa nova postura que, por óbvio, não pode ser restringida aos juízes sob pena de ignorarmos as regras tanto constitucionais como infraconstitucionais que possam violar o princípio democrático.

A estruturação constitucional brasileira facilita a sedimentação dessa prática que não deve ser reprimida e nem ser estimulada sem que tenhamos a preocupação da garantia mínima de segurança jurídica. Até mesmo algumas regras constitucionais³⁴ precisam de acomodação e, decerto, a maioria esmagadora dos

³⁴ “Robert Alexy, desenvolvendo algo que já estava presente em Dworkin, escreveu que o ponto decisivo para a diferença entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida do possível, com relação as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, senão também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado através dos princípios e regras que incidem em sentido contrário. Ao inverso, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem ser só cumpridas ou não. ‘Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos’ (ALEXY 1988. p. 143-144; cfr. também ALEXY, 1983, p. 86). Em nossa opinião, isso que dizer que os princípios possam ser cumpridos em diversos graus no

princípios não pode ser simplesmente interpretada subjetivamente pelo aplicador, deixando de lado a objetividade que também deve ser extraída dos atos normativos constitucionais. Ressaltamos que na Carta Magna temos mais regras do que princípios, o que valoriza ainda mais essa preocupação.

Dessa forma, cabem a todos os que laboram com o Direito a devida cautela na hora de aplicar diretamente os dispositivos constitucionais, porque a própria Carta Magna estabelece como postulado a necessidade de segurança jurídica que, infelizmente, foi olvidada nesses últimos tempos. Isso se deve ao fato de buscar, de forma atabalhoada, a aplicação indiscriminada dos textos constitucionais, relevando a atuação do legislador constituído e, por conseguinte, o próprio princípio democrático.

que se refere às diretrizes ou normas programáticas, mas não o é no caso dos princípios em sentido estrito. Vejamos o fato mediante alguns exemplos. Um princípio como o formulado no artigo 14 da Constituição Espanhola, visto como princípio secundário pode apresentar-se em forma de um enunciado condicional como o seguinte: 'Se (condição de aplicação) um órgão jurídico usa seus poderes normativos (isto é, dita uma norma para regular um caso genérico ou a aplica para resolver um caso individual etc.) e em relação com o caso individual ou genérico de que se trate não concorre outro princípio que, em relação com o mesmo, tenha um maior peso, então, (solução normativa) a esse órgão é proibido discriminar baseando-se em razões de nascimento, raça, sexo, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.' **Encontramos aqui a indeterminação característica dos princípios unicamente na configuração aberta das condições de aplicação, mas não na descrição da conduta proibida: discriminar. Pode-se, desta forma, entender que 'discriminação' é um termo vago em certos contextos, mas este tipo de vagueza se dá também nas pautas às quais chamamos de 'regras'. A regra de que a mulher trabalhadora deve receber igual salário que o homem se diferencia do princípio anterior unicamente em que suas condições de aplicação se configuram de forma fechada (assim, o art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece que 'o empresário é obrigado a pagar pela prestação de um trabalho igual ao mesmo salário, tanto por salário base como pelos complementos salariais, sem discriminação alguma por razão de sexo'), mas também aqui pode haver problemas na vagueza na hora de se estabelecer tanto se suas condições de aplicação se dão em um determinado caso individual (podem existir dúvidas sobre se uma determinada atividade deve ser considerada ou não como 'trabalho') quanto sobre o alcance da descrição da conduta proibida (um complemento salarial para vestuário diferente por razão de sexo deve-se considerar proibido pelo art. 28?).** Estruturalmente, a única diferença entre o art. 14 da CE e o art. 28 ET reside em que, no último caso, as condições de aplicação da norma constituem um conjunto fechado, ainda que sua formulação possa apresentar problemas de indeterminação semântica (e insistimos que as indeterminações semânticas não afetam o caráter de regra, a não ser que alcancem um grau extremo que não permitam que se fale de determinação das condições de aplicação). Mas, quanto à descrição do modelo de conduta qualificado deonticamente, ambas as normas apresentam um grau de determinação semelhante. Dito de outra forma: uma vez estabelecido que na combinação de fatores relevantes que apresenta um determinado caso, o princípio de igualdade consagrado no artigo 14 prevalece diante de princípios ou regras que concorram em sentido contrário, este princípio exige um cumprimento pleno: ou se cumpre ou não se cumpre, mas não cabe em modalidades graduáveis de cumprimento." Cf.: ROESLER, C. R. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. *In*: CRUZ, P. M.; ROESLER, C. R. (org.). **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 61-63, grifo nosso.

É preocupante quando verificamos em diversos casos a patente substituição da diretriz constitucional pela do aplicador e daí a importância do estabelecimento objetivo de padrões para aplicação, haja vista ser um procedimento lícito e até mesmo desejável na própria relação processual a qual já se encontra devidamente constitucionalizada por excelência.

Entretanto, a tarefa não é tão simples quanto imaginamos, pois ao mesmo tempo em que há a compreensão do por que se permitir tal aplicação direta, na linha da concretude que se deseja dos valores constitucionais, o expediente revela, na prática, uma abertura bem maior que a própria tessitura da norma, criando não só insegurança jurídica, como também permitindo a adoção de posturas subjetivas pelos profissionais, o que é abominável em todos os sentidos.

Portanto, não há como refutarmos que essa nova postura, de certo modo, é um caminho sem volta, pois, além de não ser desprezada, ainda carrega vários outros significados, em especial a ideia de que a Constituição só faz sentido quando os seus ideais são materializados.

Destarte, não há como refutarmos que essa nova postura, de certo modo, é um caminho sem volta pois, além de não ser desprezada, ainda carrega vários outros significados, em especial a ideia de que a Constituição só faz sentido quando os seus ideais são materializados.

Parece-nos então que o problema, além do que já expusemos, reside em aferir como deve ser concretizado os valores constitucionais, já que não podemos afastar “a priori” a legitimidade do Poder Judiciário nessa tarefa. Porém, temos sempre que manter o equilíbrio e a prudência para as atividades, pois o Poder Legislativo não pode simplesmente ser desprezado, não sendo razoável que o Judiciário não tenha limites nessa concretização direta.

A postura que sugerimos e que defendemos para todos os operários do Direito ao tratarmos da interpretação dos textos normativos, passa necessariamente por uma contenção no seu agir, ciente e consciente da relevância maior que é o princípio democrático. Logo, as particularidades do caso concreto não podem afastar necessariamente a objetividade normativa, já que deve sempre auxiliar a construção da solução e seu afastamento por completo é inadmissível.

Aplicar diretamente a Constituição por quaisquer de seus textos mais específicos ou abertos e fazendo valer em especial os direitos fundamentais não legitima, por si só, qualquer atuação do Judiciário. Esta atuação deve vir com a

devida intermediação, pois hodiernamente é muito complicado entendermos que os juízes não têm limites. Daí porque defendemos a argumentação particularizada de modo objetivo como pressuposto para todo o agir dos profissionais do Direito, mesmo sabendo que cada um tem as suas especificidades.

Portanto, a própria independência funcional dos juízes precisa ser revisitada; primeiro, porque esta nunca foi tida como absoluta; segundo, porque ela sempre teve respaldo na questão fática; terceiro, porque o próprio Poder Judiciário tem uma repartição de competências e quarto, porque, indiscutivelmente, os juízes não podem agir sem um referencial normativo que lhes impõem um limite intransponível por excelência.

Superado esse balizamento intransponível para todos os que operam com o Direito na contemporaneidade, e em especial para os julgadores que finalizam a construção da norma em concreto via prestação jurisdicional participativa,³⁵ torna-se imperioso analisarmos, na conjuntura esboçada, a atuação “*a priori*” de controle de constitucionalidade das normas em geral, desatrelada daquela atitude costumeira de somente aferir a constitucionalidade³⁶ se houver claramente impugnação por quaisquer dos atores processuais. Ou seja, atividade jurisdicional defendida nessa parte da compatibilização constitucional vai muito além do controle de constitucionalidade.

3.2 DA NECESSIDADE DE UMA POSTURA MAIS ATIVA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO UM ANTECEDENTE LÓGICO QUE DEVE PERSEGUIR TODA A ATIVIDADE JURISDICIONAL

Na realidade, o que esperamos para que haja na prática a concretude dos valores constitucionais como premissa do modelo proposto, inclusive de modo

³⁵ Desde já, também como premissa do modelo proposto, positivado no novo CPC, daí a indissociável relação processual trazida, temos o princípio da cooperação entre todos os atores processuais. Logo, a ideia de que a decisão judicial é do juiz isoladamente não pode mais ser concebida, e sim a efetiva participação de todos, sempre respeitando o efetivo contraditório que é justamente a marca central que propicia a guinada que devemos ter, fundamentando-se todos os pronunciamentos do processo em argumentações jurídicas objetivas, o que legitimará a atividade jurisdicional contemporânea.

³⁶ Nesse momento, já se faz oportuno estabelecermos a diferença dos processos de controle de constitucionalidade feito pelas Cortes daqueles que são feitos pelos juízes nos processos subjetivos que lhe são direcionados por forças das regras de competência, ressaltando, também, que a partir do modelo proposto, teremos elementos de convergência que buscam justamente a devida acomodação democrática por excelência.

objetivo, é que todos os profissionais do Direito mudem a sua postura em relação à tradicional inércia na análise da prévia constitucionalidade das normas a serem oportunamente aplicadas. Assim, o correto seria termos como natural e automático a verificação “*a priori*” da constitucionalidade, sem que tal agir seja contraditório com os controles anteriores.

Para garantirmos em concreto a aplicação precípua dos valores constitucionais, não podemos ter vários controles e, sim, irmos além deles, pois essa atividade é contínua por toda atividade jurisdicional. Nunca será demais a preocupação com a constitucionalidade da norma que será aplicada na fase seguinte, isso graças a própria argumentação em concreto defendida que também compreendemos ser a constitucionalidade como algo já implementado, uma vez que não imaginamos que a norma em construção tenha um vício de origem que macule toda a operação.³⁷

Desse modo, na contemporaneidade, a partir das diretrizes do processo constitucional a ser um pouco mais esmiuçado na segunda parte da tese, não só o juiz, mas todos os atores processuais devem se recusar a aplicar leis inconstitucionais. Contudo, o problema reside na forma de decretar a invalidade de tais leis sendo, os casos de processos subjetivos, uma equação mais simples. Isso

³⁷ Em nosso livro já citado, defendemos como um dos arcabouços do devido processo legal substancial e verdadeira garantia constitucional processual de todo cidadão, que a Jurisdição tenha como premissa esse agir prévio, intitulando, inclusive, propositadamente, de modo redundante, de imperativo dever de controle de constitucionalidade das leis: “Por esse motivo é que ousamos colocar esse aspecto como princípio-garantia de forma a ser um atributo de todos os processos, pois é indispensável, no atual cenário democrático em que vivemos e com um forte controle de constitucionalidade previsto formalmente na Constituição e em leis extravagantes, que haja um déficit tão grande, como infelizmente temos ciência e que até mesmo como juiz não temos ainda dado tanta atenção, logo essa crítica construtiva fazemos a nós mesmos, tudo com o objetivo de que possamos avançar e quem sabe um dia essa visão seja um corolário normal do ato de julgar. Essa é a nossa esperança. Dentro desse contexto é que se afirma peremptoriamente que cabe aos juízes brasileiros acordarem desse sono profundo e passarem obrigatoriamente, em cada artigo que venha a aplicar, dentro dessa nova concepção de jurisdição, em analisar como capítulo de suas decisões, a premente constitucionalidade do mesmo, pois só assim teremos verdadeiramente um processo constitucional... Por fim ainda é oportuno frisar que o juiz no nosso sentir tem a possibilidade também de fazer o controle da constitucionalidade no caso de ausência de lei, ou seja, em casos de omissões legais ou regulamentares que inviabilizem o exercício dos direitos fundamentais, em qualquer tipo de processo concreto, de modo que as normas constitucionais sejam eficazes, pelo menos quando os prejudicados procurem o Poder Judiciário”. Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 161-163. Àquela época, defendemos com mais vigor essa última forma de agir do juiz nos casos de omissão; contudo, a par dos patentes exageros vistos contemporaneamente, devemos ter a maior cautela possível ao declararmos uma lei inconstitucional nessa via, daí porque somente as particularidades de um dado caso concreto, em que realmente fique amplamente demonstrado que o direito não só não está sendo assegurado, bem como está havendo patente violação de outros, o que justifica, com a devida argumentação, a ação do Poder Judiciário para efetiva tutela.

está relacionado aos processos em que as Cortes devem retirar de todo o ordenamento jurídico à lei reputada inconstitucional.

É cediço para o advogado, parcial por excelência quanto à tese de direito material a ser defendida, que se por acaso a lei em específico o favoreça, não há exigência da postura de defesa da inconstitucionalidade. Contudo, da mesma forma que trabalhamos com a ideia do princípio da cooperação para a atividade jurisdicional, percebemos que a inconstitucionalidade, que por força do processo constitucional, também contamina a essência da jurisdição.

Antes de adentrarmos na questão da jurisdição constitucional e no introito da argumentação particularizada defendida, com a delimitação do presente tópico, é imperioso, ainda, que retratemos, com mais vagar, as características e os modelos contemporâneos dos profissionais do Direito em uma transição de Estado Legislativo para Constitucional, sem que olvidemos por completo o primeiro, dando-se o devido destaque ao juiz, não por defendermos uma maior importância e sim pelo peculiar fato de que ele finaliza formalmente a prestação jurisdicional.

Após expormos a realidade indiscutível de que não podemos deixar de ter uma preocupação substancial em recusar leis inconstitucionais por todos os que operam na jurisdição, existe, também, a partir dos comportamentos ideológicos das pessoas físicas que ocupam as posições jurídicas no processo, um espaço para essa atuação, justamente por convicções e não necessariamente por elementos técnicos de juridicidade.

Destarte, todos os que laboram com o Direito devem necessariamente encontrar uma forma para que suas ideologias não prevaleçam nos atos realizados jurisdicionalmente.³⁸ Com referência aos juízes, estes devem ser imparciais em relação ao objeto do processo e das teses que em dado momento irão efetivamente julgar as causas. E no tocante aos advogados idem, porque as teses a serem defendidas já podem ter a sua própria ideologia. Logo, o mais prudente é buscar a

³⁸ “É indiscutível que exista importante lugar, numa nação democrática, a uma Corte com poder para examinar a constitucionalidade das leis. Entretanto, como mostrou Robert Dahl ao observar a realidade dos Estados Unidos, a Suprema Corte, diante de uma Constituição recheada de dispositivos obscuros e indecifráveis, vem constantemente usando o seu poder para impor políticas que nada mais são do que reflexo de ideologia e das preferências da maioria dos seus integrantes. Esse modelo de Corte, conforme esclarece Dahl, está muito longe de ser o ideal numa democracia, e, por isso, procuramos encontrar uma explicação razoável para o seu amplo poder de controle de constitucionalidade, embora até hoje persista a contradição em se permitir que um órgão composto por autoridades não eleitas tome decisões políticas que afetam a vida e o bem-estar de milhões de americanos”. Cf.: MARINONI, L.G. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 41-42.

objetividade dos valores constitucionais através de uma atividade discursiva que busque as melhores razões e com um corretivo racional que afastem as ideologias que não se submetam ao debate, ressaltando-se o quanto já dissemos em relação à advocacia.

O maior problema reside nos processos chamados subjetivos que não sejam objetos das ações concentradas e que buscam a retirada geral das leis supostamente inconstitucionais. A questão da ideologização, infelizmente, aparece com mais veemência, não por questões das características em si dos atores processuais, mas pela maioria das normas tidas como inconstitucionais e a própria tessitura dos princípios constitucionais, que deixam ao aplicador da lei uma margem de atuação fora da objetividade que se deseja, ocorrendo a malfadada substituição do Judiciário pelo Legislativo, o que não podemos admitir em uma democracia constitucional.

Desse modo, a atividade de controle de constitucionalidade, mesmo defendida como antecedente lógico da argumentação jurídica proposta, não pode se descolar da essência do princípio democrático, basilar de toda a atuação jurisdicional. Daí a nossa preocupação constante com essa premissa não só nesse momento inicial, mas em todo o processo, sem que se renuncie à interpretação constitucional que deve ser feita pelo Judiciário ao revisitar a ideia de que o Órgão tem necessariamente o monopólio de referida interpretação como também a última palavra, mesmo com todas as críticas atuais à essa realidade.

Em relação à atuação da jurisdição constitucional nos processos de controle de constitucionalidade feito pelas Cortes, autores como Luiz Guilherme Marinoni³⁹ e Conrado Hubner Mendes⁴⁰ têm chamado a atenção para a necessidade de que o Parlamento participe do processo ativamente como por várias razões, sendo importante para os fins desta tese – além da impossibilidade de se substituir a escolha dos valores em si, já que não cabe ao Judiciário, como regra geral, criar direitos, e sim tutelar os direitos já existentes, quando houver violação, subentendendo que estes foram devidamente positivados na lei – a cooperação

³⁹ MARINONI, 2021.

⁴⁰ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

entre os referidos Poderes para que se atinja o fim almejado, o que inclusive poderá também ser aproveitado para os processos subjetivos.⁴¹

A tutela dos direitos fundamentais pelo Judiciário⁴² é algo que não foi olvidado, em momento algum, pelos autores. Ao contrário, foi prestigiado, dado que a Carta Magna assim prescreve. Porém, o que trabalhamos em ambas as ideias é o abandono da chamada supremacia judicial, em que as Cortes, na prática, acabam fazendo a escolha dos valores morais que cabem ao Parlamento, ferindo o princípio democrático, pois realmente a Constituição não trouxe como atribuição do Poder Judiciário a solução para os chamados desacordos morais razoáveis.⁴³

As diretrizes desenvolvidas pelos juristas citados estão em plena evolução na contemporaneidade, face a irrefutável constatação de que muitas das decisões das Cortes Constitucionais, em todo o mundo, infelizmente, acabam por substituir as concepções morais trazidas na legislação pelos componentes do próprio Tribunal, fato que não pode ser desconsiderado, postura essa que também se repete em muitas das decisões dos juízes quando da análise em concreto da possível constitucionalidade, daí porque dentro do modelo a ser proposto, o limite imposto na

⁴¹ Existem vários conflitos que pelas complexidades já na fase de conhecimento, é imperiosa a abertura dialógica do julgador com as próprias partes pela força da chamada jurisdição consensual, que é inclusive preferencial em relação à tradicional. Porém, esta também tem que estar preparada para esses novos desafios.

⁴² Conrad Hubner Mendes, já no início de sua tese de Doutorado, preconiza o que chama de pistas ao referir-se à necessária revisão judicial quando de sua dissertação de mestrado, pois mesmo propondo uma outra forma de analisar a questão da última palavra pelas Cortes Constitucionais, ressalta, de plano, a imperiosidade do próprio controle de constitucionalidade: "A tarefa que continua a ser perseguida é a formulação de um discurso de legitimidade que se dê a revisão judicial o lugar mais adequado dentro da democracia. Seu desafio é encontrar um modelo normativo ambicioso e exigente, que sirva como guia tanto para orientar a atuação da Corte quanto para avaliar seu desempenho. Além da necessidade de críticas decisões individuais que, isoladamente, podem ser boas ou más, precisamos de uma noção clara e consistente de qual a missão da Corte nesse tipo de regime". Cf.: MENDES, 2008, p. 14.

⁴³ "Na verdade, aqui aparece a forte e relevante presunção de constitucionalidade inerente à decisão parlamentar que resolve desacordo moral razoável. Decisão desse porte obviamente não pode ser invalidada apenas porque se prefere outra moral. Decisão com este conteúdo só pode ser declarada inconstitucional quando se vence o ônus argumentativo necessário para fazer acreditar que houve, sob a roupagem de solução de desacordo razoável, clara e visível negação de direito fundamental. Portanto, o problema da resolução dos desacordos morais razoáveis não pode desconsiderar a importância do controle de constitucionalidade, assim como a necessidade de tutela dos direitos fundamentais e dos consensos morais. Se a corte não deve redecidir uma questão cuja solução depende exclusivamente da vontade moral das pessoas e, por conta disso, rebalancear os direitos fundamentais, há algo certamente diferente quando a decisão parlamentar deixa de resolver questão essencial ao balanceamento. Desconsidera ou mal analisa um fato constitucional, descumprir o dever de tutela dos direitos fundamentais, viola a proporcionalidade, ou ainda quando, sem justificativa racional, opta por um direito fundamental que não pode prevalecer ou nega posição moral preponderante na sociedade, violando direito fundamental. Não perceber isso seria autorizar o Parlamento a ignorar ou a tratar equivocadamente as questões essenciais ao desate de um desacordo moral razoável, bem como a negar a própria Constituição ao decidi-lo." Cf.: MARINONI, 2021, p. 118-119.

raiz do princípio democrático deve se amoldar nessa atividade prévia e, em casos excepcionais, até mesmo estabelecendo um diálogo institucional entre os Poderes.⁴⁴

Portanto, dentro dessa patente limitação trazida pelo princípio democrático por excelência, que deve conduzir a atuação de todos os operadores do Direito, não há como se aceitar a visão que só os Juízes no decorrer e ao final do processo e sem efetiva participação dos demais atores, tenham essa preocupação basilar, pois esta é guia de orientação e horizonte a ser necessariamente seguido por todos os aplicadores do ordenamento jurídico.⁴⁵

3.3 OS TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E A SUA APLICAÇÃO DIRETA. PECULIARIDADES QUE TORNAM A APLICAÇÃO NA ATIVIDADE JURISDICIONAL REGULAR DENTRO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na época em que defendemos nossa dissertação de mestrado, fomos categóricos em afirmar que os atores processuais, devidamente influenciados pelos valores constitucionais, não só poderiam aplicar diretamente todo o estuário normativo disposto na Carta Magna, como deveriam, como destacado, de plano, no capítulo anterior. Contudo, o problema reside na forma de sua aplicação, em especial com relação aos princípios, ressaltando, mais uma vez, que em algumas situações até mesmo as regras acabam permitindo uma discussão mais intensa, por força de não ter como costume a devida especificidade.

Assim sendo, a temática abordada tem um pano de fundo bem complexo, pois, indiscutivelmente, na contemporaneidade, a questão permeia a natural tensão entre a Democracia e o Constitucionalismo. De outro modo, o respeito intransigente

⁴⁴ O nosso orientador Sérgio Arrenhart na qualidade de estudioso afincado da temática, com maestria nos ensina que tanto o procedimento quanto à própria argumentação a ser desenvolvida para início de construção das decisões nesse tipo de processo são distintas, sendo imperioso, muitas vezes, que o Judiciário esteja aberto ao diálogo para que veja na prática sua decisão cumprida. Cf.: ARRENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Conteúdos**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023.

⁴⁵ Ressaltamos, também, desde já, que até mesmo no controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes Constitucionais, em processos objetivos, não devemos olvidar da aproximação mais perto possível da verdade dos fatos, ou seja, não podemos continuar a exercer a jurisdição constitucional desatrelada da certeza dos fatos, o que nos processos subjetivos é condição precípua para argumentação proposta e nessa parte reside a maior liberdade possível de todos os operários do Direito.

ao que foi preconizado pelos legisladores *versus* a jurisdição constitucional⁴⁶ permite a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com as particularidades já apontadas no tópico anterior. Logo, o que dará o devido contorno a essa atividade é justamente a argumentação jurídica caso a caso.

Na realidade, a ideia supracitada que será mais bem delineada a partir da segunda parte da tese com a delimitação do modelo de processo constitucional e suas implicações na argumentação proposta continua válida, pois mesmo que limitemos a jurisdição constitucional com o devido rebalanceamento legislativo que discutimos no momento, temos o escopo de relativizar a supremacia judicial quanto à função de conceder a última palavra. Não tratamos o dever indeclinável da própria Jurisdição em tutelar todos os direitos quando violados ou ameaçados, em especial os direitos fundamentais previstos na Constituição.

De maneira bem objetiva, delineamos a função precípua da atividade jurisdicional contemporânea que é tutelar direitos e nestes sempre presentes os direitos fundamentais, daí o natural choque com o próprio princípio democrático, pois, muitas vezes o legislador não respeita os seus limites, sendo necessário que o Poder Judiciário aja de forma imediata.

A compreensão da extensão do contido na expressão princípio democrático é outro problema complexo, já que tanto a atividade legislativa quanto judiciária deve ter como arrimo o referido princípio, que em dado caso concreto podem se entrelaçar, sendo necessárias para ambas as atividades a devida argumentação que

⁴⁶ É oportuno trazer à baila o que dissemos a fim de que no decorrer do trabalho, os leitores percebam a devida evolução no trato da temática: “Entretanto, essa proeminência da lei não resistiu à pressão popular por uma efetiva igualdade entre os indivíduos, redundando, assim, na maioria das sociedades, na elaboração de um documento escrito em que o poder público estabelecesse uma Carta de direitos e garantias fundamentais, a partir de direitos humanos, já enunciados em declarações universais, os quais passaram a guiar toda a atuação estatal, o que marca uma nova era, qual seja a do Constitucionalismo, que, diferente da anterior, dar ao Poder Judiciário necessariamente uma atuação mais ativa para fazer valer as escolhas políticas desse poder constituinte. Dessa forma, verifica-se que a partir do surgimento das constituições escritas, o próprio Direito necessariamente passou a ser visto de outro modo, o que também ocasionou uma mudança de postura da atividade jurisdicional, já que as normas postas nas constituições, diferentemente das leis estabelecidas nos códigos, não continham a prescrição exata de como as coisas se davam, ou seja, o conteúdo da maioria delas era aberto, o que conduziu a um novo agir daqueles que laboravam com o Direito. Toda essa mudança pode ser resumida na frase tão citada de Paulo Bonavides e que reflete com tanta clareza essa mudança de pensamento, qual seja, “Ontem os Códigos, hoje a Constituição”. Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 22. A repetição da expressão do saudoso jurista Paulo Bonavides faz-se de maneira proposital dentro da importância que se tem no modelo proposto da concretização dos valores constitucionais, sempre de maneira objetiva e como veremos ficará comprovado a evolução das ideias daquele período para o contemporâneo. Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

justifique tanto no aspecto fático quanto no jurídico a adoção das soluções. A argumentação na atividade jurisdicional deve ser bem mais intensa do que na legislativa.

Não existe receita pronta e acabada para que as atividades legislativas e judicantes desenvolvam suas atribuições dentro de uma democracia constitucional. Logo, a construção de modelos que sempre permitem a maior participação possível de todos os atores processuais é imprescindível, ficando os demais aspectos a serem analisados a partir das peculiaridades de cada caso.

Uma prática infelizmente olvidada nessa relação, que deve ser a mais ampla possível como dito entre todos os participantes, é que haja preocupação na formação e execução do devido processo legislativo, já que as regras e princípios a serem observados são categoricamente os mesmos. Em vista disso, tudo que vale para a atividade jurisdicional, em termos de procedimento, deve também valer para a atividade legislativa.

A diferença residirá sempre na escolha das condutas, a qual é cediço que o Poder Legislativo, mesmo também limitado pelos valores constitucionais, tem uma discricionariedade bem maior que o Poder Judiciário. Contudo, a aplicação direta ora defendida não é exclusiva da Justiça, sendo também dever do próprio poder Executivo.

No último tópico do capítulo anterior desenvolvemos essa ideia que agora é retomada tão somente para que destaquemos que as características de quem trabalha com todo tipo de processo na parte procedimental devem ser as mesmas e quando observamos essa premissa, torna-se fácil o antecedente lógico do controle de constitucionalidade que defendemos com mais veemência por todo o processo e na qual se impõe a cooperação também entre os Poderes.

A intitulada democracia deliberativa, por mais que critiquemos a dificuldade de sua operacionalização, depende muito mais do agir ora proposto do que do diálogo a ser realizado em alguns casos pois, no nosso sentir, o julgador em especial tem que ter a noção exata de respeito ao princípio democrático, não se iludindo em querer trazer as suas escolhas para a decisão judicial a ser prolatada.

Nesse ponto em que reside toda a celeuma como já dissemos, face a própria estruturação dos princípios constitucionais e em alguns casos até regras, as características dos atores processuais e as espécies normativas que se encontram dispostas no texto constitucional permitem, em tese, que o aplicador tenha

automaticamente uma maior liberdade. No entanto, não podemos confundir nunca esse espaço deixado pela tessitura normativa com arbitrariedade para escolha dos seus próprios valores.

Infelizmente, tanto na jurisdição constitucional objetiva quanto nos processos ditos subjetivos, a abertura estrutural tem sido mal compreendida na contemporaneidade, invertendo a lógica natural das coisas, pois a criação em si de direitos nunca pode ser tida como atividade precípua do Poder Judiciário.

Ao construirmos uma via argumentativa à norma do caso concreto, percebemos que a Justiça não deve inovar no ordenamento jurídico, pelo menos como regra geral, pois sempre se tem um ponto de partida e de chegada. Daí porque a liberdade é mitigada no próprio ordenamento como um todo e as demais funções exercidas pelos outros Poderes. Se assim não for compreendido, teremos sempre o Poder Judiciário com hegemonia em relação aos demais Poderes e isso não foi preconizado em nossa Carta Magna.

Em escrito recente, em capítulo de um livro lançado pelos Doutorandos do Doutorado Interinstitucional (DINTER) da Universidade Federal do Paraná (UFPR)/Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERJ), nominado em nota de rodapé, assim nos manifestamos em relação ao Direito e Política:

As duas áreas de conhecimento, além de vastas, indiscutivelmente estão imbricadas, sendo quase impossível a sua total distinção, até mesmo em abstrato, logo ainda muito mais difícil nos casos concretos que envolvem o Executivo e o Legislativo, que na maioria esmagadora de suas ações agem sob o pálio verdadeiramente político, mesmo que arrimados quase sempre em aspectos jurídicos como antecedente lógico. Nesse sentido, tem-se o maior problema, querer separar o que não é possível, pelo menos, regra geral, e mesmo quando se possa fazer essa operação, ainda assim, vislumbram-se, claramente, pontos de intersecção, logo a ligação entre ambos é perceptível em todas as nuances possíveis e tanto é verdade que o ato em si, pelo próprio Governo (sentido mais amplo do termo) ou Parlamento, tem o Direito como premissa... Portanto, não se pode compreender que a soberania popular inerente ao Executivo e Legislativo, faltante ao Judiciário, por si só, seja o elemento que venha a definir que o Direito possa ser olvidado dessa indissociável relação, devendo tanto os representantes populares não serem indiferentes ao Direito, quanto os Juizes desprezarem a política... Portanto, nem na edição dos atos pelo Executivo e Legislativo e nem muito menos quando de possível questionamento, será possível a nenhum dos atores envolvidos fazer a total separação entre Direito e Política, nem muito menos se arvorar cada qual de sua suposta legitimidade em sua área, devendo haver um efetivo diálogo entre tais conhecimentos para que se tenha ao final a melhor decisão a resolver o impasse, que foi inclusive, de certo modo, previsto constitucionalmente... Desta forma, os Juizes por mais que sejam técnicos e em tese não tenham a mesma responsabilidade social e principalmente política com relação à consequência, não podem olvidar dos aspectos

políticos que envolvem a matéria, sem que sejam influenciados ao ponto de agirem sob a influência da pressão popular, já que não devem agir sob a premissa de que o fazem na velha clausula geral da “vontade do povo”. Cláusula hoje ainda muito usada, mas também deveras questionada, já que não exprime com exatidão tal vontade e pode albergar tudo, até mesmo a decisão que venha a invalidar o próprio ato. Desta forma, ainda tentando deixar claro que é impossível fazer essa separação entre Direito e Política, e que a indissociável ligação entre tais ramos do saber, na realidade, legitimam a própria relação republicana que deve existir entre os três Poderes, na qual os ocupantes de chefia devem se colocar acima de filigranas procedimentais e mirar o bem comum, pois só assim Direito e Política poderão andar juntos e ao mesmo tempo separados quando necessário, isso para que a Constituição possa ser respeitada.⁴⁷

De modo mais categórico, assim nos posicionamos:

As intituladas democracias constitucionais em todo o mundo convivem naturalmente com esse possível dilema e isso é natural, devendo o Brasil, mesmo ainda sendo muito jovem, em termos de democracia, se acostumar com essa possível intervenção da jurisdição constitucional, ao invés de tão somente se opor, até mesmo porque não há sequer discussão de que a mesma não esteja claramente prevista em nosso ordenamento jurídico, residindo o problema, justamente no devido calibre e extensão para a intervenção, o que perpassa aos limites entre Direito e Política.⁴⁸

A aplicação direta das regras e princípios por todos os Poderes é, indubitavelmente, um dos maiores desafios da contemporaneidade, a fim de que cada atividade tenha ciência e consciência de suas obrigações e responsabilidades, não transferindo ao Poder Judiciário em todas as searas, pois como vimos, o direito fundamental de todos os cidadãos de levarem possíveis violações ou ameaças de lesão a Direito, mesmo com a autocontenção defendida por parte da Justiça, não pode se eximir da análise. Ao contrário, o estuário normativo aqui trazido é o pano de fundo para que atividade jurisdicional desenvolva-se em toda sua plenitude e seu equilíbrio, haja vista será perquirido em cada argumentação realizada.

⁴⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; SANTOS, Marcelo Roberto Silva dos. A relação entre Legislativo e Executivo frente à jurisdição constitucional. Existe uma linha divisória entre Direito e Política que limite constitucionalmente essa relação? Reflexões sobre a instância do poder a partir da atual realidade brasileira. In: OLIVEIRA, Fernanda Abreu de; DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. **Direitos, democracias, políticas & contemporaneidades**. [S. l.]: Appris Editora, 2021. p. 95-97.

⁴⁸ Ibid., p. 96.

4 PREMISSAS ESPECÍFICAS PARA COMPREENSÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PROPOSTA

Nesse capítulo vamos trazer as premissas que reputamos imprescindíveis para que não só se compreenda o modelo proposto, mas principalmente o modelo possa ser aplicado na contemporaneidade, explicitando os detalhes que necessariamente devem ser empreendidos pelos atores processuais, dando inclusive o devido destaque para que o processo constitucional possa sair do papel em toda a atividade jurisdicional, pois a exata dimensão do referido processo é quem vai moldar o jogo argumentativo que deverá ocorrer em toda a atividade jurisdicional.

4.1 COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Dando início nessa segunda parte as especificidades básicas que torneiam a argumentação proposta, temos o modelo constitucional de processo que, na prática, ainda precisa revolucionar a atividade jurisdicional. Na realidade, antes do novo CPC positivar de maneira extraordinária os seus cânones, não existiam meios suficientes para que os operadores do Direito mudassem suas posturas e passassem a ser influenciados por esse modelo.⁴⁹

Sem querer fazer registros históricos sem a devida comprovação, como muito bem aponta o professor Luís Fernando Lopes Ferreira, é imperioso que se ressalte que a dogmática jurídica em peso sempre apontou, antes mesmo da Constitucionalização do Direito e em especial do Direito Processual,⁵⁰ a partir das

⁴⁹ O novo CPC trouxe na parte geral, que também é uma novidade, a cognominação de normas fundamentais do processo civil brasileiro, aplicáveis a todos os outros ramos processuais por expresso permissivo legal. Dentre elas, destacamos por excelência: a nova roupagem do contraditório e o princípio da cooperação, por terem relação mais direta com a argumentação a ser proposta. Contudo, do primeiro artigo ao décimo primeiro vemos claramente uma tentativa de que todos os atores processuais mudem sua postura e que tais normas sejam verdadeiramente adotados em todo o procedimento. Cf.: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

⁵⁰ “Parte-se, inicialmente, de um debate acerca do ofício do historiador e vincula-se aqui a uma busca pela coleta de provas, de pistas e indícios, de rastros desse passado jurídico que se pretende interpretar. Caso contrário corre-se o risco de conclusões enganadoras, cosméticas nos termos de Carlo Ginzburg. Busca-se, portanto, seguir os conselhos de Paolo Grossi, sobre a

lições em um primeiro momento de Elio Fazzalari e logo após devidamente complementadas e ampliadas por Italo Andolina fazendo um contraponto ao liberalismo e socialismo processual, que na essência o processo é um procedimento em pleno e efetivo contraditório, sendo tal marca um dos pilares desse modelo e que irá delinear a própria construção da argumentação proposta.⁵¹

Os referidos autores, em síntese, passam a defender a existência de princípios constitucionais que orientam toda a atividade processual, de modo que esta atividade não teria autonomia para desenvolver-se em contraposição a tais referenciais. Quando mencionamos os que são tidos como núcleos essenciais do modelo, temos então a não-parcialidade do juízo contraditório, a ampla argumentação e a fundamentação da decisão judicial, os quais, devidamente interligados, criam para os jurisdicionados verdadeiras garantias constitucionais processuais.⁵²

necessidade de se ser historiador da experiência já que esta não deve ser desprezada por aqueles que pretendem evitar abstrações vazias: “o historiador da ciência jurídica não pode não ser também historiador da experiência: detrás da ciência há sempre uma experiência que preme e condiciona, e que não deve ser ignorada se se pretende evitar abstrações vazias”. Cf.: PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (coord.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31-54.

⁵¹ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 63, 69, jul./set.1997; FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁵² Em livro já citado, desenvolvemos a ideia do modelo constitucional de processo através das garantias constitucionais processuais de todos os cidadãos frente a atuação jurisdicional via processo e que condiciona todo o agir dos seus atores: “Entende-se por modelo constitucional de processo, para fins de compreensão da extensão do direito a uma tutela efetiva, o conjunto de garantias constitucionais referentes ao processo dispostos no rol de direitos e garantias fundamentais e que, de forma expressa, vinculam toda a atuação jurisdicional, impondo uma releitura de todas as normas processuais de modo que os valores ali dispostos retem consagrados em todas as situações fáticas submetidas a um processo judicial e algumas delas até mesmo administrativo. Para iniciar essas considerações e ao mesmo tempo demonstrar a força desse modelo atualmente – já que nada mais é do que uma faceta de todo o processo de constitucionalização do Direito – agora no enfoque processual, cite-se como exemplo a Reforma do Judiciário que trouxe mais um inciso ao rol de direitos e garantias fundamentais, prevendo expressamente o direito à duração razoável do processo. Logo, esse valor passa a conduzir toda a seara processual, impondo a todos os Poderes, em especial o Judiciário, o dever de tomar atitudes concretas para que esse direito seja materializado em todos os sentidos. Destarte, todos os incisos do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam do processo, condicionam toda a atuação do legislador na atividade de regulamentação e dos que laboram com o Direito, tudo para fazer valer seus comandos, daí que toda a interpretação dos dispositivos processuais vigentes deve passar necessariamente pelas garantias constitucionais processuais, sendo a que assegura o pleno acesso à Justiça e a uma tutela efetiva a mola propulsora das demais. Reza o inciso XXXV do artigo 5º: ‘A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito’. A amplitude desse texto normativo para a compreensão da norma que extraímos do modelo constitucional de processo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência é algo interessante, pois, a partir desse dispositivo – aparentemente simples – revolucionou todo o processo a ponto de não haver diferenças radicais entre os diversos ramos processuais, impondo ao poder público a

Portanto, como já aqui falamos sobre o pós novo CPC, não adianta ter a existência do texto normativo expresso na Constituição e nas leis se, na prática, os atores que labutam dia a dia com o processo não mudarem suas posturas. Logo, o que vamos defender nesse trabalho depende necessariamente da incorporação efetiva do modelo constitucional de processo, de modo que o contraditório e a cooperação saiam do papel.

O modelo constitucional de processo é tido contemporaneamente como elemento estruturante do Estado Constitucional Democrático de Direito pois, além de ser efetivo instrumento para tutela dos direitos fundamentais, constitui-se em verdadeira garantia contra qualquer tipo de arbítrio de qualquer dos Poderes,⁵³ devendo operar como fator legitimador para a própria atuação do Estado nas suas funções, ou seja, na própria atividade de administração, legislação e jurisdição.

Temos, no devido processo legal, uma ótica formal e substancial de todos os princípios que lhe são corolários cuja marca intrínseca do modelo não se trata mais de observância de determinados requisitos para que o processo seja considerado

consecução de várias atividades para que a Justiça efetivamente tutele todos os direitos dos cidadãos em cada caso concreto”. Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 117-118.

⁵³ Sobre essa visão hodierna do modelo, trazemos o professor José Alfredo de Oliveira Baracho: “A recepção dos direitos fundamentais, pelas Constituições, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes. Teoricamente reconheciam-se aos cidadãos direitos fundamentais, que eram inexistentes na prática, desde que sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior, desde que não eram auto-aplicáveis. A própria prática dos poderes públicos impossibilitava o exercício real dos direitos fundamentais. O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor, quando existem garantias que as tornam eficazes. O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional. O bloco garantista consagra mecanismos variados e alguns têm caráter abstrato. Certos instrumentos ou previsões constitucionais não estão vinculados a uma vulneração real e concreta de um direito fundamental, mas são condições e requisitos, de caráter geral, para atuação dos poderes públicos ou que limitam sua atuação. A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional”. Cf.: BARACHO, J. A. de O. Processo constitucional. In: MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Download**. Belo Horizonte, 2007. p. 56-68. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjLnv260dv9AhW6lRkGHVTpC7MQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.trt3.jus.br%2Fescola%2Fdownload%2Fprevista%2Fprev_55_56%2FJose_Baracho.pdf&usg=AOvVaw1Siqissu0x1OlomRNbWsM. Acesso em: 2 set. 2022.

válido. O modelo impõe a todos mudanças de postura na formação, desenvolvimento e finalização de todos os atos estatais.

Dentro da pertinência temática do trabalho, o processo e, por conseguinte, a atividade jurisdicional desempenhada por essa via, devem ser amplamente reformulados, de modo que não há mais como concebermos que um processo seja conduzido sem que tenhamos a devida articulação das teses postas em efetivo e pleno contraditório. Muito mais que a antiga bilateralidade das oitivas de todos os atores, temos que assegurar a necessária e imprescindível influência na construção da decisão final das teses debatidas cujas decisões do juízo não são mais isoladamente tomadas pelo magistrado.

Essa compreensão precisa verdadeiramente sair da dogmática jurídica e constituir-se como um vetor condicionante da própria atividade jurisdicional já que é encarada como balizamento para que o modelo de argumentação proposto possa ser eficaz. A própria fundamentação a ser trazida em cada caso não pode ser aceita sem que levemos em consideração os argumentos debatidos no processo.

Na linha central desse trabalho vimos que o modelo funciona como instrumento de controle da própria legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, pois como não podemos conceber nenhuma decisão sem a devida conexão com o efetivo contraditório.⁵⁴

⁵⁴ Em artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, o professor Ronaldo Brêtas em co-autoria com Débora Carvalho Fiorato, assim enunciaram: “Conclui-se que no Estado Democrático de Direito o processo deve ser compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, assegurada às partes, a participação na construção da decisão em simétrica paridade. Portanto, a efetividade do processo não decorre de uma justiça rápida, mas está intimamente ligada ao respeito às garantias constitucionais que constituem o devido processo constitucional, que propiciarão o reconhecimento e a fruição dos direitos fundamentais. Pode-se pensar em uma Teoria Geral do Processo através do modelo constitucional de processo, fundada em uma base principiológica uníssona, visto que os princípios do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões estão e devem estar presentes em qualquer processo democrático. Logo, esses princípios são co-dependentes e indissociáveis, visto que a restrição ou a supressão de um deles significa o desrespeito aos demais. Esse esquema geral de processo não significa que as garantias constitucionais são somente essas, pelo contrário, em cada microssistema (processo penal, processo civil, processo trabalho, dentre outros) os demais princípios constitucionais devem ser observados. É importante ressaltar que apesar do objeto de estudo ser os princípios (garantias constitucionais) do contraditório e da fundamentação das decisões, as demais garantias devem ser efetivadas. Em relação ao princípio do contraditório conclui-se que ele deve ser compreendido de forma dinâmica, como princípio de influência e de não surpresa, para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Ademais, essa garantia possibilita às partes exercer o controle sobre as decisões proferidas pelo órgão estatal e, verificar a aceitabilidade racional das mesmas, visto que o juiz deve fundamentar a decisão com base em argumentos jurídicos trazidos a debate pelas partes e não em argumentos metajurídicos ou convicções pessoais”. Cf.: FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do

Assim, retornaremos a ideia da importância do contraditório e de outros princípios que fazem parte da concepção substancial do devido processo legal como ponto fulcral do modelo ora comentado fazendo a devida ligação com a questão da argumentação e fundamentação quando, da última parte, a posituação do princípio da cooperação no novo CPC,⁵⁵ traz a devida legitimação democrática necessária para a atuação jurisdicional que o modelo busca de forma incessante.

4.1.1 A constitucionalização do Direito e a sua aplicação como premissa para a argumentação jurídica defendida

De modo proposital, trazemos as premissas que entendemos ser pertinentes para que apresentemos de modo mais inteligível possível o modelo de argumentação que supere as dificuldades centrais já apontadas no decorrer do trabalho, bem como outras que apresentaremos, e que dentro da tarefa de interpretação das normas (sentido tradicional) com todas as espécies de métodos da hermenêutica constitucional e da clássica, trazem a patente ideia de que o ato de interpretar, por si só, é indiscutivelmente uma questão de poder de quem vai realizar a interpretação/aplicação.⁵⁶

estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 228-260, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23088>. Acesso em: 10 set. 2022. p. 254.

⁵⁵ Sobre os deveres de cooperação direcionado às partes, é imperioso concluirmos asseverando que a previsão deles não impõe ao processo civil cooperativo, necessariamente, um caráter autoritário ou anti-democrático. Ao revés, quando tomamos consideração de um lado, as garantias conferidas às partes dentro do processo cooperativo (a exemplo do contraditório, a resguardar uma ampla participação no procedimento, e poder de influência na formação do decisum ao ser a final proferido pelo juiz), de outro, a previsão de deveres de cooperação também ao magistrado, que se coloca numa posição de isonomia com a parte na condução do processo, reafirma a essência do processo civil democrático calcado nessas bases. É, assim, sob viés de deveres de cooperação impostos ao juiz para com as partes que avulta a importância do princípio estudado, já que nessa perspectiva constitui uma significativa alteração na função jurisdicional e no papel que deve ser exercido pelo magistrado no processo. Cf.: BARREIRO, Lorena Miranda dos Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. 237. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022. Iremos desenvolver essa ideia mais amiúde no decorrer do modelo proposto.

⁵⁶ Para o trabalho em desenvolvimento, sequer se faz necessário fazer a distinção tradicional entre hermenêutica e interpretação, pois por mais que no sentido pragmático seja importante se fazer a diferenciação, a argumentação defendida, por si só, já irá delimitar a questão, sendo importante, nesse momento, se destacar que o interprete, em especial o que se debruça sobre textos linguísticos que se encontram na Constituição têm mais dificuldades e sobre estas vamos nos manifestar amiúde, enaltecendo, sempre, o enfoque que prestigie o aspecto democrático, prestigiando, sempre, a chamada aplicação propriamente dita de quaisquer das autoridades, dando-se o destaque a atividade jurisdicional.

O movimento de Constitucionalização de todo o Direito impôs a todos os chamados ramos autônomos dessa Ciência, quando da aplicação de suas regras e princípios, uma preocupação substancial dos valores constitucionais preconizados na Carta Magna a qual não mais se admite que nenhum texto seja interpretado sem que se faça a devida filtragem constitucional.⁵⁷

O problema reside em como fazer essa filtragem constitucional, pois, por mais que possamos defender uma das teorias do Direito ditas substanciais que tragam “a *priori*” tentativas que possam evitar a escolha pessoal do interprete, a própria textura dos dispositivos constitucionais, em sua grande maioria, é aberta ao ponto de permitir, já na escolha inicial metodológica da interpretação em si, ou até mesmo da espécie de modelo argumentativo, que surjam ideologias subjacentes ao procedimento a ser adotado.

Portanto, parece-nos que, mesmo para a visão tradicional inicialmente apresentada em que os intérpretes de modo isolado apropriam-se do sentido de cada texto normativo, as ideologias subjacentes desses textos são um tanto difíceis de serem superadas. A nossa opção de argumentação jurídica particularizada, além de prestigiar sempre o princípio democrático e fugindo do subjetivismo, busca a concretização dos valores constitucionais da maneira mais objetiva possível, como será destacado na parte final.

Na concepção tradicional, mesmo com vários métodos disponíveis criados pela dogmática jurídica ao longo de todos esses anos, a interpretação constitucional pelas Cortes ainda não foi capaz de superar esse obstáculo. Daí porque já concluímos que a escolha de somente um método nunca é salutar, já que a partir de um sincretismo metodológico e uma preocupação constante em tentarmos evitar as ideologias pessoais dos intérpretes traz o que possa ser mais deferente em relação à opção original do legislador, que obviamente nunca pode ser olvidada.

Na jurisdição propriamente dita em processos subjetivos, em que também temos a necessidade de aplicarmos os dispositivos constitucionais ou, pelo menos, verificarmos a sua constitucionalidade, ainda o problema persiste do mesmo modo,

⁵⁷ Por mais que ainda haja resistência na distinção entre texto e norma jurídica, as teorias que adotamos como premissas trazem a devida distinção, logo por mais que o legislador tenha liberdade ampla para feitura das normas, esta só se concretiza quando de sua aplicação, ou seja, antes só temos um projeto de sentido, a determinação em si é construída no processo de aplicação, daí porque a norma é justamente o produto da interpretação que se faz dos textos linguísticos.

sendo inclusive mais complexa a deferência ao legislador, mas não impossível como veremos. Daí porque a missão de tutela dos direitos em específico via processo, no modelo constitucional, deve necessariamente prevalecer, minorando os obstáculos aqui mencionados.

O catálogo de direitos fundamentais previsto em nossa Constituição Federal com sua abertura natural e muitas vezes ambígua, propicia a necessidade de ponderação de bens e interesses em dado caso concreto, sem que tenhamos uma operação silogística de plano, dificultando, sobremaneira, a atividade argumentativa. A título de exemplo, é imperioso trazer o artigo de uma jurista portuguesa, que faz inclusive remissão à nossa Constituição e a similitude entre a Carta Portuguesa e a Brasileira nesse tocante. Contudo, diferente da maioria dos juristas brasileiros em dado aspecto, a autora conclui que a tarefa do juiz acaba sendo reduzida pela extensão do catálogo:

Assim, relativamente à questão do catálogo dos direitos fundamentais, podemos afirmar que, perante um catálogo extenso e em frequente atualização, a pressão sobre o juiz para que encete desafiantes tarefas de interpretação constitucional e até para que enverede por um caminho de revelação criadora de direitos fundamentais é relativamente reduzida, atenta uma manifesta desnecessidade criada pela riqueza do catálogo. Já quanto à existência de cláusulas de abertura do sistema, quer consideremos a cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais ou a previsão de uma eventual liberdade geral de ação decorrente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, parece poder afirmar-se que o legislador constituinte claramente pretendeu afastar-se de qualquer inspiração originalista como caminho para interpretar o texto constitucional, manifestando, pelo contrário, a sua vontade, de manter aberta a aplicação do Direito Constitucional em sede de direitos fundamentais, porventura querendo deixar o catálogo, de algum modo, incompleto, o que abre a possibilidade a caminhos que se afastam de um eventual literalismo e deixam margem para algum nível de criatividade do interprete (balizado, é certo, pelo critério de jusfundamentabilidade material que a Constituição transporta).⁵⁸

A pesquisa e passagem acima foram trazidas com o escopo de tentar demonstrar que mesmo havendo obstáculos para a atividade dos operadores do Direito e tendo a preocupação substancial em não querer necessariamente decidir com os seus próprios valores, como também encarando a constitucionalização do

⁵⁸ SERRASQUEIRO, Mafalda Rodrigues. **A Interpretação constitucional como uma questão de poder**. 2018. 89 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2018. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_interpretacao_constitucional_como_uma_questao_d_e_poder_versao_artigo_capa_0.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

Direito uma tarefa mais hercúlea pela essência da natureza dos textos normativos a serem aplicados, é possível escapar desse patente equívoco e cumprir ao máximo o que foi estatuído pelo legislador constituinte, objetivo maior de qualquer regime democrático por excelência.

5 A ATIVIDADE JURISDICIONAL COMO MECANISMO VIABILIZADOR DAS PARTICULARIDADES DE CADA SITUAÇÃO E A OFERTA DA SEGURANÇA JURÍDICA SEM MÁCULA À ATIVIDADE LEGISLATIVA

Entendendo a hermenêutica como a ciência que estuda todos os métodos interpretativos que buscam a determinação dos textos linguísticos em cada caso concreto e com a distinção inicial feita entre a própria interpretação e a argumentação jurídica, ainda como premissa do modelo a ser proposto, constituímos essa ciência como o grande desafio do próprio modelo, pois o que sempre deve ser buscado por todos os profissionais e não necessariamente somente pelo juiz é a identificação das particularidades de cada caso para a devida tutela dos direitos, sem que o princípio democrático seja desrespeitado.

O modelo proposto cinge-se a um modelo argumentativo peculiar dentre os diversos tipos de particularismos existentes como veremos. Compreendemos que em relação ao universalismo, a partir do giro hermenêutico proposto por Lênio Streck, nas lições de Heidegger e Gadamer, existe o efetivo abandono do esquema sujeito-objeto, permanecendo a possibilidade tanto do uso dos métodos clássicos de interpretação quanto os métodos filosóficos e constitucionais, tudo para que os referenciais aqui trazidos não sejam marginalizados. Não é uma missão fácil, mas possível desde que todos os atores possam desempenhar suas funções regularmente.⁵⁹

Entendemos que o êxito da atividade proposta reside no efetivo abandono da visão solipsista do aplicador do Direito, porque tal agir colide frontalmente com a segurança jurídica que o princípio democrático nos traz. Na realidade, o princípio democrático guia não só a atividade jurisdicional, mas todo o processo de aplicação do Direito. Logo, ao adotarmos esse entendimento como intransponível, os demais entraves são bem mais fáceis de serem equacionados.

Reforçamos, assim, o caráter verdadeiro do postulado que por mais que as teorias da interpretação e de argumentação jurídica como também da própria hermenêutica tenham alcançado um patamar robusto para encontrar uma fórmula objetiva de escapar totalmente das ideologias pessoais do aplicador, ainda não a encontramos. Talvez, o melhor caminho seja buscarmos incessantemente impedir

⁵⁹ STRECK, 2010.

ao máximo possível um comportamento que conduza a uma perspectiva subjetiva, ao passo que se efetive a preocupação com as particularidades de cada caso. Como veremos, essa decisão será construída democraticamente, o que ainda fortalecerá o sistema contra o solipsismo do julgador.

O colega de atividade judicante em trabalho acadêmico publicado no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, Felipe Albertini Nani Viaro, faz a devida distinção entre o ativismo judicial com caráter positivo e o de caráter negativo a partir da excessiva judicialização, de modo a apontar a realidade que traçamos desde o início:

Na perspectiva positiva, a postura 'proativa' do juiz é aclamada como atuação 'funcional necessária e oportuna', como forma de "fazer valer a primazia da Constituição'. A defesa do ativismo, por sua vez, é comumente acompanhada da adoção de postulados teóricos incorporados pelo chamado 'neoconstitucionalismo', tais como o reconhecimento da prevalência dos princípios sobre as regras, além da existência de uma 'nova hermenêutica', liberando o juiz do papel de 'boca da lei'. Já na perspectiva negativa, o ativismo judicial é depreciado como 'ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional', descambando o juiz para o voluntarismo ou 'decisionismo judicial'. Enquanto a perspectiva positiva do fenômeno costuma ser secundada pela adoção de postulados neoconstitucionalistas, a perspectiva negativa costuma aparecer entre os críticos a essa corrente, reforçada pela defesa da autocontenção ou autorrestrrição judicial, como modo de evitar distorções na prática da especialização funcional. Sem prejuízo dessa aparente contradição valorativa, como aponta Paulo Gustavo Gonet Branco, tanto os que criticam como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que o ativismo revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria ou poderia ser o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que aclamam, atribuem ao ativismo virtudes saneadoras de desvios, enquanto os que o rejeitam, falam em quebra do princípio da separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático do Direito.⁶⁰

A excessiva judicialização, que é um problema sempre a ser administrado e nunca efetivamente solucionado, tanto ocorre nos Tribunais Superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal, tendo reflexos em toda a atuação jurisdicional, como nas demais instâncias, daí a razão pela qual defendemos o equilíbrio que equaciona esse fator, ao mesmo tempo em que observamos as próprias dimensões do que se convencionou chamar de **ativismo judicial**, pois como sabemos, a garantia constitucional de acesso à justiça impõe ao judiciário que se dê uma solução plausível e não qualquer tipo de solução.

⁶⁰ VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. In: PRETTO, R. S. de; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (coord.). **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2017. p. 231-254. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101908>. Acesso em: 1 set. 2022.

A solução que defendemos tem que se coadunar com o princípio democrático, sem que deixemos de lado a efetiva tutela dos direitos violados ou em ameaça. Tudo o que foi trazido pela parte que alega que está sofrendo uma violação ou ameaça seu direito; essa parte delimita todo o atuar judicial e, ao mesmo tempo, participa ativamente de todo o processo, não podendo a decisão final desconsiderar as peculiaridades do caso e nem os valores objetivos do próprio texto normativo em que se construiu a norma.

Embora seja uma tarefa árdua como já mencionamos anteriormente, para que ela se realize com eficácia, os profissionais do Direito e em especial o juiz, precisam abandonar velhas práticas e esquecerem a ideia de que podem alcançar sozinhos a verdade, esta parece ser impossível de ser substancialmente encontrada.

A atividade de todos os que trabalham com o processo é alcançar a verdade mais próxima possível. Assim, não podemos simplesmente continuar com a ideia da mecanização como também não nos amoldarmos às particularidades que cada caso traz, pois serão justamente essas particularidades que vão torner a argumentação jurídica a ser desenvolvida por todos os envolvidos no processo.

Desse modo, entendemos ser possível fazer o equacionamento entre as particularidades de cada caso e os valores objetivos previstos na legislação. Porém, para que isso se torne a regra geral de atuação de todos que operam nos processos judiciais, é imprescindível que deixem de lado os seus valores pessoais na atividade que é pública por excelência e, necessariamente coletiva, ou seja, nem mesmo o juiz que continua presidindo o processo pode continuar a atuar sozinho.⁶¹

⁶¹ A hermenêutica que se amolda contemporaneamente aos desafios da atividade jurisdicional não pode mais continuar no esquema sujeito-objeto, que de modo muito coerente vem sendo criticado há tanto tempo por Lênio Streck. Cf.: STRECK, 2010. Essa mudança por si só já impactará deveras a atividade argumentativa de todos que laboram no processo.

6 DO MODELO PROPOSTO E SUA RELAÇÃO COM A TUTELA DE DIREITOS

O modelo a ser proposto em específico e já delineado até o presente momento tem como escopo maior a efetiva tutela dos direitos materiais em cada caso concreto e sempre levando em consideração as peculiaridades deste, que necessariamente darão o devido tom a atividade argumentativa e nesse capítulo já faremos as devidas interseções nesse sentido, deixando claro que a atividade jurisdicional na contemporaneidade em não efetivamente tutelando os direitos materiais, sucumbirá em termos de legitimidade, pois não se vai a Justiça, na maioria esmagadora dos casos, tão somente para ver o suposto direito reconhecido e sim para sua tutela, e de preferência como veremos, em específico

6.1 DO DELINEAMENTO INICIAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARTICULARIZADA PROPOSTA E OS LIMITES PARA SE EVITAR A DISCRICIONARIEDADE/ARBÍTRIO

Nesse capítulo vamos referenciar todos os arcabouços necessários para que o modelo possa ser efetivo em relação ao seu escopo principal e possa na prática escapar ao máximo do que chamamos de subjetivismo do aplicador dos textos normativos, que muitas vezes, acredita que o legislador lhe deu liberdade ao ponto de inovar no ordenamento jurídico, fato que regra geral não pode ser aceito, daí porque vamos delimitar todos os pormenores nesse sentido, trazendo os referenciais e parâmetros a serem cumpridos por todos os atores processuais.

6.1.1 Dos marcos teóricos

Como já vimos até o momento, o maior problema existente, porém de possível superação, diz respeito aos voluntarismos que tratam da questão do subjetivismo do intérprete/aplicador. Uma argumentação jurídica que passe a prestigiar no aspecto pragmático as particularidades de cada caso, minora de forma automática esse problema e, ao mesmo tempo, efetiva a participação de todos os atores processuais, mostrando que a futura decisão não será isolada.

Dessa forma, temos como marco teórico do modelo sugerido as proposições críticas feitas há mais de 30 anos pelo jusfilósofo Lênio Streck e pelo processualista

constitucionalista Luiz Guilherme Marinoni, que desde sempre questionam a amplitude dada à jurisdição constitucional no Brasil. A par do princípio democrático também já citado, trazemos o professor Manuel Atienza, constitucionalista espanhol e estudioso da argumentação jurídica para que analisemos sua perspectiva. Por fim, o jurista italiano Ricardo Guastini que também se preocupou com a temática ao tratar na sua tese sobre o realismo jurídico metodológico. Ressaltamos que faremos várias adequações quanto aos estudos dos dois últimos autores a partir da experiência judicante, pois enquadraremos o modelo proposto a partir das críticas que encampamos, às quais fazem referência aos primeiros estudiosos.

Advertimos, ainda, que tanto a análise da atividade jurisdicional nos processos subjetivos a partir do que ocorre na prática com os conhecidos processos estruturais quanto os ensinamentos de nosso orientador Sérgio Arenhart, que tem estudado de forma profunda o assunto, serviram como base para que construíssemos nossa tese, fundamentada na afirmação de que para haver o reconhecimento dos próprios direitos e sua satisfação, as justificativas internas e externas para a comunidade devem ficar devidamente legitimada.

No decorrer da apresentação do modelo, outros estudos de teorias de argumentação jurídica serão abordados de maneira superficial, pois cada uma dessas teorias, por si só, já poderia constituir-se em uma tese. Logo, a ideia que trazemos é que a partir das críticas mais contundentes no nosso entender, encontram na prática um resultado para a atividade jurisdicional de deslegitimação, seja desenvolvido um modelo que supere na medida do possível o denunciado solipsismo do julgador, pois não é razoável que os atores envolvidos tragam seus valores para as suas ações dentro da relação processual.

Citamos como exemplos de outros doutrinadores Robert Alexy, Ronaldo, Dworkin e Chaim Perelman, que se debruçaram a partir de 1950 sobre a argumentação jurídica e, a partir desses estudiosos, tornou-se uma das temáticas mais intrigantes do Direito, pois entendemos que somente as justificativas internas e externas adequadas às peculiaridades de cada caso e o respectivo ordenamento constitucional legitimam a atuação judicial desde que esta seja efetivamente democrática.

Entretanto, além desses pilares, constatamos também que tanto o estudo desses teóricos quanto a nossa experiência judicante que, tal qual na primeira análise em relação à maior reconstituição possível dos fatos como na questão

jurídica em si, faz-se necessário o entrelaçamento com outras ciências, o que conhecemos como **interdisciplinaridade**, sendo impossível que haja uma fundamentação peculiar e substancial sem que recorramos, em alguns casos, a outros conhecimentos.⁶²

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, Lênio Streck denuncia a relação sujeito-objeto que ainda domina a dogmática jurídica no Brasil, enunciando uma crença existente de que a partir da análise dos textos normativos é possível extrair o sentido original da norma.⁶³ Isto é, a atividade seria meramente reprodutiva e o intérprete seria uma espécie de oráculo que sabe o exato significado da norma, acreditando sempre nas coisas inatas que prevaleceu durante o mito da própria metafísica que até hoje ainda impera em grande escala em nossa dogmática.

Suas pertinentes críticas, em nossa perspectiva, lastreiam-se nos estudos até então da semiótica e semiologia, que não se contentavam com o desleixo que a linguagem sofria por parte da metafísica. Para os defensores dessa teoria, a linguagem seria tão somente o instrumento de intermediação dos conhecimentos inatos que teriam sua representação simbólica. Assim, a importância da linguagem era desprezada para a interpretação, inclusive na própria distinção inicial entre o compreender, interpretar e aplicar.

Ao avançarmos em tal vertente, Lênio Streck,⁶⁴ na companhia do filósofo brasileiro Ernildo Stein, trazem os ensinamentos dos filósofos Heidegger e Gadamer para dentro do Direito ao intensificar suas críticas de total negacionismo da dogmática às reflexões dos estudos filosóficos sobre a ciência do Direito (não só a Hermenêutica), mas o que chamamos de *sentido comum teórico*⁶⁵ sempre fechado para qualquer tipo de mudança.

⁶² “Noutro quadrante, mas com o mesmo escopo, torna-se imperioso que a ciência do direito leve em consideração os estudos das outras ciências, como por exemplo, a Sociologia, Psicologia, Política, Economia, etc. Entretanto, não deve somente usar os conceitos destas ciências como se fosse um mero repasse, mas sim a devida integração (interdisciplinaridade), ou seja, haja uma efetiva discussão destas ciências em prol da sociedade. Nesse sentido, infelizmente, o cientista do Direito, a par da “teoria” hoje prevalecente, pelo menos, em nosso país, vive alheio a todas essas circunstâncias, o que prejudica sensivelmente ao ensino da própria ciência do Direito e em especial do processo, que buscar justamente concatenar o que tem na teoria com a prática, sempre tutelando os direitos materiais. Daí a ideia de um processo constitucional.” Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 229-230.

⁶³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁶⁴ *Ib.*, 2010.

⁶⁵ “Esse deslocamento discursivo, de cunho ideológico, é próprio do sentido comum teórico dos juristas, que produz os standarts a serem utilizados pela comunidade jurídica. Resulta disso uma interpretação totalmente alienada/afastada das relações sociais. Ou seja, pouco importa ao jurista,

Para o que nos interessa em relação ao modelo proposto é imperioso registrar a contribuição de Heidegger, ao estabelecer que para a interpretação de qualquer coisa, temos necessariamente **pré-compreensões** e **pré-juízos** de valores.⁶⁶ Isso quer dizer que não temos como escapar das visões prévias acumuladas em cada um de nós no momento em que realizamos o processo interpretativo. Assim, sustentamos a ideia, mais do que pertinente, de que esta ação não pode ser compreendida meramente como reprodutora de sentido.

A denominada **pré-compreensão** que trazemos do mundo é algo natural em relação a todo o processo interpretativo tradicional. Daí apontamos a importância da contribuição heideggeriana à temática, assunto que foi encampado, intensificado e elástico por Hans-Georg Gadamer, ao cravar famosa frase “ser que pode ser compreendido é linguagem”.⁶⁷ Desse modo, para a hermenêutica filosófica, a linguagem é condição de possibilidade de todo o processo, o que para nós faz todo sentido dentro da distinção entre texto normativo e norma que fazemos a partir das lições de Friedrich Muller, jurista alemão que, a partir dessa diferenciação aceita na

inserido no sentido comum teórico, o conteúdo das relações sociais. Pouco importa a teratologia resultante do paradoxo que é a imposição de uma pena mais branda a quem estupra uma criança em comparação com aquele que estupra uma mulher adulta. O que importa é fazer uma ‘boa hermenêutica’, o importante é ‘resolver com competência dogmática, ‘neutralmente’ as antinomias’ do sistema ... Enfim, tamanha é a dimensão do crime, que o establishment jurídico-dogmático não conseguiu ‘resolver o problema’ no plano da hermenêutica. Ou seja, tão forte, é corpus introduzido pelo sentido comum teórico, que, na impossibilidade de ver resolvido o ‘problema hermenêutico’, o ‘sistema’ teve que recorrer ao ‘legislador racional’ que, mediante a edição da lei federal n. 9.291 de 4 de junho de 1996, revogou os parágrafos únicos em questão. No mesmo rumo, preso nas amarras do sentido comum teórico, um juiz de direito concedeu liminar de reintegração de posse em favor de fazendeiro que ocupava terras de propriedade do governo, para desalojar centenas de sem-terra, sem examinar se eram ou não particulares. Resultado disso é que morreram várias pessoas... Para o magistrado, não se tratava de um conflito social, mas apenas de um problema decidível no âmbito da juricidade.” Cf.: STRECK, 1999, p. 59. Aqui faz-se necessário três observações quanto às ponderações de Lênio Streck: primeiro, que a consulta de sua obra em suas primeiras edições, a ideia trazida é no início do próprio movimento de Constitucionalização do Direito em relação à nossa Carta Magna e que até mesmo o referido professor defendia uma atuação mais ativa do Judiciário, situação que em seus artigos e livros atuais já não defende, talvez pelos patentes exageros ocorridos; segundo, que claramente vemos uma posição ideológica também de sua parte, inclusive tão condenada em seus textos mais atuais, talvez porque seja realmente impossível a neutralidade não só do aplicador do Direito, mas também dos doutrinadores. Logo, o que defendemos é que se tente evitar ao máximo os voluntarismos. Terceiro, por fim, a total concordância e ainda existente até os dias de hoje, com a pouca relevância dos juristas com as questões ínsitas das demais ciências e que em alguns casos trazem problemas irremediáveis.

⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁶⁷ Ibid.

contemporaneidade, contribuiu para todas as teorias argumentativas,⁶⁸ como veremos por Ricardo Guastini.⁶⁹

Importante, ainda, a contribuição de Jürgen Habermas dentro desse contexto dos filósofos mencionados acima, quando registra a importância da virada linguística, segundo Lênio Streck:

A viragem linguístico-pragmática e hermenêutica da filosofia, põe em xeque, segundo Habermas, a idéia (*sic*) de fundamentação, rompendo com uma filosofia da consciência ligada ao modelo de conhecimento orientado na percepção e na representação dos objetos. No lugar do sujeito solitário (solipsismo), que constitui seus objetivos objetos (objetivismo), emerge, agora, a idéia (*sic*) de um conhecimento mediado linguisticamente e referido à ação. O conhecimento é, portanto, situado, de antemão, no contexto de uma práxis intersubjetiva, historicamente mediada. Desse modo, na medida em que nos libertamos das ontologias, é dizer, na medida em que passamos a não acreditar na possibilidade de que o mundo possa ser conhecido inicialmente através de um encontro não-linguístico, e que o mundo possa ser conhecido como ele é, intrinsecamente, começamos a perceber – graças a viragem linguística da filosofia e do nascimento da tradição hermenêutica – que os diversos campos da filosofia, que antes eram determinados a partir do mundo do natural, poderiam ser multiplicados ao infinito através da infinitividade humana. A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica, é assim, a consagração da finitude.⁷⁰

Dessa forma, vimos que tanto a chamada virada linguística e a busca da superação da filosofia da consciência são fatos importantes na contemporaneidade para a devida argumentação jurídica, sendo ainda interessante que pontuemos as considerações de Gadamer também trazidas por Lênio Streck, as quais são utilizadas no modelo proposto:

Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. Os diversos princípios que deve aplicar, por exemplo, o da analogia, ou o de suprir as lacunas da lei, ou em último extremo o princípio produtivo implicado na mesma sentença, isto é, dependente do caso jurídico concreto, não representam somente problemas metodológicos, senão que entram a fundo na matéria jurídica mesma. Evidentemente, uma hermenêutica jurídica não pode contentar-se seriamente em empregar como padrão de interpretação o princípio subjetivo da ideia e intenção originárias do legislador. Em muitos casos, não pode evitar ter que aplicar conceitos objetivos, por exemplo, o da idéia (*sic*) jurídica que se expressa em uma lei.

⁶⁸ MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturante do direito. São Paulo: RT, 2007.

⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. Um enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico. **Revus**, [S. l.], v. 27, 2015. Disponível: <https://journals.openedition.org/revus/3463>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁷⁰ STRECK, 1999, p. 152-153.

Aparentemente é próprio de profanos imaginar a aplicação da lei a um caso concreto como processo lógico de submissão do particular para o geral. O positivismo legal, que pretende reduzir a realidade jurídica ao Direito positivo e a sua correta aplicação, sofre duras críticas do mestre alemão, a ponto de dizer que tal concepção acerca do Direito não tem, atualmente, nenhum partidário. Isto porque, continua Gadamer, a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável. Aparentemente, nem sequer bastaria pensar, em uma dogmática ideal, que a força produtora do direito inerente ao caso particular está predeterminada logicamente, no sentido de que caberia imaginar uma dogmática que contivesse ao menos potencialmente todas as verdades jurídicas em um sistema coerente. A simples 'idéia' (*sic*) de uma tal dogmática completa parece absurda, e isto sem levar em conta que, de fato, a capacidade criadora de direito de cada caso está constantemente preparando a base a novas codificações.⁷¹

Vimos, então, que tais críticas são pano de fundo para construção do modelo delineado, em que claramente reputamos como condicionante da norma a ser construída tanto as particularidades fáticas quanto as próprias especificidades jurídicas a serem delineadas com a necessária inflexão, de modo que a lógica formal que por tanto tempo perdurou como raciocínio, não mais prevaleça como regra geral, e a argumentação substancial, por excelência, a partir da linguagem natural e técnica utilizada, seja sempre o ponto de partida.

Ainda com Lênio Streck, a ideia central da intitulada *Crítica Hermenêutica do Direito* reside no rompimento total com a discricionariedade e, tal agir, não pode conduzir o operário do Direito ao que o autor chama de "objetividade ingênua", pois é cediço que o Direito nunca terá respostas para tudo de forma prévia. Daí a importância da argumentação particularizada, sempre ressaltando na linha *streckiana* que "interpretar não é reproduzir algo dado *a posteriori*, mas também não é uma livre atribuição de sentido".⁷²

Assim, pela dificuldade natural e automática de tensão entre as atividades legislativas e judiciárias, envoltas em uma discussão que pensamos estar sempre em evidência, é imperioso o equilíbrio judicante com a prevalência democrática, que, conforme Lênio Streck, vemos com muita propriedade em sua teoria:

A [Crítica Hermenêutica do Direito] (CHD), entre seus intentos, procura despertar a comunidade jurídica acerca do problema da discricionariedade, sobretudo, em seus contornos paradigmáticos. Defender que a decisão jurídica pressupõe um juízo discricional de um sujeito que, livremente, poderia decidir devendo ouvir tão somente sua consciência, é esquecer que

⁷¹ STRECK, 1999, p. 186.

⁷² STRECK, Lênio L. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016a. p. 226.

estamos desde sempre inseridos num mundo em que as significações dão-se intersubjetivamente. Logo, a jurisdição não pode ser compreendida numa escolha personalista; ao contrário, deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política. O juspositivismo, como demonstrei, está intimamente ligado à ideia de discricionariedade judicial, desde suas versões primeiras. De início, encontrava-se no “legislador” que soberanamente dizia o direito, que após seria apenas declarado pelos juizes. Posteriormente, e até os dias atuais, houve um deslocamento para o Judiciário, de modo que tem sido considerada um fenômeno inescapável ou o modo adequado de buscar o justo para o caso concreto. Diante desse quadro, espera-se que uma postura pós-positivista, entendida como uma ruptura com o paradigma predecessor, formule uma compreensão contrária à perspectiva positivista, o que não se vê em Alexy nem na maioria das teorias argumentativas. Em geral, a discricionariedade é pretensamente ‘minimizada’ por uma estrutura de argumentação, sendo, ao fim e ao cabo, reconhecida sua inexorabilidade. Em caminho oposto caminha Dworkin com seu interpretativismo e sua concepção do ‘direito como integridade’. A CHD entende a decisão jurídica como não discricionária e procura desenvolver uma perspectiva teórica nesse caminho, seja pela exigência hermenêutica que todo o processo de compreensão é sempre intersubjetivo, seja pela exigência democrática que requer decisões jurídicas que não espelhem vontades individuais, mas o direito construído pela/na comum-idade.⁷³

Luiz Guilherme Marinoni, sempre com sua visão aguçada de futuro, traz um problema macro que, infelizmente, ocorre até mesmo em uma democracia mais amadurecida como a norte americana e que comentaremos no capítulo seguinte.⁷⁴ Outrossim, faz-se necessário trazermos o motivo pelo qual o marco teórico crítico é fundamental para o modelo proposto: é salutar o afastamento máximo do voluntarismo do julgador e a efetiva participação do povo na busca da resposta correta. Já para Ronald Dworkin, sua preocupação está na questão da supremacia judicial face ao parlamento com a imposição de ideologia pelos julgadores das Cortes, como é nitidamente vista em sua obra:

Quando a supremacia judicial passa a ser invocada em favor de posições políticas – conservadoras ou progressistas, radicais ou prudentes, de esquerda ou de direita, ou o que sejam –, o tema deixa de ser apenas teórico e passa a ser uma opção de momento ou mesmo uma ideologia, capaz de permitir manipulação e falsa assimilação, transformando o sério problema da relação entre o monopólio da interpretação constitucional e a democracia numa imaginária impossibilidade de se discutir o que é dito pela Corte. É correto afirmar, em outras palavras, que a supremacia judicial pode ser vista como um pressuposto ideológico, cujo objetivo é persuadir os cidadãos comuns de que, pensem o que quiserem sobre as decisões da Corte, não lhe cabe contradizê-las... Mas o direito de participar, imprescindível para que a Constituição não fuja das mãos do povo, não se resume a um mero direito de ser informado e de poder reagir, mas deve ser visto como um verdadeiro direito de interferir sobre a vontade do Parlamento e da própria Corte. Trata-se, assim, de um direito de

⁷³ STRECK, 2016a, p. 242.

⁷⁴ MARINONI, 2021.

efetivamente influenciar as instituições públicas: o Parlamento para se opor à Corte e essa para revogar o seu precedente, para a Corte não voltar a decidir da mesma forma. Esse direito de influenciar a Corte e o Parlamento obviamente tem como antecedente o próprio direito de se questionar as decisões públicas, que é um direito de reagir de maneira a ser efetivamente ouvido, englobando o uso de todos os meios concretos proporcionais a tanto... Como é evidente, se a Corte pode decidir as questões que pertencem ao povo, ela não como deixar de escutar o que se passa na sociedade. Aliás, esse é o exato argumento de Dworkin em defesa da possibilidade de a Corte atuar em busca da resposta correta aos desacordos morais razoáveis. Como dito, Dworkin afirma literalmente que, diante da preocupação com as decisões incorretas ou injustas da Corte, uma das soluções seria esperar por 'novos Justices, indicados por estarem de acordos com um Presidente...'. Sustenta-se aí, sem qualquer timidez, que o Justice é indicado por estar de acordo com o Presidente e para fazer ouvir a voz daqueles que o elegeram. Por consequência, como os Juízes da Suprema Corte devem representar os eleitores do Presidente que os indicaram, estaria minimizado o problema da participação popular na elaboração do sentido da Constituição e na definição dos desacordos morais das pessoas. Não haveria como afirmar que estaria sendo esquecida a vontade popular, nada havendo a dizer contra a supremacia judicial. É interessante que, no Brasil, não obstante se pratique a teoria da busca da resposta correta aos desacordos morais, sequer se cogita sobre uma vinculação do Juiz às intenções do Presidente da República, ainda que vistas como programáticas ou reveladoras dos objetivos particulares do governo para a resolução dos problemas da sociedade. O que se quer dizer com isso é apenas que. Embora no Brasil se admita a teoria da busca da resposta correta para a satisfação da "democracia constitucional", e, por conta disso, que a interpretação constitucional é um monopólio do Supremo Tribunal Federal, pouca ou nenhuma importância é deferida ao problema da presença da vontade popular na formação das decisões da Corte e, especialmente, para o grave problema das pessoas discutirem e questionarem estas decisões enquanto corretas e justas. Há no Brasil uma submissão cega à ideologia do judicial review, fortalecida pela adoção de uma teoria jurídica elaborada a partir das características do sistema constitucional estadunidense.⁷⁵

Das lições de Luiz Guilherme Marinoni, três ponderações merecem ser feitas: primeira, Streck, de certo modo, adota parte da teoria de Dworkin na busca pela resposta correta, que como vimos, padece do mesmo vício criticado pelo autor, pois é feita ao final uma escolha moral sem a correção racional desejada; segunda, a preocupação com a efetiva participação do povo, mesmo que na jurisdição constitucional traga a legitimidade democrática que se espera de qualquer decisão judicial e as demais decisões nunca podem olvidar tal questão; terceira, a busca, na maior medida do possível, para que a norma concreta a ser construída em argumentação coletiva resulte na decisão judicial, nunca traga isoladamente uma

⁷⁵ MARINONI, 2021, p. 159, 162, 167, 168.

ideologia sem passar pela correção racional de uma atividade discursiva que procure em concreto as melhores razões.⁷⁶

Já o jusfilósofo espanhol Manuel Atienza, mesmo fazendo a divisão de sua teoria da argumentação jurídica numa concepção formal, material e pragmática, rebate de forma veemente a tradição do Direito em relação a querer resolver tudo por intermédio da lógica formal dedutiva.⁷⁷ Logo, mesmo entendendo que em algumas situações o raciocínio por inferência resolve, no entanto, contemporaneamente, a procura por bons argumentos a partir da dialética e da retórica em algumas situações é bem mais eficaz, legitimando a atuação jurisdicional num entrelaçamento entre o que se intitula concepção material e pragmática.

Na realidade, na perspectiva de Manuel Atienza, as três concepções são importantes e nenhuma pode ser descartada por mais que prestigemos a concepção material das “boas razões”, sendo interessante a frase que ficou conhecida através de sua teoria que fora concebida dentro do que se intitula pós-positivismo a partir do Estado Constitucional Democrático de Direito: “submissão completa do poder ao Direito, à razão: a força do Direito, frente à razão da força”.⁷⁸

Usaremos para formulação do modelo proposto o silogismo formal que tanto prevalece em nosso Direito pela utilização da subsunção com os métodos tradicionais de interpretação. Não há, corretamente em nosso sentir, um abandono de tal agir; daí a importância do que chamamos de **concepção formal** em que prevalece a busca de uma maior certeza e de uma maior segurança jurídica.

As teorias de argumentação jurídica, de um modo geral, prestigiam a chamada verossimilhança até mesmo como contraponto inicial ao método até então vigente de busca da comprovação científica das verdades. Contudo, estas não podem simplesmente deixar de serem buscadas, pois a concepção material e pragmática a seguir explicada, de certo modo entrelaça-se com a formal para que todas as dimensões possam ser na maior medida do possível utilizadas, sempre levando em consideração as particularidades de cada caso e dando a necessária importância aos fatos, as vezes esquecidas por outras teorias.

O Direito atual mostra sua preocupação com a substância de cada argumento utilizado. Logo, o pragmatismo é também imperioso e devidamente

⁷⁶ MARINONI, 2021.

⁷⁷ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

⁷⁸ Ibid., p. 17, tradução nossa.

prestigiado pelo jurista ao utilizar-se da retórica e principalmente da dialética, de modo que os próprios atores processuais aceitem a utilização de todos os argumentos como forma de persuasão do auditório, numa expressão que ficou conhecida com Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca.⁷⁹

Portanto, quando falamos em auditório na contemporaneidade pelas decisões tanto as do legislativo quanto as do judiciário, além da devida justificação pela escolha de bons argumentos, precisamos também convencer a sociedade pois esta não mais aceita decisões sem que seja convencida do acerto das conclusões. Isso é uma realidade hoje inexorável com a qual Manuel Atienza demonstra preocupação, pois o entrelaçamento de todas as concepções efetiva uma dialética discursiva.⁸⁰

Muito interessante a visão do colega juiz Adalberto Narciso Hommerding, um estudioso da filosofia do Direito. Ele cataloga a distinção atual entre os que defendem o pós-positivismo daqueles que tanto ainda se intitulam positivistas ou críticos em geral de ambas as concepções. Trazemos, em nota de rodapé, o excelente resumo dessa diferenciação para fins de delimitação do modelo proposto que, de certo modo, acaba por aceitar referenciais de ambos os lados dessa eterna discussão.⁸¹

⁷⁹ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TTYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸⁰ ATIENZA, 2006.

⁸¹ “Segundo Atienza, muitos autores procedentes de tradições filosóficas e jurídicas diversas entre si (positivismo jurídico, realismo, teoria crítica, hermenêutica, neomarxismo etc.) têm defendido teses que, no fundo, não se diferenciam muito das teses de Dworkin. Atienza fala aqui de MacCormick, Alexy, Raz, Nino e Ferrajoli. A maioria desses autores, para o Professor de Alicante, assume traços muito semelhantes, ligados com o enfoque argumentativo do Direito, que são os seguintes: 1) a importância outorgada aos princípios que, junto com as regras, são os ingredientes necessários para compreender a estrutura e o funcionamento de um sistema jurídico; 2) a tendência a considerar os princípios e regras a partir do papel que jogam no raciocínio prático, e não somente a partir da perspectiva de sua estrutura lógica; 3) a ideia de que o Direito é uma realidade dinâmica e que consiste em uma prática social complexa que inclui, além das normas, procedimentos, valores, ações, agentes etc.; 4) a importância que se concede à interpretação que, mais que um resultado, é vista como um processo racional e conformador do Direito; 5) o enfraquecimento da distinção entre linguagem descritiva e prescritiva, e a reivindicação do caráter prático da teoria e da ciência do Direito, que não podem ser reduzidas a discursos meramente descritivos; 6) o entendimento de validade em termos substantivos e não meramente formais; assim, a norma válida é a que respeita os princípios e direitos estabelecidos na Constituição; 7) a jurisdição não pode ser vista em termos de sujeição do juiz à lei, pois a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais; 8) entre Direito e moral existe uma conexão, não somente enquanto ao conteúdo, mas de tipo conceitual ou intrínseco. Mesmo a regra de reconhecimento de Herbert Hart, por exemplo, incorporaria critérios substantivos de caráter moral; 9) tendência a uma integração entre as esferas da razão prática: moral, política e Direito; 10) a ideia de que a razão jurídica não é somente razão instrumental, mas razão prática; assim, a atividade do jurista está guiada pela ideia de correção, pela pretensão de justiça; 11) o **esfumamento** da fronteira entre o Direito e o não-direito com a defesa do pluralismo jurídico;

De modo muito claro, Atienza assume uma postura de admissibilidade a partir da necessidade de cada caso em que haja ponderação de bens e interesses e a escolha das melhores razões por argumentos que priorizem um princípio em relação a outro quando houver colisão. Contudo, o interessante é que sua teoria enfatiza os fatos e veremos o quanto isso é importante em termos contemporâneos.⁸²

12) a importância de justificar racionalmente as decisões judiciais como característica essencial da sociedade democrática; 13) a convicção de que existem critérios objetivos (princípio de universalidade, coerência, integridade etc.) que outorgam caráter racional à prática da justificação das decisões; 14) o Direito não é somente um instrumento para alcançar objetivos sociais, mas incorpora valores morais que não pertencem simplesmente a uma determinada moral social, mas a uma moral racionalmente fundamentada, o que leva à relativização da distinção **moral positiva e moral crítica**. Cf.: HOMMERDING, Adalberto Narciso. Uma breve síntese das concepções do Direito em Manuel Atienza. **Empório do Direito**, São Paulo, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-41-uma-breve-sintese-das-concepcoes-do-direito-em-manuel-atienza>. Acesso em: 26 mar. 2023. Por mais que não concordemos com essa divisão e principalmente não nos coloquemos ao lado daqueles que aceitam a utilização, mesmo que de forma mínima da Moral dentro do Direito, isso claramente ocorre no aspecto pragmático. Logo, o modelo proposto não abandonará totalmente tal visão, mas se preocupará a todo momento pela utilização do que viu do processo constitucional, priorizando o procedimento do contraditório e o aspecto democrático com a efetiva cooperação de todos os atores processuais.

⁸² Mais uma vez socorreremo-nos do excelente resumo trazido pelo colega juiz já citado: “Isso tudo visto, qual seria, então, afinal de contas, a teoria adotada por Manuel Atienza? Manuel Atienza adota uma teoria pragmatista do Direito que supõe a aceitação das seguintes teses: a) a necessidade de considerar o Direito e os problemas jurídicos em relação ao contexto; b) ter em conta que as teorias e doutrinas são elaboradas com um propósito de se dirigem a um determinado **auditório**; c) o rechaço de uma concepção demasiado abstrata do Direito, o que não significa que se esteja contra os conceitos ou as teorias, mas que devem ser elaborados no nível de abstração adequado; d) visão instrumental e finalista do Direito, pois o Direito é um instrumento para resolver, prevenir e tratar conflitos; um meio para a obtenção de fins sociais; e) a vinculação do Direito com certas necessidades práticas dos homens; f) a ênfase no **futuro**, o que não exclui que tomemos em consideração o passado; g) a ideia de que a verdade não consiste na correspondência dos enunciados com o mundo, mas de que esses enunciados resultem úteis, daí a importância do diálogo e do consenso como critério de justificação; h) a importância da prática como meio de conhecimento: **aprende-se a argumentar argumentando**. O pragmatismo jurídico que Atienza vem sustentando é muito amplo. Apesar disso, não está comprometido com um relativismo axiológico e também não identifica correção com eficiência. É um pragmatismo comprometido com uma razão prática. Como explica Atienza, não é exatamente uma teoria sobre o Direito e nem necessariamente uma atitude em relação ao Direito e em relação à teoria jurídica. É, sim, um tipo de *exortação* a respeito da teoria: sua função é recordar aos juristas e aos juizes o que já sabem, mas não praticam. Para Atienza, a teoria do Direito que costuma ser elaborada nos países latinos sofre de falta de pragmatismo, de incapacidade para incidir nas práticas jurídicas. Daí que, segundo o **Maestro** de Alicante, *la primera necesidad de la teoría es la de tomarse el pragmatismo en serio*. O papel de uma teoria do Direito, assim, está em contribuir para elaborar uma concepção articulada do Direito que possa servir para melhorar as práticas jurídicas e as instituições sociais. No pensamento de Manuel Atienza, o pragmatismo é uma filosofia do Direito, a **última voz de qualquer teoria do Direito**. É compatível tanto com o neomarxismo como com a teoria do discurso ou com muitas filosofias de cunho analítico. É possível, assim, tirar proveito de muitos aportes pertencentes a distintas tradições. Além disso, não é possível construir uma teoria da argumentação jurídica que cumpra as funções teóricas, práticas e pedagógicas se deixarmos de lado uma análise estrutural do Direito (por isso é que se deve pressupor uma teoria dos enunciados jurídicos, por exemplo), se não levarmos em consideração a vinculação dos processos argumentativos com o comportamento dos juizes e outros operadores jurídicos, se não levarmos em conta, por exemplo, as relações entre o raciocínio jurídico e o raciocínio moral e político, e os limites formais do raciocínio jurídico, os elementos ideológicos e de poder que podemos encontrar no Direito e no raciocínio jurídico. O **Direito como argumentação** de Atienza trata de conectar

Faz-se necessário em nosso entender apresentar no modelo proposto um interessante debate⁸³ entre os jusfilósofos brasileiros Lênio Streck e Rafael Oliveira com o jurista espanhol Atienza, cuja frase “mais filosofia analítica e menos hermenêutica”, critica o uso da filosofia de Heidegger para compreensão das críticas às súmulas vinculantes, pois usamos os dois como referenciais teóricos conjugando pontos convergentes e, dentro dessa discussão, respeitando suas posições. Ousamos divergir no sentido de que precisamos tanto da filosofia analítica quanto da hermenêutica na dimensão certa. Somente as particularidades de cada caso vão apontar o grau de intensidade de uso de uma ou de outra, prestigiando sempre a realidade em si e deixando, de lado, conceitos muito abstratos que até mesmo temos dificuldades de aplicação.⁸⁴

Sem desmerecer a importância de ambas, a questão de prestigiarmos uma mais que outra no aspecto prático é a de que possamos aplicar os referenciais normativos da forma mais aproximada possível à escolha democrática. Essa escolha não pode ser ignorada e, por vezes, teorias e estudos a desconhecem, situação que a partir da nossa evolução acadêmica pela pesquisa e efetiva prática judicante, demonstrou ser algo nefasto.

Ao citarmos o filósofo brasileiro Ernildo Stein, os autores retrucaram do seguinte modo

todos esses elementos de análise a partir de uma concepção dinâmica, instrumental e comprometida do Direito que parte da noção de conflito porque o Direito pode ser visto como uma complexa instituição voltada para a resolução de conflitos por meios argumentativos e nas diversas instâncias da vida jurídica. Por fim, para ele, a teoria do Direito deve ser construída como uma **teoria da argumentação jurídica**. Cf.: HOMMERDING, 2018. Oportunamente, vamos dialogar com os referenciais supra, em especial a visão pragmática e nesta a busca sempre pela efetiva tutela dos direitos em cada caso concreto.

⁸³ Outro escopo de termos trazidos à discussão é o fato de que no Brasil, os doutrinadores e até mesmo os julgadores, vivem de afagos, sem que possamos enfrentar as necessárias discussões entre ponto e contraponto em muitas teses. Aqui, sinceramente, existe um injustificável melindre que quando discordamos, as vaidades são atingidas e precisamos acabar com essa nefasta prática, que tem encoberto a busca por mais conhecimentos. É justamente a partir da divergência que encontramos soluções mais equilibradas para muitos problemas e no debate travado, por exemplo, para nós, ficou muito claro a necessidade de equilibrar ambas as teses. Logo, sempre defendemos que discutamos a fundo todas as questões, deixando de lado essa prática de bajulamento geral que encontramos na dogmática jurídica e principalmente nos Tribunais brasileiros. Cf.: ATIENZA, Manuel. Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica não são incompatíveis. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 10 set. 2022; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁸⁴ Registramos, ainda, que Lênio Streck, em artigo mais denso faz dez objeções à teoria de Atienza. Contudo, na realidade, nem todas há dissenso total e oportunamente também retornaremos a tais críticas, algumas por nós encampada, outras não. Cf.: STRECK, 2016a.

Estamos simplesmente fazendo uma analogia com a construção feita por Ernildo Stein em seu APROXIMAÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA, no qual pode ser lida a seguinte passagem: 'A analítica sem a hermenêutica é vazia e a hermenêutica sem a analítica é cega'. Simples assim.⁸⁵

Por fim, dentro desse marco teórico ao qual nos alicerçamos, trazemos a posição do jusfilósofo italiano Ricardo Guastini, que assume o lado do realismo jurídico ao criar o “realismo metodológico” e por mais que não concordemos totalmente, é uma realidade inevitável da “*práxis*” brasileira, mesmo tendo várias diferenças em relação à própria realidade italiana e principalmente americana, sem falarmos no realismo escandinavo.⁸⁶

Riccardo Guastini,⁸⁷ que da mesma forma que Manuel Atienza,⁸⁸ criou uma teoria cética sobre a interpretação das normas, fazendo com que muitas pessoas aqui no Brasil seguissem seus princípios ao deixar claro que a atividade de interpretação das disposições normativas tem um sentido muito amplo. Em alguns casos, admite-se a própria construção das normas jurídicas, pondo em segundo plano a atividade como mero ato cognitivista.

Sua teoria é realmente ampla no que tange ao poder do intérprete de escolha, pois sempre entende que haverá várias opções ao intérprete, o que o coloca como *Kelseniano* quanto à referida abertura trazida pelo austríaco que, defendendo a existência de uma moldura, admitia, claramente, a discricionariedade do aplicador do Direito.

Riccardo Guastini, que também se preocupou além do estudo da interpretação das normas em analisar a fundo todo o sistema normativo, defende o que se cognomina de “dupla indeterminação do Direito”, pois tanto o sistema em si é ambíguo quanto as próprias disposições normativas que o compõe.⁸⁹ Vemos essa ambiguidade quer da linguagem natural quer da linguagem técnica, o que invariavelmente propicia a discricionariedade ao intérprete.

Como dissemos de plano, por mais que busquemos fugir na maior intensidade possível da discricionariedade de quem vai interpretar os atos

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. Il realismo giuridico ridefinito. **Revus**, [S. l.], v. 19, 2013. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/2400>. Acesso em: 2 ago. 2022.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ ATIENZA, 2006.

⁸⁹ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. Quartier Latin, 2005.

normativos, quer numa visão tradicional quer por via de uma atividade argumentativa, a percepção de Riccardo Guastini é irretorquível,⁹⁰ daí a sua ampla aceitação não só aqui no Brasil como também no mundo inteiro, já que sua visão pragmática de como a interpretação opera é justamente sua maior contribuição.

Ao tratarmos de outro problema que também será enfrentado nesse trabalho, de como as Cortes Superiores têm laborado contemporaneamente no que podemos preconizar de busca pela unidade do Direito, o Desembargador e estudioso da temática em tela, Clayton Maranhão, plasmado nas lições de Riccardo Guastini, assim asseverou:

Seguindo a linha kelseniana, Guastini assevera que invariavelmente um texto legal contém mais de uma norma, portanto, a interpretação cognitiva é a que identifica os diversos significados possíveis do marco interpretativo (ou "moldura"), vale dizer, do dispositivo normativo, sem escolher nenhum deles. É por ocasião da interpretação decisória que haverá a escolha de um dos significados identificados pela interpretação cognitiva, descartando-se os demais, também denominada de interpretação decisória standard. Dela, difere a interpretação criativa, por meio da qual se atribui um significado novo ao texto, isto é, não compreendido dentro do marco normativo identificado pela interpretação cognitiva. Portanto, se de um lado a interpretação jurídica refere-se a atribuição de significado a um texto, de outro, a construção jurídica engloba uma série de operações afetas à doutrina e, no que for possível, também à jurisprudência, como por exemplo, a criação de lacunas axiológicas, a dedução de normas implícitas do sistema normativo, a construção de hierarquias axiológicas ou de princípios implícitos ou de metanormas, concretização de princípios explícitos, ponderação de princípios em rota de colisão etc.⁹¹

Dessa forma, a teoria de Ricardo Guastini é deveras interessante na atual quadra de discussão da temática, sendo ainda importante asseverarmos que a ratificação da distinção entre disposição normativa e norma jurídica é contemporaneamente um dos maiores consensos, o que, de certo modo, contribui para aqueles que defendem a naturalidade da discricionariedade que todo intérprete/aplicador tem.

⁹⁰ GUASTINI, 2013.

⁹¹ MARANHÃO, Clayton. STJ entre cognitivismo e ceticismo interpretativo: obsolescência da súmula 400 do STF. **Gralha Azul Periódico Científico da Ejud**, Curitiba, n. 11, p. 31-36, abr./maio 2022. Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/documents/13716935/65829707/2.+STJ+ENTRE+COGNITIVISMO+E+CETI+CISMO+INTERPRETATIVO.+OBSELESCÊNCIA+DA+SÚMULA+400+DO+STF.+Clayton+Maranhão.pdf/f56a8957-0127-643b-14f2-ab0ea5ffd9de?version=1.0>. Acesso em: 2 maio 2022.

6.1.2 Da apresentação perfunctória dos passos a serem operados pelos atores processuais

Dentro dos entraves da nossa delimitação inicial do modelo proposto a partir dos marcos teóricos trazidos acima, resta-nos agora a apresentação do modelo com as primeiras indicações. A discricionariedade, portanto, deve ser evitada ao máximo e a arbitrariedade nunca deve ser admitida; logo qualquer modelo, em nossa visão, deve partir necessariamente das pistas deixadas pelo legislador, respeitando sempre o princípio democrático ao mesmo tempo em que não podamos totalmente a capacidade de criação de quem vai interpretar e aplicar os atos normativos.

Portanto, o primeiro passo a ser dado para seguirmos no modelo a ser idealizado é o de resolvermos a questão fática a partir das regras probatórias ordinárias e extraordinárias existentes no ordenamento jurídico para as partes, em que o juiz tenha iniciativa probatória, inclusive com a maior liberdade possível. Logo, o acertamento quanto aos fatos é um antecedente lógico que muitas vezes é ignorado em todo tipo de processo, em especial como já frisado na jurisdição constitucional.

Destarte, não há como termos nenhuma segurança no processo argumentativo que se constituirá se o debate inicial não se fizer pela questão fática. Como na maioria dos casos existe a controvérsia, eis porque não podemos esquecer a permissão a todos os atores processuais que tenham a maior liberdade possível no desenvolvimento de suas teses para a devida reconstituição dos fatos. Tais teses sempre terão conexão com a futura argumentação jurídica. Isso é um fato inevitável e que deve sempre guiar a condução inicial de todo o procedimento defendido.

Para termos uma ideia da relevância fática em alguns casos submetidos à Justiça, com relação ao controle de constitucionalidade, temos situações em que a discussão jurídica é bem debatida ao longo do tempo. Logo, a solução pela escolha de uma tese ou outra não é a questão mais complexa, e, sim, aferirmos como os fatos realmente ocorreram ou como devemos aplicar a tese. Daí a indiscutível importância contemporânea que devemos dar aos fatos, antes mesmo de qualquer tipo de discussão jurídica.

Nesse contexto, mesmo não havendo regras taxativas que influenciem tanto o juiz quanto os demais operários do Direito, eles possuem um maior campo de

liberdade para a compreensão de como ocorreram os acontecimentos, não ao ponto de fazerem livres escolhas, mas com amplitude maior em relação ao aspecto jurídico.

Lênio Streck sempre condenou veementemente o que se convencionou chamar de “livre convencimento motivado”, expressão que até pouco tempo fazia parte de nosso Código de Processo Civil e segundo os registros históricos e do próprio doutrinador, foi retirada do CPC em 2015.⁹² Em nossa visão, essa retirada foi acertada, pois, a expressão não se coaduna com as normas fundamentais do processo civil brasileiro, em especial o efetivo contraditório e a fundamentação especificada.

Não é crível que o juiz e até mesmo os advogados possam trazer seus entendimentos sobre as questões fáticas de forma livre, desde que se justifique oportunamente. É razoável que, a partir de cada tese com o devido enfrentamento, a maior verdade possível relacionada à reconstituição dos fatos surja naturalmente. Lembramos, com destaque, que existe o dever de lealdade, daí porque não é possível inventar as coisas livremente para, em seguida, procurar as devidas justificativas.

O entrelaçamento de todos os deveres processuais e a observância fiel dos princípios que formam o que se convencionou chamar de “processo constitucional” não mais permitem que nem aquele que é parcial possa ter um tipo de comportamento livre, pois defender a todo custo as suas teses fáticas e jurídicas não subentendem o direito de descumprir as regras e princípios do devido processo legal.

Havemos de respeitar o núcleo do processo que visa atingir a prestação jurisdicional que reconhecerá o direito de uma das partes. Satisfazendo oportunamente tal direito temos, então, o resultado de uma efetiva tutela de direitos de quem alegou que estava tendo uma violação ou ameaça e, por via processual, buscou a devida solução.

Portanto, o modelo proposto parte da premissa de acertamento fático com o indissociável respeito ao efetivo contraditório já nessa acepção pois, infelizmente, na prática, temos muitos resultados de processos que não podem ser considerados

⁹² STRECK. Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a teoria da argumentação de Atienza: convergências e divergências sobre o raciocínio jurídico. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2207-2226, 2016b.

válidos, mesmo com argumentações fáticas e jurídicas no seu curso. Contudo, não respeitaram na substância a ideia contemporânea do contraditório e sua íntima ligação com todo o processo argumentativo. Assim, elencaremos, a seguir, os passos do modelo proposto.

Partimos do princípio de que para o primeiro passo a ser tomado, temos que encorpar a ideia do efetivo contraditório, que é imanente ao procedimento em si e seu desenvolvimento é feito de forma determinante em todos os passos. No centro do modelo, temos, então, a ideia de respeito ao legislador como expressão do princípio democrático⁹³ não da forma radical como outrora, em que o intérprete/aplicador necessariamente deveria extrair o que ele quis dizer com a linguagem em si, mas de um modo que esse interprete/aplicador não deixe de levar em consideração como ponto de partida e de forma objetiva o que o próprio texto sempre traz: não a norma em si que ainda não existe; mas o que e é construído ao longo de todo o processo e efetivo debate, levando em consideração as *pré-compreensões* de todos.

Nessa vertente, quanto ao segundo passo, não podemos ignorar totalmente os textos linguísticos existentes. Daí a importância das críticas de Lênio Streck para nós, pois o que será interpretado é a linguagem para construção da norma.⁹⁴ Assim sendo, não podemos dar ao referido texto uma vontade preexistente que ele não tem e se dermos, será fruto de escolha pessoal dos intérpretes.

O terceiro passo parte da ideia de que realmente os textos são a grande maioria de uma indiscutível ambiguidade ou como muito bem ponderou Riccardo Guastini, uma dupla indeterminação de todo o Direito.⁹⁵ O sistema normativo e as disposições normativas aferem se é o caso de aplicarmos regras ou princípios ou de deixarmos de lado a ideia. Indiscutivelmente, se são casos fáceis e difíceis, precisaremos saber se vamos utilizar uma operação silogística em que a partir do ponto de partida referido e das discussões por argumentos, lado a lado, temos só regras, regras e princípios, ou somente princípios, ponderando os bens e interesses

⁹³ Por mais que tenhamos vistos referenciais teóricos que admitem a escolha pelos juízes, entendemos, a princípio, que tal escolha só pode ser realmente feita naqueles casos em que o legislador por expressa opção delegou ao intérprete/aplicador do texto tal ação, sob pena de violação ínsita à democracia, e não que se diga que os juízes também são atores democráticos e realmente o são; contudo, com atribuições distintas em nosso sentir, porque a delimitação de seus afazeres encontra-se prevista constitucionalmente e esse respeito não pode ser ultrapassado. Simples assim.

⁹⁴ STRECK, 2010.

⁹⁵ GUASTINI, 2005.

protegidos em cada um deles. Ao sabermos antes tais referenciais e a par de todos os métodos de interpretação que não podemos simplesmente abandonar, o processo argumentativo peculiar será, com certeza, mais produtivo e quando for efetivamente o caso de ponderação, esta será feita com mais segurança e menos discricionariedade.

No âmbito do quarto passo, após cada parte com sua devida tese, existindo regras e princípios⁹⁶ ou somente uma das espécies normativas, é pontual aferirmos a constitucionalidade delas como antecedente lógico de cada aplicação em concreto que desejemos, pois mesmo havendo a distinção entre texto e norma, sabemos que algumas interpretações *a priori* de textos são tidas como inconstitucionais. Logo, todos os métodos específicos de interpretação da Constituição devem nessa fase ser utilizados, não olvidando da abertura na jurisdição constitucional para o diálogo institucional, como também quando se tratar de processos estruturais em que a problemática e a solução são complexas. Daí porque a abertura para a jurisdição consensual, considerada hoje pelo CPC de 2015 como prioritária, é um caminho a ser adotado já no início do próprio processo.⁹⁷

O quinto passo refere-se às peculiaridades de cada caso e sempre tendo em mira a efetiva preocupação desde o início, tanto pelas partes quanto pelo juiz com a tutela dos direitos já violados e principalmente se só houver ameaça, caso em que deve haver preocupação em se ter sempre uma tutela inibitória. A escolha do método interpretativo será feita em cooperação com as partes adversárias e com o juiz na efetiva participação e também na permissão de ser influenciado pelas teses com as devidas argumentações que serão discutidas. Assim, a norma será construída a partir do debate e não surgida de uma atividade isolada dos participantes. Daí porque é importante o contraditório, pois, deste modo, não pode ter dentro do processo argumentativo a defesa de nenhum tipo de privilégio, já que como veremos mais amiúde, a decisão surgirá realmente do debate e não de escolhas.

⁹⁶ Quando do detalhamento desses passos, vamos analisar mais amiúde as doutrinas que têm compreendido não fazer sentido a distinção em abstrato, pois somente a par dos elementos de cada caso concreto, o texto normativo independente de ser regra ou princípio, deverá participar com o primeiro passo da devida atividade discursiva, o que em tese faz todo sentido.

⁹⁷ BRASIL, 2015.

O sexto passo trata da observação fiel às prescrições do artigo 489 do CPC⁹⁸ de modo a não incidir em nenhuma das vedações ali contidas, pois entendemos que tal regramento não se dirige exclusivamente ao juiz. Pelo contrário, só faz sentido dentro das normas fundamentais estabelecidas no Códex Instrumental a efetiva cooperação de todos os atores e que seja necessariamente cumprida pelas partes, visto que a argumentação não pode prescindir desse regramento.

O sétimo passo diz respeito à preocupação necessária do início ao fim do processo, na chamada fase de conhecimento e de execução (cumprimento) do processo, hoje sincrético com a coerência e integridade de todas as decisões nele contidas. Ressalvamos que as partes, em relação às suas teses de direito material, podem em alguns casos não ser tão coerentes, em especial quando se tratar da ampla defesa. Contudo, não podemos admitir que o Juízo não se preocupa com a unidade e integridade de suas decisões. A busca pela efetiva isonomia, não só processual, é algo que a argumentação jurídica precisa transpor, não sendo razoável que Juízos e Tribunais decidam de forma diferentes situações fáticas e jurídicas rigorosamente iguais.

Com relação ao oitavo passo e na busca da devida segurança jurídica, não podem as teses argumentativas apresentar incoerências ao ponto de sem qualquer motivação plausível, insurgirem-se contra os Precedentes ou pior ainda, ignorarem a existência deles. Logo, a aferição já existe por parte dos Tribunais competentes. Os precedentes e suas técnicas de utilização, que por força dos regramentos atuais existentes no CPC de 2015⁹⁹ já vinham sendo incorporados em nossa prática, é uma realidade que precisa ser assimilada por todos os atores processuais sem exceção. Não pode ser algo que fique somente na teoria em função da polêmica gerada a partir do novo CPC e sua conexão com o modelo proposto. Assim sendo, no próximo capítulo, discutiremos essa temática em específico.

Enfim, dentro das delimitações iniciais de um modelo de argumentação jurídica que buscamos legitimar a atividade jurisdicional contemporânea via processo constitucional e, principalmente, que assegure em cada caso concreto a efetiva tutela dos direitos, tentamos construir a norma adequada sem nos descurarmos do princípio democrático. Faz-se mister que todos os operários do

⁹⁸ BRASIL, 2015.

⁹⁹ Ibid.

Direito deixem de lado muitos tabus, preocupando-se, sempre, com o enfrentamento substancial dos argumentos trazidos e os efeitos práticos, pois só assim teremos a efetiva tutela de todos os direitos, levando em consideração as particularidades de cada caso que moldarão a norma a ser construída, sem que a ciência e a própria filosofia, na acepção abstrata, continuem reinando nas teorias argumentativas.

7 DA IMPERIOSIDADE DE SE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A SEGURANÇA JURÍDICA PELOS PRECEDENTES

7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS PRECEDENTES

Conforme vimos no capítulo anterior e desde o início desse trabalho com o marco teórico crítico que trouxemos devidamente encampado de forma parcial, a ideia de discutirmos a questão dos precedentes de forma detalhada antes mesmo do modelo em si, diz respeito ao fato de que concordamos com a principal crítica de Lênio Streck à dogmática jurídica e ao modo de se decidir judicialmente em relação ao solipsismo e a manutenção do esquema sujeito-objeto em que o intérprete passa a fazer as suas escolhas sem critérios objetivos.¹⁰⁰ No caso dos Precedentes, faremos às suas críticas, na mesma linha, com algumas ressalvas, porque entendemos que o sistema, mesmo capenga, trazido pelo novo CPC, não pode ser desprezado; ao contrário, deve ser prestigiado e para nós é visto como arrimo do modelo proposto.

Afirmamos ser o sistema capenga porque na realidade os precedentes, pelo menos na forma preconizada no “*common law*”, sequer precisam de uma sistematização legal como de certo modo o novo CPC, fértil de razões, tenta fazer. Porém a ideia dos precedentes é que a partir de algumas decisões em que possamos realmente aferir a substância de dadas fundamentações, estas possam, a partir do caso concreto, guiar os casos passados e quem sabe, ter uma visão prospectiva, principal escopo do novo CPC a partir da deficiência de nossa Justiça para solucionar em massa os processos repetitivos. Logo, o mais importante é sempre a forma de decidir a partir da devida argumentação e não necessariamente o sistema em si de precedentes; nem mesmo apontar se o uso do “*common law*” e os precedentes são melhores que o “*civil law*”. Para nós, o problema reside na qualidade em si das decisões judiciais.

E se simplesmente desprezarmos, como no nosso entender Lênio Streck, de certo modo faz quando critica de modo indistinto tanto os precedentes quanto às súmulas vinculantes e institutos congêneres¹⁰¹ sem fazer a devida distinção em relação à sua crítica de que o Judiciário passará a criar direito de modo abstrato e

¹⁰⁰ STRECK, 2010.

¹⁰¹ STRECK, 2016a.

generalizante para casos futuros, de modo totalmente distinto do próprio “*stare decisis*” norte-americano, antes mesmo da vinda do novo CPC¹⁰² e a partir dele se coloca radicalmente contra a possibilidade de que, mesmo se racionalizando o sistema, possam as Cortes Superiores decidirem, criando Precedentes a serem aplicados pelas instâncias inferiores.

A partir desse raciocínio, deixamos de compactuar com sua teoria, pois entendemos que não é só a questão da segurança jurídica que teremos com o uso racional idealizado pelo Legislador, mas também um modo de argumentar objetivo, buscando a própria isonomia de resultado, já que não temos como razoável dois casos rigorosamente iguais, fática e juridicamente, que sejam decididos de forma distintas. Não há como desprezarmos o que o legislador quis resolver com a tentativa de sistematização para melhorar a qualidade das nossas decisões judiciais no país.

O primeiro raciocínio a ser desenvolvido (para não sair da coerência que se exige de um trabalho acadêmico) é respeitarmos o princípio democrático. Logo, as mudanças operadas pelo novo CPC na matéria não podem ser ignoradas não só pelos relevantes propósitos, mas principalmente porque mesmo que possamos acolher parte das considerações de quem critica a maneira de aplicação dos Precedentes, não podemos defender a sua inconstitucionalidade total e

¹⁰² Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”. Cf.: BRASIL, 2015, não paginado.

principalmente a patente possibilidade de que possamos aproveitar a sistemática pela argumentação particularizada, para que possamos dar a devida acomodação de sua aplicação a casos futuros.

Seguindo a vertente acima, dizemos que a inconstitucionalidade total surge porque alguns já defendem essa via, mesmo que de forma minoritária. Isso, para nós, é sem plausibilidade, pois o que questionamos é a possível quebra da independência judicial e a separação de poderes. Não obstante, nem uma nem outra restam atingidas com as mudanças operadas no novo CPC para devida otimização e racionalidade das decisões judiciais produzidas pelos Tribunais. Eis que, infelizmente, não há uma cultura em nosso Judiciário de respeito aos seus precedentes e isso, de modo geral, sem a qualquer menção aos regramentos dos artigos 926 e 927 do novo CPC que carrega toda a estruturação ali contida.¹⁰³

O professor Lênio Streck, ao qual sempre vamos agradecer pela coragem de seus enfrentamentos acadêmicos com os corretos constrangimentos epistemológicos que tem buscado fazer, sempre destacando que não é pessoal, antes mesmo da sistematização mencionada, já fazia suas críticas às súmulas vinculantes, mostrando sua preocupação de que a partir do Judiciário,¹⁰⁴ não tivéssemos, além do arraigado uso da filosofia da consciência, a criação do Direito em si com caráter abstrato e generalizante via súmulas e agora precedentes, contudo, a situação, nosso sentir, é diferente, pois sempre teremos – em especial nos precedentes, que deve ser diferido das súmulas, em especial as vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF), e a relação não os torna iguais por óbvio – a ligação direta com o caso concreto, daí não há o que falar em inconstitucionalidade, e ele próprio já passa a defender que se faça uma interpretação conforme.¹⁰⁵

¹⁰³ Outros artigos do próprio novo CPC e alguns deles comentaremos de forma mais amíúde a seguir, dão esteio à sistematização legal dos precedentes: Artigo 8º que fala da aplicação pelo juiz do ordenamento jurídico, o que abarca todos os precedentes, tanto os obrigatórios quanto persuasivos; Tutela de evidência do artigo 311 inciso II mencionando expressamente a questão dos precedentes; a própria improcedência liminar do pedido, artigo 332, que fala da jurisprudência dos Tribunais, de forma até mais ampla; os Poderes do Relator, que também não são novidades, mas lastreia a ideia de uma tentativa de sistematização(art. 932); os próprios incidentes, tanto o de assunção de competência quanto o de resolução de demandas repetitivas que tem relação direta com os precedentes (artigos 976-987) e as reclamações (artigos 988-993). Cf.: BRASIL, 2015.

¹⁰⁴ STRECK, 2010.

¹⁰⁵ Lênio Streck e vários seguidores sempre se preocuparam e continuaram essa linha de que a partir dos precedentes, os julgadores de um modo geral, possam querer por subsunção sair aplicando as súmulas e os precedentes sem qualquer tipo de interpretação, o que nessa parte nós o seguimos. Contudo, uma coisa é a deturpação em si do sistema e outra totalmente diferente é que ele seja inconstitucional e não possa ser interpretado/aplicado via contraditório e fundamentação especificada com argumentação em concreto, que é justamente o que defendemos para efetiva

Vamos rebater os argumentos de quem defende a inconstitucionalidade. Primeiro, seguindo a própria linha *streckiana*, não há o que falarmos em independência de cada magistrado nesse país para decidir conforme sua consciência e possíveis entendimentos pessoais, inclusive contra os Precedentes e Súmulas Vinculantes, já que em nosso ordenamento sempre tivemos a ideia de que os Tribunais Superiores, por expressa determinação legal, exercem uma função de integração do Direito, estabelecendo as diretrizes da Constituição, da lei federal e das especialidades da própria Justiça, não sendo crível que mesmo com a definição de tese jurídica por quem de Direito segundo a Carta Magna,¹⁰⁶ haja uma espécie de insurgência para a não aplicação por entendimento pessoal.

Dizemos isso com a certeza de que tanto os Precedentes quanto às Súmulas vinculantes são interpretáveis no sentido amplo do termo como as próprias leis, pois é cediço que pela linguagem expressada e a devida diferenciação entre texto normativo e norma, quase um consenso contemporaneamente até mesmo entre os filósofos, hermeneutas e adeptos da argumentação. Assim, os juízes poderão utilizar das teorias que encampem nessa área e fazer uso das técnicas próprias dos Precedentes com a devida interpretação/aplicação. Logo, não haverá a automaticidade que Lênio Streck se preocupa.¹⁰⁷ Pelo contrário, quando bem compreendido o sistema, teremos racionalidade para o devido manejo e o modelo que estamos a propor, levando em consideração a necessidade de buscar a segurança jurídica e a igualdade de se ter como antecedente lógico a procura por possíveis precedentes após fazer a análise esmiuçada que comentaremos a seguir.

Quanto à violação ao princípio da separação dos poderes, também não há nenhuma plausibilidade. Primeiro, porque a organização legal proposta é para o próprio Judiciário, que tem o dever de decidir todos os casos que lhe são

melhoria da qualidade das decisões judiciais, fato que hoje realmente, independente dos precedentes, não temos como regra geral em nosso país, ao ponto de vermos, até mesmo no STF, decisões não dialogadas e sem enfrentamento interno e externo de todas as teses, o que é lamentável em todos os sentidos, e com o movimento pelos precedentes, infelizmente, já percebemos também a partir do STF, o próprio descumprimento de seus cânones, o que é inadmissível, já que a possível superação parte de pressupostos totalmente distintos do que ocorre em nossa Suprema Corte. Logo, nessa parte não há como não nos preocuparmos e encamparmos as críticas do professor. Cf.: STRECK, 2010.

¹⁰⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁰⁷ STRECK. Lênio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 set. 2016c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 2 set. 2022.

apresentados e deve fazê-lo primando pela maior racionalidade possível. Daí, em regra, os Precedentes surgirão a partir de casos concretos sem qualquer tentativa de criar normas gerais e abstratas ao utilizarem-se da própria indução, debatendo as teses para construção do resultado final que realmente procurará guiar novas atuações restritas à sua estrutura, o que garante a inviolabilidade da função típica de cada Poder.

Dessa forma, não há razão para o receio, pelo menos em abstrato quanto à sistematização trazida pelo novo CPC. O problema reside, como de modo geral para as outras decisões do Poder Judiciário, em relação à forma de construção dos seus atos. Daí a defesa intransigente do princípio democrático e tudo que vem sedimentando, pois realmente não podemos ter precedentes e súmulas vinculantes surgidas do nada, ou seja, sem qualquer relação com a própria atuação da Justiça nos casos concretos que lhe são submetidos no dia a dia.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Fredie Didier Júnior, um dos idealizadores desse novo CPC, com muita propriedade em seus livros, textos, palestras e aulas por todo o Brasil vem assim enunciando: “À doutrina cabe a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos” das decisões. Em suma: “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”. A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país; mas não é razoável supor que o órgão julgador simplesmente ignore a produção da ciência jurídica. Sem o manancial teórico fornecido pela ciência jurídica, a interpretação justa do Direito torna-se, rigorosamente, impossível. A principal utilidade da ciência jurídica é exatamente possibilitar o uso coerente dos inúmeros conceitos jurídicos. O **dever de integridade** relaciona-se com a ideia de unidade do Direito. Embora o termo “integridade” esteja muito relacionado a Ronald Dworkin, este ensaio não interpretará o enunciado normativo do art. 926 do CPC brasileiro **exclusivamente** com base no seu pensamento. As ideias de Dworkin são importantíssimas para a compreensão do assunto, mas não são a única fonte para a concretização do dever de integridade no Direito brasileiro. Essa opção decorre da premissa teórica do professor estadunidense, segundo a qual somente há uma resposta correta para um problema jurídico. Neste ponto, essa prestigiada teoria da interpretação do Direito não é a seguida neste ensaio. A interpretação é, essencialmente, uma atividade de recriação e, também, de escolha de significado, “ainda que lógica e argumentativamente guiada”. A teoria da “única resposta certa” não resolve, por exemplo, o problema da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, textos normativos *genuinamente ambíguos*. A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir. Eis algumas delas. a) Decidir em conformidade com o Direito, observada toda a sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.); não se admite, por exemplo, decisão com base em “Direito alternativo”. Nesse aspecto, o dever de integridade impede o *voluntarismo judicial* e argumentações arbitrárias. “Um caso judicial só se pode resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, e não por uma só de suas partes, tal como o peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um o ponto em que toma contacto.” b) Decidir em respeito à Constituição Federal, como fundamento normativo de todas as demais normas jurídicas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do **postulado da hierarquia**, “do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição”. c) Compreender o Direito como um **sistema** de normas, e não um amontoado de normas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do **postulado da unidade do ordenamento jurídico**, “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade”. E, conseqüentemente, reconhecer a existência de microsistemas normativos para,

Portanto, mesmo entendendo o porquê das críticas de Lênio Streck nesse tocante¹⁰⁹ e apesar de compreendermos a sua preocupação a partir do que culturalmente os julgadores ainda praticam em suas decisões, ousamos, nessa parte dos precedentes, pela estruturação trazida pelo novo CPC que vamos delinear com mais vagar a partir das lições de Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, que em nosso sentir, conseguem reproduzir o ideário entre o que se espera do juiz brasileiro a partir da experiência advinda do sistema *common law*, que hoje podemos dizer que se encontra entrelaçado com o *civil law*, principalmente com a certeza de que argumentando sempre com as particularidades, os precedentes vão fortalecer a jurisdição contemporânea e não deslegitimá-la em sua essência.¹¹⁰

quando for o caso, decidir conforme as regras desse mesmo microssistema. d) Observar as relações íntimas e necessárias entre o Direito processual e o Direito material. Cf.: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

¹⁰⁹ STRECK, 2016c.

¹¹⁰ “Imaginou-se, na tradição de *civil law*, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*, tendo sido utilizada no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões e, no último, para fundamentar o *stare decisis*... Isso significa, portanto, que nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei naturalmente aceitou-se que a segurança jurídica e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, exatamente nos precedentes ou, mais precisamente no *stare decisis*. A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juizes, enquanto que, no *common law*, por se ter tido a consciência de que os juizes interpretam a lei, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver. Não há dúvida que o papel do atual juiz da tradição de *civil law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz estadunidense. Já se disse que o *civil law* passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. O juiz da nossa tradição não tem mais a mera função de declarar a vontade da lei, cabendo-lhe conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa Continental não resistiram à necessidade do controle de constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo... Os teóricos do *common law* reconhecem, quando olham para o *civil law*, que nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos, não há sequer como admitir a distinção entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam direito). Alega-se que, nesses casos, a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial do direito – próprias ao *common law*... Na verdade, não há unanimidade no *common law* acerca da natureza da jurisdição, se criadora de direitos ou não. Lembre-se que a questão de se os juizes criam direito foi um dos focos principais do célebre debate entre Hebert Hart – que sustenta em parte o papel criativo da jurisdição – e Ronald

8 O MODELO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARTICULARIZADA E OS SEUS DESAFIOS

A par de tudo que vimos até o momento, e as dificuldades naturais para elaboração de uma teoria da argumentação jurídica que possa ao mesmo tempo garantir a maior realização possível do princípio democrático sem deixar de lado as particularidades de cada caso concreto, ousamos apresentar um modelo que mesmo não sendo completo e irrefutável em suas bases e desafios, poderá objetivamente proporcionar, na prática, a efetiva mudança de postura dos atores processuais, e auxiliar para concretização dos escopos contemporâneos da atividade jurisdicional, o que faremos nesse capítulo em vários tópicos para facilitação didática.

8.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo todos os estudiosos pesquisados que abordam a argumentação jurídica, a partir de 1950 iniciaram, de modo mais intenso, as críticas ao método sistemático de aplicação lógico racional por dedução dos textos normativos, ou seja, começaram a colocar “em xeque” o silogismo do positivismo científico em busca da verdade real pela ciência do Direito, ou melhor, sendo mais preciso, pela prática do Direito já nas lições kelsenianas.

Dworkin – que o nega. Enquanto aquela afirma, sem titubear, que o juiz cria direito na falta de regra que permita a solução ao caso, esse, ao tratar dos “*hard cases*” no conhecido *Taking Rights Seriously*, argumenta que, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa” e o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente [...]”. Pois bem, é exatamente essa aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law* que aponta para a necessidade de o sistema de *civil law* conter a possibilidade de arbítrio judicial e dar segurança jurídica aos seus jurisdicionados. O incremento do poder judicial exige, em nosso sistema, realce à autoridade dos precedentes judiciais das Cortes Supremas – do STF em matéria infraconstitucional federal. Pense-se, apenas a título de exemplo, no poder judicial de suprir a falta de técnica processual e de identificar o meio executivo necessário à tutela do direito. Os precedentes constitucionais, vistos como os precedentes do STF, não podem deixar de ter força obrigatória perante os demais juízes e tribunais, pouco importando o local em que brotem, seja em controle abstrato ou em sede de controle difuso. O mesmo se pode dizer em relação ao STJ, cuja missão constitucional é definir a interpretação da lei federal. É completamente irracional o sistema que possui Cortes Supremas para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários. Isto não é apenas irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica, a liberdade e igualdade perante as decisões judiciais.” Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARRENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023. v. 1. p. 154-157.

Por mais que tenhamos críticas a tópica introduzida por Viehweg e os seus registos históricos, como muito bem reproduziu Bustamante Rosa em artigo específico sobre referido autor nos idos dos anos 2000, a sua teoria crítica o então modelo clássico de inspiração positivista, revolucionando a teoria da decisão judicial, dando início a diversas outras teorias de argumentação jurídica, não sendo diferente para o modelo a ser proposto, que claramente prioriza, como já mencionado, o aspecto pragmático.¹¹¹

Dessa forma, Viehweg claramente auxilia o processo de formação das teorias de argumentação jurídica a partir de dois pilares irrefutáveis até hoje. Primeiro, por mais que se desenvolvam teorias, métodos argumentativos e hermenêuticos com modelos ousados e que busquem revolucionar a atividade, a

¹¹¹ “Sem dúvida, a tópica possui o mérito de revelar a estrutura comunicativa do saber jurídico, contribuindo em muito para a democratização do exercício da jurisdição e abrindo caminho para um amplo desenvolvimento ulterior de teorias sobre o emprego e o controle de argumentos jurídicos. Com efeito, ‘decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa’. De outro lado, a decisão jurídica provém de um discurso *racional*, haja vista que, na aplicação do direito, está sempre presente uma necessidade de fundamentação ou justificação (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 322). Ao substituir a lógica formal por um processo discursivo de construção de convencimento (e de motivação de uma decisão por parte do juiz), Viehweg reduz o enfoque dado aos aspectos sintáticos (que abarca a conexão de signos com outros signos) e semântico (que trata da ‘conexão de signos com objetos, cuja designação é assertada’), passando a enfatizar a **dimensão pragmática da linguagem** (VIEHWEG, 1979, p. 103; SOUZA NETO, 2002, p. 153), que diz respeito à relação entre os signos e aqueles que os utilizam (ou com a conexão situacional). Esse enfoque pragmático implica uma *atitude retórica* por parte do jurista, que se afasta da anteriormente dominante ‘atitude **espiritual** anti-retórica’, a qual prefere uma concepção sintático-semântica da linguagem, utilizando-a prioritariamente como instrumento descritivo. Essa **atitude retórica** consubstancia um ‘saber situacional que visa a orientar a ação’ (SOUZA NETO, 2002, p. 154). A partir dos *topoi*, ainda que não se possa demonstrar apoditicamente a veracidade de uma tese qualquer, pelo menos é possível alcançar afirmações plausíveis, susceptíveis de serem resgatadas discursivamente. Esse processo, ao contrário do que um crítico positivista poderia imaginar, não é completamente livre, mas informado por *deveres comunicativos*: ‘quem se envolve em uma situação discursiva assume deveres, o que é bastante compreensível para o jurista prático’. Tais deveres (de afirmação, defesa, fundamentação, esclarecimento, repartição do ônus da prova etc.) podem garantir suficientemente afirmações confiáveis, tornando cada vez maior o grau de justificação racional da conclusão obtida a partir da análise tópica. Em uma palavra: a tópica recupera a perspectiva argumentativa, estabelecendo determinadas condições para o exercício da razão prática. O recente desenvolvimento dos estudos sobre a argumentação jurídica (levado a cabo por nomes como Alexy, Aarnio, MacCormick, Peczenik, Atienza e tantos outros) teve como estopim a tópica de Viehweg, que, junto com a Nova Retórica de Perelman, trouxe o conceito de racionalidade comunicativa para o direito. O seguinte comentário de Karl Larenz (1997, p. 211-212) faz justiça ao pensamento tópico-jurídico: A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática.” Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004. p. 161.

crença de que qualquer um deles possa verdadeiramente alcançar a verdade é ilusório,¹¹² sendo razoável que nos contentemos com a verossimilhança e

¹¹² O professor e pesquisador potiguar, que coordenou nosso DINTER pela UERN com a UFPR, Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior em companhia de Aline Virgínia Medeiros Nelson com muita propriedade, assim se pronunciaram sobre a busca da verdade pelo método cartesiano, destacando a importância da linguagem e o próprio surgimento da necessidade após da argumentação: “O homem, então, a partir de certo grau de desenvolvimento intelectual começou a atribuir símbolos ao mundo natural, procurando conhecê-lo, desvendá-lo, surgindo o mundo cultural. Nesta interação entre ‘o quê é’ e ‘como o homem interpreta’, nasceu a concepção de verdade, cujo conceito é volante, sofrendo alterações de acordo com a cultura e o grau de conhecimento detido pelo homem, já que estes elementos interferem diretamente em seu trabalho exegético. Deste processo evolucionista, a busca da verdade tornou-se elemento intrínseco a sociedade. De modo a exemplificar, citamos o homem nos primórdios da civilização diante de um fato natural como a chuva, que buscava conhecer o fenômeno e perante sua limitação de conhecimento científico, interpretava-a como obra divina e essa era a concepção tida por verdade naquela sociedade. Com a gradual conquista do saber, percebeu-se que a chuva decorria de fenômenos químicos e biológicos, o que alterou a interpretação do homem sobre o fato e, conseqüentemente (*sic*), sua concepção de verdade sobre ele. Adequando essas ideias (*sic*) à ciência do Direito, Maria Cristina Cereser Pezzela (2005: 205) defende que a verdade surge partindo-se duas premissas, quais sejam: por um lado, na medida em que a coisa apresenta-se como verdadeira; e, por outro, no registro da linguagem como enunciação adequada à coisa. Tratamos aqui da verdade empírica do homem comum em seu cotidiano, o que significa dizermos que esta verdade não é buscada, mas vivenciada cotidianamente. A partir dessas duas premissas, entendemos que para procurarmos a verdade devemos supor que ela não está na experiência comum. Entretanto, para que essa suposição possa ser feita, é necessário que no seio dessa experiência algo se insinue como mentira ou dissimulação. (CARVALHO NETO, 1998: 243). É o caso, por exemplo, da busca da verdade cartesiana pela corrente juspositivista – explicada mais adiante – a qual foi aceita pela grande maioria dos cientistas jurídicos até meados do século XX, quando verificamos que este tipo de interpretação normativa podia dar azo a justificativa de crimes contra a humanidade. Aliás, o Direito enfrenta um desafio maior na busca da verdade, já que além de interpretar fatos, é necessário também interpretar as leis que formam o ordenamento jurídico. Ora, o Direito é um sistema extremamente complexo em que o uso da linguagem é fundamental. Nesse sentido Friedrich Wilhelm -mais conhecido como Barão de Von Humboldt -ofereceu grande contribuição. Explicando o pensamento desse autor, Arthur Kaufmann (2004:163), aponta que Humboldt distinguiu a linguagem como *ergone* como *energeia*, em que o primeiro significa ser produzida pelos homens e a segunda visão como modo de expressão de descoberta e de transmissão da realidade. Já aqui percebemos a dificuldade que o julgador jurídico encontra em descobrir a verdade objetiva – e doravante decidir de forma justa – afinal, a linguagem no Direito realiza-se através de transmissão de realidade subjetiva. O que significa dizermos que em um litígio, o conflito de interesses é apresentado ao julgador através da descrição de fatos advindas da concepção individual de cada parte. Ora, o passado não pode ser novamente vivenciado. Daí a importância do seu resgate, que deve ocorrer através das provas idôneas, presentes nos autos processuais. Neste tocante, Richard Posner (2007:272) expõe que às vezes é possível uma previsão bem sucedida do passado, citando como exemplo o caso do assassino confesso que indica o local do corpo, sendo este de fato encontrado pela autoridade policial. Entretanto, na maioria dos litígios, o que ocorre é uma pós-visão limitada da verdade, em gradação crescente ao grau de complexidade de cada caso. Significando dizer que quanto maior a incerteza dos fatos, maior será a probabilidade de cometimento de injustiças pelos órgãos julgadores. Para alcançarmos a verdade, e, por conseguinte a justiça, o intérprete deve tomar uma decisão consistente ao direito vigente para ser capaz de enxergar a questão de todos os ângulos possíveis, até no lugar de cada um dos envolvidos e assim proceder racional ou fundamentadamente, à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta. (CARVALHO NETO, 1998: 243). Do problema sobre a interpretação dos fatos, passar-se-á a expor, de forma sucinta, outra grande dificuldade do aplicador do direito para o alcance da justiça que é a interpretação das normas. Cristina Queiroz (2000:254) explica que, com o neoconstitucionalismo, a experiência jurídica transcendeu como uma sucessão contínua de significados linguísticos (*sic*) em processo de mutação. Passou a ser papel da hermenêutica ensinar ao intérprete que as diretivas de ação e as

enfaticemos a qualidade argumentativa em si, que é o que faremos no modelo proposto, dando prioridade tanto às questões fáticas num primeiro momento deixadas de lado por algumas teorias, quanto à questão jurídica em si, cuja discussão real das teses propiciará a construção da norma do caso concreto.

Segundo, e talvez mais intrigante contemporaneamente, a incessante busca pela racionalidade objetiva pode trazer consequências nefastas. Logo, por mais que tenhamos preocupação com esse valor, o jusfilósofo fez-nos refletir sobre os exageros desse método, pois não podia o intérprete/aplicador ter toda liberdade para definição da norma, em especial de modo isolado e muito menos buscando encontrar essências inatingíveis.

Portanto, a partir desses dois referenciais já temos um caminho a seguir por qualquer modelo que queira auxiliar o processo de formação, desenvolvimento e fechamento das normas do caso concreto. Para nós, o maior desafio é encontrarmos o equilíbrio para que o intérprete/aplicador nunca olvide a busca pela maior aproximação possível de como os fatos ocorreram e a partir dessa premissa imprescindível possa construir a norma a partir não só das próprias peculiaridades do caso concreto, mas também dos valores democráticos estabelecidos no texto normativo.

Qualquer modelo, em nosso entender, não pode prestigiar somente o aspecto valorativo em si dos textos normativos nem priorizar ao máximo a questão das particularidades. O ideal é o equilíbrio entre esses horizontes, inclusive com a certeza de que a **pré-compreensão**¹¹³ dos atores processuais far-se-á presente como uma realidade inexorável. Daí a prevalência que daremos ao aspecto procedimental em si, sem olvidarmos a busca incessante pela tutela dos direitos de quem afirma que está tendo os mesmos violados ou ameaçados sob o crivo da tentativa da correção racional pelo discurso.

proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser cabalmente compreendidas quando aplicadas a situações concretas.” Cf.: NELSON, Aline Virgínia Medeiros; BRAGA JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes. Verdade, linguagem, retórica e o papel da hermenêutica na sociedade pós-moderna. **Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 4, n. 2, p. 1-18, 2011. O modelo proposto se dispõe justamente a prestigiar as peculiaridades de cada caso concreto que darão o devido contorno à norma em construção, resultando ao final em um produto que leve em consideração tal aspecto e o valor democrático albergado no texto normativo.

¹¹³ O que também não podemos fazer é valorizar demais as pré-compreensões ao ponto de decidirmos sempre antes e buscarmos de todo modo a justificação externa após via argumentação, pois nessa primeira fase, como veremos no decorrer do modelo conhecida como *descoberta*, o controle da atividade não é possível.

E como destaca Thomas Bustamante, ao afirmar que a razão comunicativa é o alicerce do processo argumentativo, não há como concebemos que a construção da norma via jurisdição não se dê por intermédio do constante diálogo, e que por mais que existam teses contrárias, deve haver uma efetiva comunicação entre elas, pois só assim o resultado final, de fato, não esquecerá nenhum elemento.¹¹⁴

O modelo argumentativo proposto tem como supedâneo três referenciais indissociáveis, quais sejam: primeiro, os interpretes/aplicadores do Direito, que necessariamente não podem ignorar a linguagem expressa no texto normativo, pois esta representa o valor democrático que precisa da conformação no caso concreto; segundo, todo o processo argumentativo, pois deve se basear em um efetivo contraditório com uma fundamentação especificada como muito bem obriga o novo CPC; e terceiro, considerar as peculiaridades de cada caso concreto, pois moldarão a decisão que sempre deve tutelar o direito violado ou ameaçado.

Para tanto, além dos passos que os atores processuais devem seguir e nós de modo superficial já delimitamos, vamos também trabalhar a linha de que a objetividade a ser perseguida será assegurada por esses referenciais de modo que o operário do Direito nunca se utilize de seus valores pessoais para construção da decisão ao ressaltarem as suas pré-compreensões e prejuízos sobre dada matéria, até mesmo por questões biológicas. Contudo, afora esse peculiar fato, o modelo que encampamos e as críticas streckianas absorvem a ideia de que o resultado não pode ser adiantado, ou seja, não existe uma operação de revelação de nada e sim um processo de construção da norma do caso concreto a partir das premissas citadas.

8.2 DA INDISPENSÁVEL TAREFA DE PERSEGUIR A MAIOR RACIONALIDADE POSSÍVEL COM O INCREMENTO DO USO DA LINGUAGEM

A racionalidade a ser assegurada a partir da atividade discursiva, perseguindo a objetividade, é bem ponderada a partir das reflexões de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, que muito bem abordaram sobre a questão da leitura moral da Constituição e de modo convergente a sua irrelevância ao referirem-se à

¹¹⁴ BUSTAMANTE, 2004.

“objetividade moral”.¹¹⁵ Mesmo partindo de pressupostos distintos, concluíram que não devem os juízes trazerem suas posições pessoais para os julgamentos:

Os juízes não devem interpretar a Constituição com base em suas próprias convicções. Eles não devem ler as cláusulas morais abstratas como expressando qualquer julgamento moral particular, não importa quanto esse julgamento os atraia, a não ser que eles o achem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional passada feita por outros juízes. Eles devem se considerar como parceiros de outros oficiais, passados e futuros, que juntos elaboram uma moralidade constitucional coerente, e eles devem se assegurar de que a sua contribuição se encaixe com o resto.¹¹⁶

A certeza de que as convicções pessoais dos julgadores não podem fazer parte das decisões emitidas pelo Judiciário é um dos desafios que a própria tese da Integridade de Ronald Dworkin procura desvencilhar, pois ao entendermos que os juízes podem e na realidade devem argumentar por princípios, estes não podem significar escolhas pessoais e sim decisões que se manifestem como se fossem um romance em cadeia.¹¹⁷ Ao escrever um capítulo, dado caso concreto, não podemos desconsiderar o passado para resolvermos o presente, daí a importância de sempre contextualizarmos e principalmente buscarmos a devida coerência e integridade.

Entretanto, a dificuldade dessa teoria constitui-se, na prática, no fato de existir uma confusão entre argumentos de princípios com argumentos morais e políticos, de modo que os juízes acabam imiscuindo-se em escolhas que deveriam ser do povo e de seus representantes. Ao partirmos do princípio que nunca os próprios juízes fazem opções entre desacordos morais, concordamos com Jeremy Waldron quando critica com razão que, independentemente de haver ou não escolha pessoal do juiz, a ilegitimidade é patente e, por consequência, a decisão é questionável porque não foi construída e sim obtida “*a priori*”. Vejamos:

Alguns acham que mesmo que os juízes estejam fazendo as decisões morais tão razoáveis e tão previsíveis quanto eles podem, ainda assim, suas decisões seriam ilegítimas politicamente. Cabe ao povo ou aos legisladores eleitos fazer esse tipo de decisão; não cabe aos juízes tomar a determinação de princípio social e valor social em suas próprias mãos. Nesse sentido democrático, ‘arbitrário’ significa algo como ‘sem autoridade ou legitimidade’... As pessoas discordam sobre a publicação de pesquisas de opinião, sobre liberdade de expressão em shoppings, sobre a influência

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law: the moral reading of the american constitution**. New York: Oxford University Press, 1996; WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University, 1999.

¹¹⁶ DWORKIN, 1996, p. 10, tradução nossa.

¹¹⁷ Ibid.

de grupos de interesses especiais e comitês de ação política [...] sobre discurso de ódio, representação étnica. [...] Em alguns países, decisões efetivas sobre a estrutura constitucional podem ser tomadas pelas estruturas parlamentares, e, é claro, os parlamentares discordam entre eles sobre o que é desejável. [...] Em outros países, essas decisões são tomadas pelo voto popular, em referendos, e acontece, previsivelmente, que as pessoas discordam entre si também. Até mesmo em países como os Estados Unidos, onde a cultura política confia essas questões amplamente às Cortes, os juízes raramente são unânimes. De fato, os juízes discordam tanto quanto qualquer um – e discordam razoavelmente e de boa-fé – sobre a natureza de sua posição de guardião dos valores constitucionais e sobre os compromettimentos de princípio que essa ‘posição’ supostamente deve incorporar.¹¹⁸

Portanto, parece-nos que por mais que tentemos e priorizemos a visão pragmática junto aos atuais paradigmas quer do realismo jurídico quer do chamado neoconstitucionalismo ou qualquer outra teoria contemporânea, não há como aceitarmos que os interpretes/aplicadores tragam “*a priori*” suas escolhas pessoais, o que não exclui a argumentação defendida que diz que os atores processuais têm suas **pré-compreensões** e estas são objetos do devido debate junto com as demais questões afeitas à causa em específico, com cada tese devidamente posta e contraposta, de modo que dialeticamente possa enfrentar sem prejulgamentos¹¹⁹ todas as questões, e o julgador por excelência possa ser influenciado por todo o conjunto, e, assim, a par da robustez das argumentações, possa construir a norma de cada caso concreto.

Ainda sobre a questão da moralidade e dentro de uma discussão contemporânea muito bem colocada no contexto da argumentação jurídica por Thomas Bustamante sobre o positivismo descritivo e normativo desde Bentham até o radicalismo em Kelsen, acreditamos em uma visão em que o positivismo abarque a questão da interpretação dos textos normativos, como muito bem faz Jeremy Waldron, por exemplo. O referido autor cita Hart ao descrever sua teoria como objetiva quando, na realidade, a própria descrição já identifica a sua tomada de posição moral,¹²⁰ o que justifica a dificuldade de até mesmo de qualquer filósofo tomar uma posição, como alguns tentaram e não conseguiram:

¹¹⁸ WALDRON, 1999, p. 168, 279, 280.

¹¹⁹ Não podemos confundir nunca a **pré-compreensão** que como visto é impossível de não haver pela própria qualidade de ser humano, com a questão do **pré-julgamento**, esse vedado e inclusive passível de controle.

¹²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A breve história do positivismo descritivo. o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7204>. Acesso em: 2 mar. 2023.

Nesse sentido, apesar de Hart ter acreditado que sua teoria fosse puramente conceitual, ele não conseguiu livrar sua investigação de argumentos de moralidade política. Há vários exemplos que ilustram esse ponto. Primeiramente, como já se viu, a própria noção de “ponto de vista interno” exige que o teórico do direito ponha a si próprio na perspectiva do aplicador do direito (a perspectiva interna) se ele quiser ter acesso ao contexto em que os conceitos jurídicos são empregados. Em segundo lugar, o argumento central de Hart na defesa de sua tese de que o direito não deve ser formado apenas por regras primárias (de conduta), mas também por ‘regras secundárias’ que se ocupam das próprias regras primárias, está fundado em uma *reductio ad absurdum*, que expõe claramente as deficiências de uma organização política que use apenas o primeiro tipo de regras. Uma sociedade imaginária em que houvesse apenas regras primárias de obrigação sofreria dos problemas da ‘incerteza’, pois não haveria um procedimento para solucionar dúvidas sobre a validade de uma regra; de seu ‘caráter estático’, pois não haveria meios, em tal sociedade, para adaptar essas regras a novas circunstâncias, modificando-as ou introduzindo novas regras; e da ‘ineficiência’, já que não haveria um processo para manter a pressão social difusa por meio das quais as regras são aplicadas e mantidas. É precisamente por causa disso que se precisa de regras secundárias para prover um antídoto para esses três sérios problemas para qualquer sociedade. Sem embargo, como Dworkin aponta corretamente, essa construção está longe de ser neutra ou puramente conceitual, como quer Hart. Se Dworkin estiver certo neste ponto, então a defesa de Hart da neutralidade da teoria jurídica é inconsistente com a sua própria teoria, pois a escolha de sua posição teórica é determinada por considerações políticas e morais.¹²¹

Dessa forma, ao citarmos Ronald Dworkin que claramente em sua teoria da integridade assume o posicionamento de rechaçar por parte do julgador qualquer tipo de possibilidade de escolha pessoal,¹²² o melhor caminho, na contemporaneidade, é a releitura do positivismo sem a pureza metodológica que lhe foi imposta, ou seja, a partir de uma conexão com uma teoria argumentativa que não despreze as escolhas legislativas e, sim, as priorize de forma a fazer valer não só os textos constitucionais, mas todos os textos legais possíveis e que devam ser materializados em cada caso concreto, daí porque o positivismo normativo é a redenção do positivismo como bem ponderou Bustamante, citando inclusive MacCormick.¹²³

¹²¹ BUSTAMANTE, 2015, p. 320-321.

¹²² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹²³ “O positivismo normativo, como se percebe claramente, torna o positivismo jurídico uma teoria muito mais interessante do que a sua alternativa ‘descritiva’ ou puramente ‘conceitual’, que, em busca da objetividade científica e de um rigor metodológico absoluto, pagava o alto preço de se tornar uma teoria irrelevante e distanciada da prática jurídica. Uma teoria, segundo Dworkin, ‘desinteressante’, pois separada da argumentação jurídica e dos contextos de aplicação do direito. O positivismo normativo, assim como o não positivismo de autores como Dworkin, Alexy e o último MacCormick, não aceita claramente a dicotomia entre ‘teoria do direito’ e ‘teoria da decisão jurídica’, pois ele entende que faz parte da teoria do direito explicar como a argumentação jurídica é realizada e deve se realizar. Ele passa a ser uma teoria tão interessante quanto essas teorias

Interessante, ainda, é descortinarmos a ideia de que a linguagem do Direito é própria e que por isso o institucionalismo¹²⁴ não poderia ser aproveitado, em

não positivistas que procura estabelecer uma conexão entre a teoria do direito e a teoria da argumentação jurídica. Ele passa a influir, portanto, no raciocínio jurídico e a ser, ele próprio, uma postura interpretativa diante do direito. Ele se transforma, também, em uma teoria interpretativa do direito. Isso implica, porém, o ocaso do positivismo descritivo. Esta teoria, que tinha a pretensão essencialista de revelar ‘verdades filosóficas’ sobre o direito ou realizando uma ‘ciência’ rigorosa e dotada de um *status* superior sobre as demais formas de conhecimento jurídico, é substituída por uma versão de positivismo que é tão hermenêutica e engajada moralmente quanto as teorias não positivistas como o modelo de Direito como Integridade, de Dworkin, e as teorias pragmatistas norte-americanas. Desde a denominada ‘virada linguística’ e da ascensão do ponto de vista hermenêutico na filosofia do direito já não há mais lugar para qualquer abordagem puramente descritiva do direito. Este talvez seja, aliás, um dos primeiros passos para se superar, definitivamente, o desgastado paradigma de contraposição irreconciliável entre positivismo e jusnaturalismo no âmbito da filosofia do direito.” Cf.: *Ibid.*, p. 325-326.

¹²⁴ A dissertação de mestrado de Thúlio Mesquita Teles de Carvalho trouxe à tona um tema que precisa ser bem mais explorado, inclusive por aqueles que desejam estudar as teorias da argumentação jurídica, qual seja, a profundidade dos termos linguísticos e a necessidade de desapego ao rigor jurídico: “Indo muito mais além do que o positivismo, seja na filosofia ou no estudo jurídico – que tem vertentes bastante diferentes entre si –, o institucionalismo propõe a superação de algumas amarras formalistas e uma mudança significativa na maneira como se compreende a semântica no Direito. O institucionalismo é uma das novas correntes de filosofia da linguagem – apesar das décadas de desenvolvimento – desdobradas da chamada reviravolta linguística, que busca expandir o âmbito de importância da linguagem para muito além da mera representação de eventos no mundo. Primeiro, o fenômeno jurídico não pode ser confundido com suas referências formais, pois o Direito se trata de uma realidade institucional e, portanto, deve ser compreendido a partir das relações linguísticas que condicionam e moldam sua existência como tal. As referências formais não ficam, porém, esquecidas, mas sim devem ser inseridas em seus contextos comunicativos e traduzidas em argumentos. Segundo, as normas jurídicas devem ser compreendidas como estados intencionais, que podem ser baseados em referências formais ou não e que orientam modos de ação concretos dos agentes sociais para satisfazer o respectivo estado intencional. Terceiro, o institucionalismo também reflete na semântica ao adotar o instrumentalismo semântico, segundo o qual o sentido deve ser compreendido de forma pragmática e associada ao uso da linguagem e ao respectivo contexto comunicativo. Uma vez entendida a semântica associada à gradualidade como resultado de uma dissonância intencional ou proposicional – ou seja, de sujeitos utilizando a linguagem da mesma forma, mas com objetivos comunicativos distintos –, é possível compreender a vagueza como produto de jogos de linguagem, e não como atributo inato a certas palavras. Também é possível perceber que a vagueza é um desdobramento natural da linguagem ordinária, e não necessariamente um problema comunicativo, bem como que o simples uso de referências formais dificilmente logra êxito na tentativa de solucionar o dilema da vagueza. Em verdade, ao entender a vagueza, o mais correto é concluir que não se trata de uma doença a ser curada, mas de uma característica da linguagem que deve ser operacionalizada – podendo certas vezes ser útil, outras vezes não –, em especial a partir de instrumentos sociais e de amarras argumentativas que permitam canalizar a dinamicidade e a gradualidade típicas da comunicação humana. A vagueza, ademais, não se adequa a modelos lógicos rígidos e herméticos – típicos do formalismo –, uma vez que depende de flexibilidade nos modelos lógicos – de modo a permitir contradições, graus de verdade e probabilismo – e da abertura para referências externas – para dados extrajurídicos ou, mesmo, extralinguísticos –, pois se reconhece a incompletude de modelos lógicos e a natureza referencial da semântica (como citado no parágrafo anterior). Na seara jurídica, o formalismo tem no silogismo seu personagem mais marcante, segundo o qual a ‘norma’ – que não se confunde com o texto – seria resultado de processo lógico linear e (quase) determinístico. Porém, aqui há um erro, já que o processo lógico não se confunde – apesar de poder haver interseções – com a semântica e com a atribuição de sentido. Muitos juristas são críticos em relação ao silogismo – mesmo positivistas –, contudo ainda se percebe certa dificuldade para dele se distanciar plenamente.” Cf.: CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Proposta institucionalista para o dilema da vagueza**: um modelo teórico para a reconciliação do Direito com a linguagem ordinária. 2019. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do

especial dentro do maior problema enfrentado pelas teorias da argumentação jurídica, que é justamente a vagueza das expressões linguísticas as quais, na realidade, não são características ínsitas à ciência do Direito. Logo, é mais do que oportuno que nos aproveitemos da experiência das demais ciências e de todo o aparato no processo de construção das normas.

A indeterminação dos textos e enunciados normativos é uma característica comum e na realidade tem que ser administrada, pois por mais que se tente na prática legislativa superá-la, sempre há espaço para os interpretes/aplicadores, sendo a vagueza algo inerente hoje a estruturação, logo por mais que se busque ainda distinguir regras e princípios, o que já é contestável,¹²⁵ na hora da argumentação, tanto a subsunção quanto a ponderação não podem ser operação livres, ou seja, sempre tem que se ter a devida argumentação substancial, tendo a linguagem com a amplitude dela como ponto referencial de partida, deixando de lado todo o tecnicismo jurídico de outrora com relação a interpretação da linguagem, pois esta é bem mais abrangente do que o jurista pode imaginar.

A partir das lições e pertinentes críticas de Lênio Streck, a maioria das teorias argumentativas encampou a ideia da virada linguística e a importância da própria linguagem, daí porque tudo começa nela e a partir dela.¹²⁶ Essa passagem não autoriza que nos fixemos isoladamente nela; o que precisamos é perceber a importância de utilizarmos a chamada **linguagem ordinária** para a devida argumentação jurídica, pois, como vimos no delineamento inicial do modelo proposto, o acerto dos fatos é um dos passos iniciais para que possamos com a maior segurança possível fazermos a primeira análise. Temos de aferir cuidadosamente o possível atrelamento fático ao contexto linguístico para assegurarmos sempre a maior racionalidade possível.

Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/39320>. Acesso em: 10 jan. 2023. p. 221-222.

¹²⁵ Uma parte da dogmática jurídica, justamente por força da ideia de que o Direito contemporaneamente deve ser visto, necessariamente, como uma prática argumentativa, já coloca em “xeque” a tradicional distinção entre regras e princípios, primeiro porque os próprios critérios distintivos nunca foram tão certos como explicados, segundo porque independente de sua natureza, as normas quando devidamente construídas ou até mesmo criadas não mais se submetem somente ao processo subsuntivo e de ponderação, podendo, por óbvio, dentro da prática argumentativa ocorrer a realização de tais processos, mas não na forma clássica disposta na diferenciação, logo é interessante a visão de que tão somente temos textos e enunciados normativos, devendo todos passarem pelo processo argumentativo, surgindo as normas do caso concreto.

¹²⁶ STRECK, 2010.

8.3 OBJETO, METODOLOGIA E FUNÇÃO DO MODELO PROPOSTO

No delineamento inicial do modelo proposto, de caráter nitidamente pragmático e sem desconsiderar a concepção formal e material, na linha esposada por Manuel Atienza, também deixamos claro que este autor segue uma linha de não separação entre o Direito e a Moral. Considerado um pós-positivista de modo mais moderado, critica a abertura elástica dada ao intérprete/aplicador por muitas das teorias de argumentação que expôs em seu livro “*As razões do Direito*”.¹²⁷ Acreditamos que o autor apontou críticas de modo acertado, apesar de assinalar em cada uma dessas críticas o avanço à época de seu surgimento. Infelizmente, nenhuma delas conseguiu atender aos anseios de uma verdadeira teoria da argumentação, que prestigie o aspecto pragmático em sua essência.

Para o referido autor, toda teoria da argumentação jurídica deveria trazer de modo bem explícito o seu objeto, a sua metodologia e principalmente a sua função, aspectos que não foram concatenados, por exemplo, nas teorias de Neil MacCormick e Robert Alexy. Por mais que tenham se esforçado para trazer uma teoria completa, pecaram nesses elementos básicos, destacando-se em especial a questão da ponderação a qual vemos a necessidade de ser revisitada. Robert Alexy, ainda, insiste em tratar, em sua teoria, somente a questão normativa,¹²⁸ o que para nós constitui um erro grosso, pois é imperioso que o acerto dos fatos e a própria argumentação utilizem, inclusive, as outras ciências. Daí a visão acertada de Manuel Atienza, ao abordar a prevalência do aspecto pragmático.¹²⁹

Manuel Atienza ainda chama atenção para o peculiar fato de que também existe uma despreocupação das teorias com a fase de produção do Direito.¹³⁰ Logo, se houvesse uma conexão entre todas as fases, a validade de muitos dos argumentos seria bem mais tranquila. É imperioso que tragamos, nesse momento, as próprias palavras do autor sobre esses aspectos:

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo

¹²⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2013.

¹²⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

normativo. Com isso, contudo, além de não se incluir no âmbito de estudo a maior parte das argumentações produzidas fora dos tribunais superiores e - que é uma argumentação sobre fatos - não se dá suficiente conta da argumentação a propósito de questões normativas, uma vez que, também com relação a esse tipo de problema, surgem discussões sobre fatos que podem vir a ter uma importância até mesmo decisiva. A construção de uma teoria da argumentação jurídica que dê conta também desse tipo de (ou desse aspecto do) raciocínio jurídico deveria levar, por um lado, a uma aproximação maior com as teorias da argumentação que se desenvolvem em outros âmbitos, como a argumentação científica e a argumentação da vida ordinária. Por outro lado, obrigaria a considerar que a teoria da argumentação jurídica não apenas há de se desenvolver em contato próximo com a teoria moral e com o que, normalmente, se chama 'teoria do Direito', como também com a sociologia do Direito, entendida esta como teoria sociológica e como investigações de tipo empírico. Em segundo lugar, a teoria da argumentação jurídica teria de dar conta não só dos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do Direito, como também da argumentação que ocorre no âmbito da produção do Direito. Se a teoria da argumentação jurídica pretende introduzir algum tipo de norma que permitia controlar - racionalizar - o uso dos instrumentos jurídicos, então parece claro que ela não pode renunciar a esse controle ao momento da produção das normas. Alexy, como vimos, considerava como que uma das condições limitadoras do discurso jurídico (o que faz com que este seja precisamente um caso especial com atenção ao discurso prático geral) é o respeito à lei. Mas isso parece ter de levar a pensar que a racionalidade, na aplicação do Direito, depende da racionalidade da legislação, que a argumentação do juiz, das partes no processo ou dos dogmáticos não é independente da que ocorre no parlamento ou nos órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas.¹³¹

Na apresentação do modelo proposto, além dos elementos intrínsecos a qualquer modelo de argumentação, é imperioso que ressaltemos que a maior preocupação de Manuel Atienza, ao desenvolver as principais teorias da argumentação jurídica, sempre foi a questão da busca da racionalidade nas decisões, pois mesmo defendendo que não pode haver a separação total entre Direito e Moral, a necessária incursão no aspecto moral em cada decisão é o cerne da questão.¹³²

Para Manuel Atienza, o prático do Direito tem que claramente assumir o que ele chama de objetivismo moral.¹³³ Contudo, o problema é apontar os critérios e referenciais concretos e universais para que possamos imiscuir nessa questão indiscutivelmente axiológica e, muitas vezes, podendo ser contrária à escolha do legislador, daí porque talvez seja melhor buscarmos a devida integração entre os valores legais e as peculiaridades de cada caso concreto.

¹³¹ ATIENZA, 2013, p. 212-213.

¹³² *Ib.*, 2006.

¹³³ *Ibid.*

Em seu último livro “*Filosofia do direito e transformação social*”, ao posicionar-se claramente como um pós-positivista, Manuel Atienza lança a ideia de construção de uma filosofia do Direito para o mundo latino, em que se enfatize o aspecto pragmático.¹³⁴ Critica fortemente as teorias que têm dificuldade de aplicação prática, enunciando que a argumentação é a própria prática do Direito. Sua obra ousa no sentido de propor um objetivismo mínimo moral para bom funcionamento do sistema jurídico e do Estado Constitucional de Direito, ratificando a ideia por nós incorporada de que deve haver a conciliação entre as dimensões formal, material e pragmática (teórica e dialética).

O nosso dissenso com o professor de Alicante reside na dificuldade de incorporar o que ele denomina de objetivismo mínimo moral, pois mesmo encampando uma de suas diretrizes, a necessidade de fundamentação específica, acaba caindo no subjetivismo, pois, por exemplo: como catalogarmos as categorias universalizantes às quais se refere?

Em nossa pesquisa para adoção do modelo proposto, talvez padeçamos de alguns dos equívocos que vislumbramos em teorias analisadas, pois o grande problema ainda é a questão de como o intérprete/aplicador do Direito em todos os casos analisados e mesmo sem adotar a total separação entre Direito e Moral, a qual também entendemos ser muito radical, restringir-se-á em seu labor na construção da norma do caso concreto de modo racional sem que traga na decisão valores não contidos no texto normativo e nas particularidades de cada caso.

Não conseguimos vislumbrar em nenhuma das teorias analisadas a possibilidade de pautarmos a questão acima mencionada fora do Direito sem que a carga axiológica trazida não seja de algum modo arbitrária. A única objetividade possível de aferição e principalmente de controle sem que esbarremos no subjetivismo é quando a moral já foi acobertada pelo Direito e estando fora, parecemos impossível a aferição objetiva, a não ser que prestigieemos a questão procedimental em si, de modo que, a partir dos argumentos expostos, possamos encontrar objetivamente o que seja melhor e, ao mesmo tempo, balizado nas particularidades de cada caso.

¹³⁴ ATIENZA, Manuel. *Filosofia del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta, 2017.

Segundo Jürgen Habermas e John Rawls, tudo que é válido publicamente tem que ser possível de devida justificação pública.¹³⁵ Por mais que o referido autor procure o consenso através de uma argumentação efetivamente discursiva e racional, sua ideia de conexão entre a soberania popular e o próprio Direito legítima e valida o próprio procedimento que deve necessariamente ser seguido:

*La conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre há de radicar, pues, em el contenido normativo de un modo de ejercicio de la autonomía política, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicacion que representa la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes... Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar asentimiento como participantes em discursos racionales.*¹³⁶

Para Jürgen Habermas e John Rawls, a teoria da democracia deliberativa prestigia, na prática, a argumentação discursiva e isso é, para nós, não só a legitimidade da atuação jurisdicional, mas, em algumas situações, a resolução do problema da racionalidade buscada pelas decisões pois, como sabemos, a teoria deve, via de regra na jurisdição tradicional, ser necessariamente imposta quando satisfeitos os pressupostos de admissibilidade de dada ação.¹³⁷ Logo, em nossa visão, tais referenciais são cruciais para o modelo a ser apresentado que tem ligação direta com o processo constitucional e os novos balizamentos do CPC, sendo imperioso que tragamos, no momento, as lições de Ricardo Tinoco de Góes, estudioso do processo e da filosofia habermasiana:

Uma boa compreensão do modelo habermasiano de democracia deliberativa implica na absorção de conceitos prévios alusivos à mudança paradigmática na própria matriz da racionalidade. Dita mudança serve a um projeto de reconstrução e de emancipação do cidadão e dos seus iguais, daí que sua opção pela racionalidade comunicativa teve em mira a necessidade de substituir o modelo de dominação proporcionado pela filosofia da consciência por um modelo de abertura do mundo pela linguagem... Esse processo c e comunicacional sujeito à observância de pretensões de validade desenvolve-se intersubjetivamente num plano procedimental e discursivo, que apresenta como principal instrumento para a sua realização a força da argumentação livre de quaisquer coações. Essas relações vão se suceder, tendo sempre como pano de fundo o que Habermas nomina de mundo da vida. O mundo da vida apresenta-se como

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paídos, 1998.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho e el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 168, 172.

¹³⁷ Ibid.

um grande estoque cultural das experiências vividas; um repertório rico que a história e a tradição das sociedades comportam, sendo compartilhado intersubjetivamente segundo um sistema único de referência e através de argumentação sobre situações nele tematizadas... De outro lado, embora o processo civilizatório tenha provocado o fenômeno da **colonização do mundo da vida pelo sistema**, deve-se reconhecer que a opção contemporânea pela Democracia Constitucional impõe uma efetiva institucionalização das condições ideais para que uma nova ética presida as relações intersubjetivas dispersas no tecido social. Essa nova ética, é a ética do discurso, assim considerado como a participação simétrica de todos os concernidos em uma discussão, motivados, única e exclusivamente, pela busca do melhor argumento. Isso se dá, na teoria habermasiana, por força de uma conjunção de fatores, dentre os quais se destacam: a complexidade do mundo social; a possibilidade sempre presente do dissenso e o caráter crítico inerente às pretensões de validade dos atos de fala. Tais fatores tornam problemático o conteúdo da situação tematizada e fazem do discurso um mecanismo de interatividade que, em Habermas, se torna a fonte primeira de normatividade, inclusive a jurídica. No tocante ao Direito, essa problematização alusiva às situações tematizadas torna mais clara a co-originilidade entre dissensos e consensos, o que leva à constatação de que a superação dos primeiros, por exemplo, dá-se pela força coercitiva de suas normas, força essa que não se compraz à fragilidade do conceito de violência, à vista da abstração que nele se tem do sentido de integração, fundamental ao Direito, e que em Habermas, com apoio em Hannah Arendt, é extraído do conceito de poder comunicativo.¹³⁸

A par dessas considerações de Habermas e de Tinoco, inclusive devidamente conectadas com a realidade forense, o modelo proposto fixa-se justamente na ideia de que a jurisdição contemporânea, a ser entregue via processo constitucional, deverá ser construída sob o prisma indispensável do efetivo contraditório, em que as partes deverão não só participar com a devida argumentação buscando convencer ao Juízo do seu melhor argumento, mas o suposto melhor argumento de cada parte terá que influenciar em específico a decisão a ser prolatada. Daí a importância da efetiva comunicação entre todos os atores processuais que laboram em efetiva cooperação para que fundamentem em específico seus argumentos, de modo que a decisão final nunca seja um ato isolado do Juízo.

Dessa forma, a partir da inexorável realidade de que é muito difícil obter nas decisões judiciais um elemento moral de racionalidade fora dos textos normativos, mesmo que mínimo, sem que o intérprete/aplicador traga seus valores pessoais, inclusive na ponderação, e que todo o processo nada mais é do que um procedimento em pleno e efetivo contraditório, o qual irá objetivamente guiar toda a

¹³⁸ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 260, 261.

ritualística do processo argumentativo, temos a acrescentar que mesmo quando só prevalecia a subsunção pela via do silogismo, as próprias inferências lógicas não tinham (e ainda não tem) para o Direito verdades irrefutáveis. Daí a amplitude do campo argumentativo a ser explorado.

A partir das pertinentes críticas de Manuel Atienza,¹³⁹ ao analisarmos várias teorias da argumentação jurídica, apresentaremos de plano o objeto, a metodologia e a função do modelo proposto, com a certeza de que não é um modelo infalível. Ao contrário, deve padecer de muitos equívocos; contudo, estamos construindo o modelo a partir de algumas verdades e, principalmente, estamos propondo-o com o escopo de pelo menos auxiliar o processo de todos os atores que devem cumprir necessariamente os seus encargos para que a atividade jurisdicional seja entregue à cidadania, esta inclusive no sentido mais amplo possível.¹⁴⁰

Quanto ao objeto do modelo proposto, não podemos olvidar da questão talvez mais importante e que muitas teorias simplesmente ignoram: a busca inicial pela reconstrução dos fatos, abarcando, por óbvio, um debate argumentativo que deve se desenvolver da mesma forma da fase normativa, ou seja, o objeto de análise além de não ficar restrito ao exames das teses jurídicas para construção da norma do caso concreto, deve necessariamente ser ampliado para que as teses fáticas sejam debatidas na amplitude do contraditório, e, diferente das limitações normativas que são bem mais intensas, como já vimos e vamos dissecar mais amiúde ainda, há uma liberdade bem maior para todos os atores processuais nessa primeira fase.

Portanto, respeitando sempre opiniões contrárias, essa preocupação inicial deve direcionar toda a condução procedimental juntamente com os aspectos fáticos que a argumentação discursiva apresenta num primeiro momento em prol do consenso, já que como muito bem defende Manuel Atienza, a argumentação jurídica não pode alijar do processo a busca pelos meios consensuais de solução do conflito, em especial com a imposição trazida pelo novo CPC, que insere tais meios como preferenciais e sempre obrigatórios em relação à solução impositiva.¹⁴¹ Daí porque indagamos se dentro dessa argumentação fática não podemos trazer a busca pelo

¹³⁹ ATIENZA, 2006.

¹⁴⁰ Como veremos, vamos fazer a devida ligação entre a argumentação e os novos pilares trazidos pelo novo CPC que, bem aplicados, por si só, já revolucionarão a atividade jurisdicional. Contudo, o ideal é que também tivéssemos referenciais para o processo coletivo em que a cidadania é albergada de forma mais eficiente.

¹⁴¹ ATIENZA, op. cit.

consenso na solução em si do conflito, de modo que a almejada tutela dos direitos se dê por essa via.

Assim sendo, a par não só das diretrizes normativas que há muito tempo vem guiando a atividade jurisdicional contemporânea, mas principalmente pela ideia aqui trazida de que o objeto da argumentação não pode ficar adstrito à questão jurídica, porque mesmo intitulando-se a argumentação jurídica como um caso especial de argumentação prática para que cheguemos com a devida precisão técnica na parte normativa, não podemos deixar de fora toda a amplitude da discussão fática, na qual é tida como antecedente lógico para que se encaminhem pelas partes as teses jurídicas que serão também oportunamente debatidas, com a preferência hoje legal e impositiva da jurisdição consensual.¹⁴²

Quanto à metodologia do modelo proposto, é imperioso que iniciemos as ponderações enunciando três equívocos que, para nós, qualquer modelo que busque auxiliar o processo de argumentação jurídica na atualidade não pode incorrer. Primeiro, a ideia de que só existe uma resposta correta em termos de solução para a questão a ser debatida, pois na procura de uma verdade, mesmo aplicando o método do silogismo formal, amparado na parametrização da ciência, vimos ser impossível, pois quando se utilizou as inferências lógicas, estas não

¹⁴² Em 2008 quando não falávamos dessa priorização legal hoje ratificada no novo CPC, quando de nossa dissertação de mestrado, transformada em livro já citado, assim nos manifestamos sobre temática, já considerando que a concepção de jurisdição deveria abarcar os meios consensuais: “A jurisdição, atualmente, vem sofrendo profunda alteração na sua compreensão e, por conseguinte, condicionando os seus resultados, principalmente o atinente na tentativa de obter a almejada pacificação social e para tanto suas premissas estão sendo repensadas, já que esta, pelo menos por meio da sentença, só poderia ser satisfeita, evidentemente, para somente a parte vencedora, por uma efetiva tutela dos direitos violados ou ameaçados, na forma do preconizado neste trabalho e com aprumo no artigo 5º, inciso XXXV, de nossa Carta Magna. Infelizmente, como dito e na realidade facilmente constatado, a sentença não vem conseguindo atingir a almejada pacificação social, indispensável quando do surgimento de um conflito, daí porque se apresentam com esse desiderato alguns meios alternativos, que primam pelo aspecto da democracia participativa e ao mesmo tempo substancial, responsabilizando-se os próprios envolvidos pela solução, já que se estes a encontram, essa premissa, por si só, já se alinha com o escopo de satisfação social. Nesse contexto, interessa à idéia (*sic*) dessa nova concepção de jurisdição que alicerça o processo constitucional, não como característica, mas como meios acessórios ao escopo dessa atividade, a análise, mesmo que superficial, dos meios de solução dos conflitos - ditos democráticos em razão das próprias partes em disputa resolverem as diferenças - o que se convencionou chamar de autocomposição e na qual se depreende que, dentre eles, a conciliação e a mediação têm oportuna possibilidade de direta aplicação na atividade dos juízes, desde que seja desconstruída a idéia (*sic*) de adversariedade e surja em consequência (*sic*) a eficaz cooperação entre os interessados. Esse desafio não é difícil de ser cumprido, pois as condições normativas são amplamente favoráveis, inclusive de nossa Carta Magna, daí porque o que falta é a conscientização dessa eficácia quanto ao resultado harmonioso da solução e se começar a aplicar as técnicas existentes na praxe forense, sem se descurar evidentemente de sua posição diretiva, contudo, esta não inviabiliza a adoção dessa nova postura.” Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 198, 199.

traziam necessariamente em todos os casos a certeza, daí porque deve ser trabalhada dentro da realidade de que o máximo que se pode atingir são respostas adequadas dentro de um dado ordenamento jurídico e que deem guarida as particularidades de cada caso.

O segundo equívoco é querer abandonar tudo que já se construiu em termos de metodologia, inspirado na crença de um único estilo hermenêutico poderá resolver a infinitude de situações fáticas e jurídicas que temos na contemporaneidade. O terceiro, com certeza, o mais incisivo em termos de recorrência, é querer se apegar a um método que assegure na prática uma total isenção do intérprete/aplicador do Direito, de modo que o valor moral fora do Direito não terá sido uma escolha pessoal e arbitrária de quem está trabalhando na construção da norma. Logo, ao trabalharmos com essas premissas, um modelo poderá ser útil.

Em termos de método então, recorreremos ao apego do procedimento de argumentação específica que o novo CPC e a ideia contemporânea de processo constitucional nos têm propiciado. As teses necessariamente são discutidas e debatidas a fundo pelos atores do processo no mesmo instante em que influencia o julgador, assim fazendo com que todos tenham o dever de fundamentação fática e jurídica em específico, não deixando de lado nenhum dos métodos de interpretação tradicional, nem mesmo os da jurisdição constitucional quando necessário e até mesmo a ponderação em específico das razões fáticas e jurídicas de cada caso, sem anular quaisquer dos princípios que estejam envolvidos. Encaramos dessa forma até mesmo porque a existência de possível tensão entre eles é da essência do Estado Constitucional Democrático de Direito que tem, como limite, a possível regulação mais específica pelo legislador via de regra.

A linha de objetividade proposta então é essa. Contudo, o mais importante quanto à metodologia é justamente não restringir o uso de métodos e nem mesmo querer impor um método só, pois nenhum método é capaz de alcançar a verdade e muito menos propiciar que haja escolhas morais fora do Direito de forma objetiva. Logo, o que devemos ter em mente é o estilo de prática discursiva padrão que, inclusive, é claramente aceito pelas teorias de Manuel Atienza e Robert Alexy,¹⁴³

¹⁴³ José Andrade Soares Neto em interessante texto intitulado “A teoria da argumentação como método (re)construtivo da norma de decisão gerada a partir de texto normativo sumulado com efeitos vinculantes nos traz de modo bem resumido e direto as regras enunciadas por Alexy em

sua teoria, sem qualquer juízo de valor sobre a questão axiológica e tão somente tentando comprovar que referida teoria, considerada por Atienza como padrão, pode ser um método para a devida interpretação e por conseguinte aplicação das súmulas vinculantes, sendo imperioso que se traga aqui o que Alexy nos ensina e independentemente da crítica no aspecto valorativo que fazemos a ela, impossível não se recorrer a tais regras quando da devida argumentação: São consideradas **regras fundamentais**: 1 – Nenhum falante pode contradizer-se (princípio da não contradição); 2- Todo orador só pode afirmar aquilo em que acredita (princípio da sinceridade); 3- Todo orador que aplicar um predicado a um objeto tem de estar preparado para aplicar o mesmo predicado a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes (princípio da universalidade); 4- Todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes; 5- Oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados (princípio da comunidade). Alexy apresenta também as regras da razão que devem nortear o discurso prático racional geral: 1- Todo orador precisa apresentar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazer isso, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em providenciar uma justificação; 2- Qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades); 3- Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos no item 2, por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso. As regras de carga da argumentação são as seguintes: 1 – Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente está obrigado a justificar. 2- Quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso; 3- Quem apresentar um argumento está obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários; 4- Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior, precisa justificar tal intervenção quando lhe for pedido. Alexy desenvolveu ainda as regras de fundamentação: 1 – Toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética de que esteja na posição dessas pessoas; 2- As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo têm de ser aceitas por todos; 3- Toda regra tem de ser clara e poder ser ensinada de forma aberta e geral; 4- As regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode suportar esse teste se: a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim tenha perdido sua justificação, ou, b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões durante o ínterim; 5- As regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização; 6- Os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta. As regras de transição (passagem da argumentação jurídica para a argumentação prática ou analítica) Alexy descreve da seguinte maneira: 1- É possível para cada orador a qualquer tempo fazer transição para o discurso empírico; 2- É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso linguístico analítico; 3- É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso prático sob o qual está operando. Estas regras foram formuladas por Alexy com o intuito de construir um método através do qual se possa transitar com segurança na busca da pretensão de correção por meio de uma construção argumentativa do discurso prático racional geral (aplicável às regras morais). Tais regras, entretanto, são plenamente aplicáveis, ainda que por aproximação, ao discurso jurídico, com o suplemento, entretanto, de outras específicas, como as de justificação interna e externa, formuladas para adequar a sistemática argumentativa especial do discurso jurídico.” Cf.: SOARES NETO, José Andrade. A teoria da argumentação como método (re)construtivo da norma de decisão gerada a partir de texto normativo sumulado com efeitos vinculantes. *In*: BARRETO, Emanuel Faro *et al.* **Blogpost Faro, Brito e Soares Neto Advogados**. Salvador, [2022]. Disponível em: <https://fbs.adv.br/a-teoria-da-argumentacao-como-metodo-reconstrutivo-da-norma-de-decisao-gerada-a-partir-do-texto-normativo-sumulado-com-efeitos-vinculantes/>. Acesso em: 25 abr. 2023. Na linha já esposada quando se referimos a primeira vez a importância dos precedentes para qualquer modelo de argumentação, a ideia central do texto sempre foi por nós tida como mais do que razoável, em especial a importância dada a argumentação empírica.

mesmo com as possíveis críticas que temos, em especial a ponderação feita sem critérios objetivos e racionais que, indiscutivelmente, revolucionou o modo de decisão, sempre preocupado em argumentar do modo mais específico possível.

Dessa forma, como dissemos, desprezar todos os inegáveis avanços das teorias da argumentação jurídica por possíveis críticas a um ou outro elemento de cada uma delas, quando temos a certeza de que nenhuma metodologia sozinha irá, como uma espécie de “receita de bolo”, traçar todos os caminhos para que tenhamos uma decisão mais “justa”, não é a decisão mais acertada. A própria ideia de Justiça é indiscutivelmente um problema ainda não resolvido e nunca será; logo, é mais prudente trabalharmos não com o relativismo, mas desenvolvermos uma realidade que precisa sempre ser ajustada.

Um tabu que precisa, em nosso entender, ser melhor equacionado é a ideia de que a própria hermenêutica em si não pode ser compatível com as teorias da argumentação jurídica, em especial as mais modernas, sendo imperioso que possamos acomodar os avanços de cada um desses estudos, em especial a parte da filosofia do Direito com a argumentação jurídica – justamente o intuito do nosso modelo proposto, pois somente a partir das peculiaridades de cada caso concreto, saberemos se vamos intensificar as dosagens da própria hermenêutica e seus indiscutíveis avanços.

Será que, na contemporaneidade, poderemos desprezar a indiscutível realidade de que todos os atores processuais têm as suas pré-compreensões? A virada ou giro linguístico pode ser olvidada? O círculo hermenêutico tão bem reverenciado por Lênio Streck¹⁴⁴ pode ser ignorado?

Pensamos que não; logo, o mais prudente é firmarmos o aspecto procedimental supra e que praticamente todos os autores procedimentalistas encampam. Ao trazermos como exemplo Habermas, temos uma liberdade metodológica, sempre arrimada na indispensável prática discursiva que busque na maior medida do possível os consensos e, assim, naturalmente os melhores argumentos delinearão a construção da norma do caso concreto.

Para finalizar a questão da metodologia, ratificando a necessidade de que não se despreze nenhum método, é imperioso que deixemos claro um dos maiores consensos na temática da atividade de interpretação/aplicação das leis dentro da

¹⁴⁴ STRECK, 2010.

divisão entre a hermenêutica e suas variações com as teorias de argumentação jurídica na contemporaneidade: texto ou enunciado normativo é distinto da norma jurídica em si, sendo esta produto de interpretação e a própria construção/reconstrução/criação da norma em concreto, pois a partir dessa percepção, não só com as contribuições de Friedrich Muller e autores mais modernos,¹⁴⁵ temos um espaço para a atuação substancial da atividade

¹⁴⁵ A referência em especial é feita para os estudos de Robert Brandom sobre o significado a partir das inferências e em especial a responsabilização pela linguagem utilizada, sendo imperioso que tragamos um texto valioso de Juliano Santos do Carmo: “Para Brandom o significado de um enunciado é o resultado do entrelaçamento das diversas perspectivas com as quais os falantes se comprometem ao realizar asserções. Em outras palavras, o significado de uma expressão é o resultado de sua função na inferência. Com efeito, Brandom defende que a comunicação não requer o prévio compartilhamento de conteúdos comuns, mas é um processo no qual os falantes convergem para os mesmos conceitos na atividade de atribuir e assumir compromissos para certas inferências e substituições. O argumento que leva ao paradoxo é mais ou menos o seguinte: (1) a linguagem é uma atividade normativa e o uso de palavras é determinado por regras implicitamente seguidas. Essas regras são responsáveis pela utilização correta ou incorreta das palavras (critérios de correção). Seguindo os argumentos de Wittgenstein, as proposições da linguagem são como que peças de um jogo e são utilizadas como ‘lances’ em interações sociais coordenadas por regras (elas são como que ruídos que possuem papéis funcionais delimitados). Sendo assim, a compreensão de um significado envolve o reconhecimento das regras apropriadas para a utilização dele em contextos pragmáticos apropriados. As regras funcionam, portanto, como critérios de correção, sem elas a linguagem seria completamente desprovida de significação. Logo, as regras de uso de uma expressão devem poder ser publicamente reconhecíveis (uma palavra não tem significado se ela não for publicamente compartilhada). (2) **As regras determinam previamente todas as futuras aplicações** corretas de uma palavra (compreender como funciona a regra matemática da adição leva potencialmente a utilizar a operação sempre de modo adequado. (3) **Não há como determinar previamente todas as futuras aplicações de uma regra**, pois não é possível julgar se alguém realmente compreende a regra de uso de uma expressão – ou seja, nada é suficientemente capaz de garantir o uso correto de uma expressão no futuro se o critério de correção depender exclusivamente do sujeito que apreende a regra. (4) Logo, as proposições da linguagem são desprovidas de significados. Não é difícil percebermos que enunciados normativos em geral são enunciados práticos, pois eles nos dizem o que fazer ou o que evitar, a quem admirar ou a quem culpar. Enunciados não-normativos, pelo contrário, não nos dizem o que fazer, nem quais atitudes tomar, mas, antes, eles são enunciados que dizem como as coisas estão. Por exemplo, ‘chove’ é um enunciado não-normativo, ao passo que ‘não deves matar’ é um enunciado normativo. Se, por hipótese, o significado de nossas proposições fosse realmente normativo (intrinsecamente normativo) como Robert Brandom parece defender, então o significado de um enunciado do tipo ‘Juliano está sentado’ não deveria nos dizer **como as coisas estão**, mas, sim, o que deveríamos *fazer* quando alguém enuncia um conjunto semelhante de signos. Enunciados morais, no entanto, incluem exemplos paradigmáticos de enunciados normativos. Contudo, se enunciados semânticos forem normativos, então isso sugere um problema sério a respeito da normatividade do significado para aqueles que defendem a inexistência de fatos semânticos (exatamente o mesmo problema que os realistas morais enfrentam). A argumentação de Brandom gira em torno de nossa habilidade em dominar a prática discursiva. Com efeito, nos moldes de Brandom, dominar a prática discursiva significa sabermos com quem estamos nos comprometendo ao executarmos certos atos linguísticos e o que é que nos autoriza a executá-los. Há uma espécie de conjunto de compromissos e direitos que constituirão o significado que deveríamos conhecer para podermos nos apresentar como membros de uma comunidade linguística. Mas é preciso reconhecer que alguns aspectos da normatividade linguística são menos obscuros do que aparentam ser.” Cf.: CARMO, Juliano Santos do. Robert Brandom: Inferência Material e conteúdo conceitual. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 147-160, nov. 2010. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWj57pmVIsX->

argumentativa a partir do incremento da linguagem e sua importância hodierna para a significação em geral, prestigiando, sempre, o aspecto pragmático.

Por fim dentro das pertinentes críticas de Manuel Atienza, apresentamos a função do modelo proposto que não seria diferente de nenhuma das teorias de argumentação jurídica, pelo menos em tese: ser um instrumento técnico para construção da norma em concreto e por consequência solucionar o caso trazido à jurisdição via processo, embora como muito bem expõe o referido mestre, existem outras vertentes:

Tudo o que foi dito até aqui, como é natural, muita relação com a questão do porquê de uma teoria da argumentação jurídica; isto é, a questão de quais sejam os fins a que ela deve servir. Uma teoria da argumentação deveria cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral... Por função prática ou técnica de argumentação jurídica, entendo basicamente que esta deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito. Para que uma teoria da argumentação jurídica possa cumprir essa função de instrumental (dirigida aos práticos do Direito quanto aos cultivadores da dogmática jurídica) ela terá de poder oferecer um método que permita reconstruir o processo real da argumentação, além de uma série de critérios para fazer um julgamento sobre a sua correção; como se acaba de indicar, essa é uma tarefa que, em considerável medida, ainda está para ser cumprida.¹⁴⁶

Dentro dessa perspectiva e sem qualquer pretensão de querer cumprir algo que talvez ainda tenhamos que evoluir muito para quem sabe indicarmos caminhos mais seguros de como se decidir da forma mais democrática possível, o modelo proposto tem como escopo principal a efetiva tutela dos direitos violados ou em ameaça na maneira exposta por cada parte e rigorosamente dentro de suas teses com o fiel compromisso de utilizar a prática discursiva e responder categoricamente com a devida argumentação todas as formulações para auxiliar os atores processuais em suas tarefas. Ao deixarmos de lado propositadamente todos os outros possíveis objetivos, até mesmo porque não se trata de uma teoria da argumentação jurídica em plenitude, cremos que se for possível de modo bem

AhXEI5UCHfSOAm4QFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Frevistaseletronicas.pucrs.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fintuitio%2Farticle%2Fdownload%2F7736%2F7256%2F37345&usg=AOvVaw0nJC4u_0vz-aYyhAt7oGNI. Acesso em: 25 abr. 2023. Não há como simplesmente ignorar a relevância dessas assertivas dentro da complexa atividade de argumentação, em especial quando propomos um modelo que prestigia as peculiaridades de cada caso concreto.

¹⁴⁶ ATIENZA, 2013, p. 224, 225.

pragmático se ter orientações para a construção de uma norma que obedeça às regras do devido processo legal, já temos, com certeza, um prenúncio de mudança.

E para fechar esse ideário de apresentação do objeto, metodologia e função do modelo proposto, é imprescindível que deixemos claro, desde já, a distinção entre o que chamamos descoberta e justificação, pois a maior preocupação de qualquer modelo de argumentação jurídica na acepção ampla é indiscutivelmente permitir o controle, pois nenhum ato público dentro do Estado Constitucional Democrático de Direito não pode ser impassível de refutação. Logo, mesmo que teoricamente trabalhemos a ideia de pré-compreensão e que necessariamente passe a ser confrontada no decorrer do processo argumentativo, a descoberta em si pelo intérprete/aplicador é incontrolável, pois depende dele exteriorizar ou não essa descoberta.

Dito de outro modo, ao depararmos com a situação fática e os seus prévios conhecimentos a partir de conhecimentos psicológicos e neurocientíficos trazidos por juristas os quais o Direito nunca poderá deixar de lado, não só o juiz, mas os demais atores processuais formam, assim, suas convicções, e estas podem prevalecer sem que haja o devido enfrentamento. O problema, então, reside nessa situação, pois quando não há o controle do argumento trazido na decisão, desrespeita-se não só o sistema democrático em si, mas toda a institucionalidade. Logo, qualquer modelo deve buscar instrumentos para que haja o maior controle possível, com a certeza de que se o juiz, por exemplo, resolver decidir de um jeito pessoal e não externar, a missão é inglória.

Destarte, é a partir de nossa experiência judicante que verificamos que muitas vezes as decisões foram fundamentadas após a formação da prévia convicção pessoal. Ou seja, procuramos decidir de um dado modo e a justificativa da decisão encontrada não tinha sequer qualquer tipo de possibilidade de controle argumentativo.

Nessa realidade que não podemos fechar os olhos é que defendemos, intransigentemente, que de modo objetivo o contraditório com a devida fundamentação específica e cooperação de todos os atores processuais saia finalmente do papel e ocupe a centralidade de todos os processos brasileiros. O novo CPC regulamentou de forma extraordinária a ideia que sempre tivemos de processo constitucional como fio condutor da atividade jurisdicional, modelando, por conseguinte, o comportamento perante sua posição processual, ou seja,

independentemente de ser autor, demandado ou juiz e algumas situações possíveis terceiros interessados, todos possuem a mesma obrigação dentro da relação processual em relação ao direito e dever argumentativo.

8.4 PARÂMETROS (COMPLEMENTO DOS REFERENCIAIS) INTRANSPONÍVEIS PARA A DEVIDA COMPREENSÃO DA ARGUMENTAÇÃO DEFENDIDA

Além dos passos já delineados, que serão nesse capítulo esmiuçados, vamos ainda fixar, além dos referenciais já indicados e que torneiam a atividade dos atores processuais, em especial do juiz, outros parâmetros com o intuito de complementar o raciocínio, que fazem parte do que chamamos de núcleo essencial do modelo proposto. Ao serem devidamente seguidos, não só permitem o controle, mas também asseguram na maior extensão possível a racionalidade objetiva, sem qualquer padrão moral individual fora do Direito, pois para nós, por mais que não entendamos a total separação, preocupamo-nos quando a escolha de um valor moral seja feita sem qualquer tipo de controle pelo juiz.

A dogmática jurídica¹⁴⁷ tem trazido três parâmetros de controle das decisões judiciais que reputamos valiosos que, de certo modo, dois deles acabam reforçando o que já dissemos. Tais parâmetros não apontam se a decisão está certa ou errada, pois como vimos não é mais esse o escopo buscado pelas teorias argumentativas; e sim se os argumentos utilizados são fortes, ou melhor, são suficientes para convencer ao auditório como preconiza Chain Perelman,¹⁴⁸ já que as decisões precisam claramente convencer à sociedade para que sejam legítimas. Daí a importância desses parâmetros que, com certeza ao serem utilizados como verdadeiros cânones, evitam muitos percalços para o Poder Judiciário na relação com os demais Poderes e em especial com a própria sociedade.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Extraímos tais parâmetros de uma linha convergente das teorias de argumentação jurídica contemporâneas trazidas por Manuel Atienza, como teorias padrão em seu livro *Razões do direito*, aqui já citado. Cf.: ATIENZA, 2013.

¹⁴⁸ PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁴⁹ Em que pese desde o começo da tese se demonstrar uma preocupação muito grande, nas decisões judiciais não se tenha nenhum valor pessoal do juiz. Ao mencionarmos a questão da legitimidade do Judiciário, sempre reforçamos que quando trazemos na decisão aspectos fora do âmbito normativo, tal decisão passa a sofrer críticas de toda ordem, e sem adentrarmos ao mérito em específico, em nenhuma decisão do STF, vimos claramente que tanto parte da opinião pública quanto da mídia tem justamente criticado tais decisões por supostamente extrapolar o aspecto normativo. Ressalvamos, por óbvio, que não como aferirmos objetivamente a expressão **opinião**

Nessa vertente, o primeiro parâmetro e para nós o mais importante é o que diz respeito à necessidade impostergável da utilização de referenciais normativos. Como vimos, por mais que possamos trazer outros fundamentos com a delimitação fática e toda sua amplitude, tais fundamentos acabam por fragilizar a decisão. Ao invés de cumprirem uma possível função de reforço argumentativo, acabam tornando a decisão menos convincente justamente porque os outros argumentos não são passíveis de controle objetivo, o que deixa a decisão vulnerável a ataques à parcialidade do julgador quando expõe claramente suas posições ideológicas, o que não podemos admitir na contemporaneidade.

O segundo parâmetro, também por nós já delimitado quando tratamos dos Precedentes e que mais à frente retornaremos, porque foi devidamente positivado no novo CPC, refere-se à indispensável averiguação da coerência e integridade dos julgados. Esse tipo de preocupação, quando existe, diz respeito à decisão que se utilizou de argumentos universalizáveis para servir não só para aquela decisão em específico, mas para todas as demais que tenham rigorosamente a mesma situação fática e jurídica. Logo, quando trazemos um argumento, verificamos a coerência com o passado, presente e principalmente futuro, identificando sempre a integridade do sistema como um todo.¹⁵⁰

E o terceiro parâmetro, também muito interessante para questão do controle da maior objetividade possível, refere-se à preocupação não com o argumento principal e sim o complementar e suas consequências jurídicas para a decisão, pois mesmo sabendo que em tese o Judiciário não deve ter preocupações com as consequências como um todo das suas decisões, já que deve ficar adstrito ao Direito, a decisão em si gera consequências jurídicas que não podem ser olvidadas, daí porque sempre é interessante refletirmos sobre esse aspecto com a cautela de, por exemplo, não trazermos a consequência em si como elemento principal do

pública e até mesmo **mídia**; contudo, não podemos desprezar a questão, daí porque estamos a defender sempre critérios objetivos.

¹⁵⁰ Nesse parâmetro, infelizmente, quanto às decisões colegiadas de um modo geral, em especial quando da função dos Tribunais de definição de teses jurídicas, dentro dessa nova linha trazida com os precedentes, tanto persuasivos quanto vinculantes e na realidade no próprio desenrolar da devida argumentação jurídica, os julgadores que pertencem a dado órgão, insistem em não querer dialogar entre si, ou seja, seus votos são trazidos individualmente sem qualquer tipo de discussão entre os fundamentos. Logo, muitas vezes é quase impossível descobrir a própria "*ratio decidendi*" do julgado, justamente pela despreocupação com a coerência e integridade; ao trazerem possíveis precedentes, ainda divergem entre si sem qualquer discussão sobre a compreensão e resultado do próprio precedente trazido.

julgado e nem mesmo termos como preocupação aspectos de outras ordens que devem ser analisados pelos outros Poderes ou Instituições.

Portanto, os referenciais trazidos no início do capítulo, devidamente conjugados com os parâmetros mencionados acima e com a convergência apontada, podem trazer a segurança necessária para a decisão judicial e, a par de cada caso peculiar, discutirmos com a devida amplitude tanto os elementos fáticos quanto os jurídicos, de modo que o juiz não tenha qualquer tipo de iniciativa quanto às teses. Isso reforça o próprio controle que faz parte da democracia, aspecto que por nós desde o início nunca olvidado e que sempre ratificamos a legitimidade de qualquer decisão.

Trouxemos, como objetivo para delineamento do modelo proposto de argumentação jurídica, a devida ligação de todo o agir dos atores processuais com o processo constitucional, dando ênfase ao que fora positivado no CPC e que, de certo modo, mesmo não tendo detalhado todos os pormenores ainda, além de limitar a atuação de todos os que laboram com o processo, claramente guia a construção da norma do caso concreto, revolucionando a perspectiva de que a decisão final necessariamente deve conter elementos de todos os partícipes e não mais uma decisão isolada do juiz, que antes trazia sua compreensão individual das matérias e principalmente criava teses.¹⁵¹

8.5 DA NECESSIDADE DE QUE TODA A EXTENSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SEJA CONTROLÁVEL

E como até agora vimos, é impossível que o intérprete/aplicador se desvencilhe totalmente de suas **pré-compreensões** ao realizar a atividade de construção da norma e com uma moral objetiva. Isso parece-nos utópico. Logo, a pretendida racionalidade objetiva de uma moral fora do Direito acaba sendo constituída de um subjetivismo mínimo e não controlável fora da atividade discursiva, daí porque quando trazemos o modelo nas premissas invocadas prestigiamos as particularidades do caso concreto, pois estas vão guiar a tomada de decisão com uma objetividade que permite o controle.

¹⁵¹ Teses não podem ser criadas pelo julgador, as teses são claramente das partes e o juiz deve necessariamente construir a decisão do Estado a partir delas trazendo pela discussão dialética a forma de compreender, interpretar e aplicar o Direito.

A preocupação que temos com o controle das decisões amolda-se à ideia de que o ponto de partida é o texto normativo visto como ferramenta do sistema democrático que não pode ser olvidada em momento algum. Com os referenciais fugimos de aspectos que ficam somente na mente ¹⁵² do intérprete/aplicador, dentro do que chamamos de processo de descoberta que é incontável por natureza. Para que isso não ocorra, devemos estar abertos a novos conhecimentos e, infelizmente, a ciência e a própria prática do Direito ainda são muito fechadas.

Desse modo, toda a problemática reside quando os textos normativos contêm lacunas, algumas vezes propositais e outras vezes pela própria essência da atividade. Esse fato dificulta ainda mais a operação de construção da norma, haja vista não existir um tipo de regulação e como o Judiciário tem que se desincumbir do seu dever de prestar a jurisdição, age fora de qualquer parametrização, o que não podemos admitir, já que a ideia de fazer justiça no caso concreto não autoriza qualquer agir, pois este deve ser o mais democrático possível, como estamos defendendo desde o começo.

O ideal seria termos um modelo que assegurasse necessariamente a almejada racionalidade. Logo, o que temos de fazer é ajustar-nos ao dever indeclinável de prestar a tutela jurisdicional com a devida segurança jurídica que o sistema democrático nos impõe, sem olvidar das particularidades de cada concreto, porque essas particularidades podem ser justamente a chave para, em casos como os descritos acima, se ter a necessária objetivação pelo procedimento em busca do melhor argumento pois, como vimos, o dever de fundamentação e argumentação de todos os atores processuais, cooperando entre si e com o juízo, não pode ser ignorado sob pena da decisão não poder ao final ser controlada substancialmente.

É muito mais fácil trabalhar com a consciência, pois a neutralidade é algo impossível obtermos e construir algo mais palpável e executável por todos cria uma nova cultura em que o suposto direito alegado pelas partes não inviabilize na prática a cooperação com a atividade que irá primeiro enunciar qual direito foi efetivamente violado; após tornar esse direito concreto, deve-se assumir alguns deveres, pois

¹⁵² Sem fugir da temática e aprofundando a pesquisa para fins de comprovação da impossibilidade de alcançarmos a racionalidade objetiva, mesmo que mínima, de qualquer tipo de moral fora do Direito, segundo algumas teorias mais modernas apontam ser possível, traremos ideias alvissareiras e que com certeza levam-nos a uma imediata reflexão e ao mesmo tempo a uma certeza de que trabalhamos com um modelo colapsado. Cf.: SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **O cérebro que julga**: neurociências para juristas. Florianópolis: Emais Editora, 2023.

guiar para uma solução é muitas vezes consensual, mas com certeza tutelando de todas as formas esse direito, missão maior da jurisdição e que no penúltimo capítulo trataremos com mais vagar.

Dessa forma, é interessante que tenhamos a certeza de que é muito difícil de ter acesso direto à racionalidade; por isso, traremos a sublime pesquisa de Rosivaldo Toscano Júnior,¹⁵³ que assim se expressou de plano em sua obra que trata de uma parte inexplorada pelo jurista, o cérebro, destacando ainda a dificuldade do processo de tomada de decisão, porque o juiz é um ser humano como qualquer outro e isso não pode ser olvidado:

O leigo muitas vezes não percebe como a função de julgar é dura, muitas vezes, também para o julgador. Trata-se de um ser humano sujeito a preconceitos implícitos, raciocínios motivados, heurísticas e vieses, ou influenciado por algum evento externo que, do ponto de vista jurídico, seria considerado absolutamente irrelevante. Veremos a seguir o que esses fatores significam. Não há como evitar os tropeços de maneira absoluta: eles fazem parte até mesmo das melhores trajetórias de vida. E saiba: somente os juízes absolutamente inexperientes não têm seu rol secreto de arrependimentos. E, para alguns, inconfessáveis até para si próprios. Por isso tão importante estudarmos o funcionamento do cérebro humano. Compreender como se dão os processos de percepção, memória(s), consciência e inconsciente são fundamentais para quem atua na prática jurídica, para entender seu comportamento judicial e o dos demais atores jurídicos. Entender que o discurso da racionalidade é, de certa forma, uma ilusão. Não que a racionalidade não exista, mas ela não deve ser colocada num pedestal, porque, em boa medida, somos movidos por processos intuitivos que agem abaixo da linha da consciência, aos quais não temos sequer acesso direto...Pode ser que para alguns as informações aqui trazidas sejam incômodas, porque contrariam algumas crenças arraigadas ao formalismo jurídico que continua a forjar o ensino e a prática forense (pelo menos no Brasil) até os dias atuais. A esse incômodo se dá o nome de **dissonância cognitiva**, que é o conflito entre as crenças pré-existentes e as evidências que aparecem na realidade. Com isso, somos tendentes à negação e ao uso do **raciocínio motivado**, tendencioso, que não visa a encontrar uma resposta fundada na lógica, mas sim uma 'verdade' que se adequa à manutenção das crenças...Trata-se de um desafio para quem lida diuturnamente com o direito, que se baseia em uma suposta verdade construída em argumento e retórica. O direito, aliás, tem uma natureza que é prioritariamente prescritiva. O jurista que passa a estudar também uma ciência eminentemente descritiva e cujo fundamentos estão em evidências surgidas de experimentos testados, como é o caso da ciência do cérebro, amplia seus horizontes. Como mostrarão as pesquisas e reflexões trazidas aqui, há questões que, a princípio, soariam até irrelevantes ou que passariam despercebidas, mas que diante de evidências científicas, mostram-se tão impactantes – para não dizer, em alguns casos determinantes para o comportamento e o processo cognitivo de tomada de decisão dos envolvidos no processo judicial.¹⁵⁴

¹⁵³ SANTOS JÚNIOR, 2023.

¹⁵⁴ TOSCANO JÚNIOR, 2023, não paginado.

Por mais que também seja muito difícil operacionalizarmos e por conseguinte, controlarmos todas essas novidades que a obra de Rosivaldo Toscano nos aponta, não podemos simplesmente desconsiderá-las, como muitas vezes fizemos no curso da própria evolução do Direito e da sua ínsita argumentação.¹⁵⁵ Logo, pensamos que as descobertas desses conhecimentos podem ser úteis para que deixemos de lado, de uma vez por todas, como enunciamos, a busca pela verdade e a racionalidade que, como vimos, não é acessível de forma direta, daí porque com esses limites bem claros, a interpretação e argumentação jungidas poderão ser mais eficientes, em especial para conseguirmos o mais importante: a tutela dos direitos, ficando as outras formas reparatórias como possíveis escolhas das partes.

Ainda sobre a missão do juiz no que tange ao processo de tomada de decisão judicial, na relação que estamos fazendo aqui com o modelo proposto, traremos mais uma passagem da obra de Rosivaldo Toscano para ratificar o quão complexa é essa atividade, que para ser bem cumprida tem que ter a exata ciência de tudo que a envolve.¹⁵⁶ Vejamos:

Se, afinal, a jurisdição é dizer o direito, começo refletindo sobre o sujeito responsável por exercê-la: o juiz. Por trás da magnificência de uma toga há, na essência, sempre, um ser humano igual a qualquer outro, com anseios, angústias e defeitos, repleto de esperanças e sonhos. Esse é o ser humano magistrado. Mas o que você, enquanto advogado ou cidadão, espera dele? Se eu fosse especular, diria que você responderia que ele fosse o melhor tomador de decisões que possa existir. Espera-se que o juiz consiga se apartar de qualquer preconceito, gosto, valor ou crença capaz de influenciá-lo na decisão. Espera-se que ele se dispa de qualquer emoção que possa lhe turvar a racionalidade e que não confunda direito e moral. Espera-se que ele seja objetivo, mesmo diante de questões que envolvam forte carga emocional e decida de modo a preservar a integridade do sistema jurídico. Creio que você espera ser ele imune a influências ou manipulações de pessoas ou de eventos estranhos ao caso. Certamente você espera que ele ouça muito bem cada uma das partes (em especial a sua), que seja exemplo de prudência e que trate o caso com um zelo ímpar. E, claro que seja a expressão humana de uma pessoa justa. Em suma, o juiz Hércules, de Dworkin.¹⁵⁷

Se fôssemos propor um modelo para que as crenças das pessoas nas características apontadas viessem a ser atingidas, estaríamos enganando deliberadamente a todos e criando algo que na prática não teria nenhuma serventia,

¹⁵⁵ TOSCANO JÚNIOR, 2023.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid., não paginado.

e não é isso que estamos fazendo nesse trabalho; pelo contrário, nosso esforço tem sido grande para que deixemos de lado a fantasia de que os atores processuais estão livres das percepções e ínsitas pré-compreensões de tudo.¹⁵⁸ A partir disso, propomos algo palpável em termos de operacionalização e, o mais importante, sem inovarmos dentro do ordenamento jurídico, ou seja: com tudo que se positivou no CPC e a natural evolução das teorias argumentativas, é crível que pelo procedimento discursivo dialógico, com a intransponível ocorrência do contraditório, tenhamos argumentos que possam convencer quaisquer auditórios e sempre permitindo o efetivo controle.

Destarte, o modelo proposto, mesmo não encampando tudo que o realismo jurídico em todas as suas vertentes nos apontou ao longo da evolução dessa árdua tarefa de decidir, inclina-se justamente pelas particularidades de cada concreto. Assim, o marco teórico de Riccardo Guastini, em suas duas obras clássicas consolida a ideia de que texto e norma não só são distintas, mas que o ato de interpretar não se descola da própria argumentação jurídica, de modo que devem os atores processuais, em especial, preocuparem-se tanto com a interpretação dos fatos como dos textos normativos, tendo suas distinções pela peculiaridade de cada um.¹⁵⁹

Ricardo Guastini foi muito bem recepcionado aqui porque se preocupou em estudar a fundo as duas atividades: a interpretação e a argumentação, e a dissociação reside tão somente no aspecto cronológico, pois se dão para o processo de forma conjunta em nosso sentir, e a grande celeuma reside no aspecto da intensidade de discricionariedade, pois como vimos para ele o juiz e os demais atores vão atribuir o sentido a partir da própria interpretação que traz o resultado da norma, não havendo uma mera reprodução de um sentido prévio.¹⁶⁰ Logo, quando os textos são ambíguos ou até mesmo omissos em alguns aspectos, a atividade de interpretar e argumentar vai apontar o devido sentido, criando/construindo ou reconstruindo a norma individual.

¹⁵⁸ “Vige uma máxima no direito: *non quod est in actis non est in mundo*. O que não está nos autos, não está no mundo. Mas será que é verdade? Será que o julgador só decide, efetivamente, a partir do que está nos autos? Será que o juiz tem controle sobre isso ou existem fatores que estão fora dos autos e que interferem no processo cognitivo de tomada de decisão? Será que nós juízes julgamos com base em questões puramente técnicas e normativas, conseguindo sempre impedir a interferência de preferências pessoais e políticas? A racionalidade discursiva consegue evitar que isso ocorra em nosso comportamento e em nossas decisões?”. Ibid., não paginado.

¹⁵⁹ GUASTINI, 2005, 2013, 2015.

¹⁶⁰ Ib., 2015.

Essa construção/reconstrução ou até mesmo criação não pode ser tão aberta como muito bem criticou Herbert Hart, ao destacar a “zona de penumbra”, mencionando que até mesmo o ato em si de enunciar trata-se de uma “zona luminosa” ou de “penumbra”.¹⁶¹ Já temos uma escolha, e esta fica para o intérprete/aplicador; contudo, em nosso sentir, mesmo concordando com tais premissas, a margem de possível discricionariedade sempre vai ser exceção e a possível escolha dar-se-á a partir das peculiaridades de cada caso concreto, retirando do juiz a escolha livre de valores que não estejam devidamente catalogados em textos normativos, facilitando o controle “*a posteriori*”.

É oportuno que ensejemos as próprias expressões linguísticas utilizadas por Riccardo Guastini, que também entende que contemporaneamente a linguagem assumiu uma importância fundamental para todo o processo de interpretação e argumentação,¹⁶² encampando as ideias de Hans-Georg Gadamer nesse tocante e preocupando-nos com a impossibilidade de descambar para arbitrariedade:

Pode-se sustentar, todavia, que os intérpretes – em particular, os juízes – fazem uso da discricionariedade não somente no decidir a solução de controvérsias que caem na ‘zona de penumbra’, mas também ao decidir se uma controvérsia cai, ou não, no núcleo ‘luminoso’... A primeira garantia é a obrigação de motivar toda medida judicial... Evidentemente isso impede que os juízes decidam arbitrariamente. A obrigação de motivar, enquanto tal, sujeita os juízes a alguma forma de controle social – sobretudo, o controle crítico que é exercido pela própria cultura jurídica.¹⁶³

Na segunda obra **Interpretar e Argumentar**, o autor deixa claro (e nessa parte o acompanhamos) que proposições de política e de moral são projeções de emoções humanas que são, por conseguinte, subjetivas, irracionais e incontroláveis pela ciência do Direito, o que o leva a adotar o ceticismo semântico moderado, pois na primeira obra, “*Das Fontes às Normas*”, afirmou que “em direito, a interpretação

¹⁶¹ STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5277/35200-68115-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁶² É bom deixarmos claro que Riccardo Guastini sempre partiu dos referenciais teóricos de Kelsen nessa parte da interpretação, ao defender a questão da discricionariedade, aqui por nós mais delimitada pelas particularidades de cada caso concreto e a criação da norma individual, comparando com a criação das normas em abstrato pelo legislador. Ressaltamos, também, que ele ao se referir a atividade jurisdicional traz a ínsita necessidade de motivação, distinto da criação pelo legislador. Logo, este tem muito mais discricionariedade que não precisa necessariamente de justificação na mesma linha que os atores processuais. Cf.: GUASTINI, 2015.

¹⁶³ GUASTINI, 2005, p. 264, 265.

seria a reformulação dos textos normativos das fontes”,¹⁶⁴ fato que vimos acima ter evoluído ao aceitar a existência de zona de penumbra e a “linha de fronteira” dos significados dos textos normativos, categorizando a ideia de “trama” ou “textura aberta” da norma.

Por mais que Riccardo Guastini defenda a existência de uma discricionariedade nesses casos,¹⁶⁵ o importante é que, em momento algum, ele olvida dos limites e isso o diferencia em relação aos demais realistas jurídicos, daí porque dentro do que propomos há um alinhamento, pois as regras, mesmo sendo imperfeitas, devem sempre ser seguidas, não só pelo aspecto democrático, mas pelas funções que são por elas exercidas. Ele, em dois outros momentos, assim se pronunciou sobre limites:

As decisões interpretativas de operadores legais são condicionadas, como é natural, por seus interesses práticos (político, econômico, profissional, etc.), suas ideias de justiça, pela aceitação de várias decisões na cultura jurídica existente, bem como – por último, **não menos importante – pelos constructos conceituais elaborados pelos juristas acadêmicos, ou pelo dogma legal**¹⁶⁶ É ‘plausível’ um sentido que pode ser defendido com argumentos persuasivos e, dependendo da realidade social, pode ser aceito pela cultura jurídica em questão.¹⁶⁷

Portanto, como deixamos claro desde o início, a partir das pertinentes críticas de Lênio Streck,¹⁶⁸ precisamos, de uma vez por todas, assumir que, infelizmente, essa postura de trazer posições morais e políticas, ou seja, questões ideológicas para a construção das decisões é uma realidade que transforma essa prática em exceção, de modo que as lições mais contemporâneas de Riccardo Guastini possam justamente encontrar guarida nas particularidades de cada concreto e não nesses referenciais que como visto são incontroláveis; na prática, conduzem a uma espécie de despotismo, incontrolável por excelência.¹⁶⁹

Como complemento ao que trouxemos até agora, como forma de referenciar o detalhamento mais enfático do modelo proposto, é importante que reforcemos o substrato teórico com as interessantes ideias de Frederick Schauer,

¹⁶⁴ GUASTINI, 2005, p. 26-28.

¹⁶⁵ *Ib.*, 2013.

¹⁶⁶ *Ibid.*, não paginado, grifo do autor.

¹⁶⁷ *Ib.*, 2015, não paginado, tradução nossa, grifo nosso.

¹⁶⁸ STRECK, 2010.

¹⁶⁹ GUASTINI, 2015.

que, em nosso sentir, de forma irretorquível adequam-se à linha desenvolvida;¹⁷⁰ primeiro, porque se acosta aos pensadores que procuram resgatar a credibilidade das normas, como forma de prestigiar a segurança jurídica e conter possíveis arbitrariedades judiciais, prevendo na essência do que defende a ideia de uma auto contenção do Judiciário; segundo, porque não despreza as particularidades do caso concreto, somente não as tem como preferenciais.

Após Frederick Schauer expor variados modelos, inclusive dois deles extremados em que um supervaloriza as regras (formalista puro) e o outro, as particularidades do caso concreto (particularista),¹⁷¹ entendemos que mesmo não havendo um modelo infalível e aqui vem a nossa maior admiração pelo estudioso, pois realmente é impossível que tenhamos qualquer modelo que seja completo e que possa de forma precisa ser eficiente para todos os casos, trabalhamos com a ideia do denominado **positivismo normativo** (para alguns, *ético*) e, ao fazermos uma comparação com o particularismo, que é sensível às regras, temos uma distinção crucial para fins do que pensamos ser o mais adequado na contemporaneidade.

Destacamos, ainda, que as regras são fruto de um processo de generalização indutiva e que por isso, muitas vezes, elas não conseguem abarcar todas as situações, o que inclusive é natural ao tratar dos problemas da **sub e sobre inclusão**,¹⁷² que nos dois modelos a que nos referimos ainda que de modo perfunctório, tais problemas são compreendidos para fins de argumentação como justificativas subjacentes, que podem, em cada caso e modelo, prestigiar a regra ou o próprio caso e tudo isso sendo devidamente detalhado no procedimento argumentativo, facilitando o controle.

¹⁷⁰ SCHAUER, Frederick. **Pensando como um advogado**: uma nova Introdução ao raciocínio jurídico. Editora Thoch, 2021.

¹⁷¹ FERREIRA, Emanuel Melo. O positivismo presumido de Frederick Schauer e sua aplicação na interpretação judicial das regras de competência constitucionais. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 37-53, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/5438/pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁷² Frederick Schauer cita como exemplo uma regra que proíbe a entrada de cachorros em um restaurante, trazendo como fato que culminou a feitura da regra, que tal animal causou uma desordem no ambiente. Daí leva-nos a pensar sobre a generalização total ou não de tal regra a partir das categorias de sub e sobreinclusão. Cf.: ROSA, Natália Amaral. **Filosofia e regras jurídicas**: uma análise do problema da sub e sobre inclusão em Frederick Schauer. 2019. 74 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/17440/DIS_PPGFILOSOFIA_2019_ROSA_NATALIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 2 set. 2022.

Como vimos, os modelos trazidos por Frederick Schauer, dependendo justamente das particularidades de cada caso e a necessidade impostergável de efetiva tutela dos direitos, serão por nós aproveitados, em especial o positivismo presumido,¹⁷³ que tem como distinção do particularista sensível às regras, a ideia de maior restrição à liberdade do julgador, já que neste último as regras nem sempre irão ser privilegiadas, ou seja, poderão ceder às particularidades, mesmo que não se comprovem situações erradas, diferente do presumido, que tem como maior mérito a postura de contenção do Judiciário, enquanto o outro tem o que o autor chama de ativismo controlado.

A sutil diferença relatada acima, na prática, é bem relevante, e em especial no modelo proposto, pois a prevalência do texto normativo como ponto de partida em relação até mesmo as particularidades do caso concreto tem como esteio o respeito intransigente ao princípio democrático que também irá condicionar, pelo menos, as próprias particularidades, como destacaremos com mais intensidade na hora de defender a ideia de ocorrer pela jurisdição via processo a efetiva tutela do direito reconhecido, que tem que ter um pano de fundo no texto normativo.

Portanto, para nós, as ideias de Frederick Schauer após análise de todos os modelos podem, indubitavelmente, ser consideradas, pois trazem como norte a auto contenção do Judiciário ao controlar o natural ativismo que os princípios podem propiciar, sem deixar de lado as particularidades de cada caso concreto, que tornearão com destaque a construção da decisão sem que o referencial normativo seja deixado de lado.

8.6 DO DETALHAMENTO DE CADA PASSO DOS ATORES PROCESSUAIS

Vamos agora esmiuçar os passos que iniciamos no capítulo cinco a partir das premissas acima juntamente à questão dos Precedentes que já focamos de propósito antes, pois a questão da coerência e integridade faz parte da essência do modelo proposto, pois não podemos admitir que as decisões sejam diferentemente prolatadas em casos iguais. E quando houver a devida evolução, esta deve ocorrer também pela mesma via argumentativa.

¹⁷³ FERREIRA, 2019.

É imperioso em nossa perspectiva, dentro do que estamos propondo como padrão mínimo para todos os atores processuais na tarefa argumentativa, que haja sempre uma efetiva preocupação com o comportamento perante o processo em si, daí porque, mesmo que nossa defesa seja guiada pela maior objetividade possível, sabemos que não há como haver desprendimento total dos valores, o que torna ainda mais relevante a correção racional a ser seguida, uma vez que a ética argumentativa não pode ser olvidada.

Sobre essa ética argumentativa, para nós é imprescindível ao modelo proposto a partir da necessidade de que o princípio da cooperação saia do papel. Artur Ferreira Neto, em valioso artigo em que homenageia o jurista Humberto Ávila, critica sua teoria de argumentação jurídica em uma primeira fase e traz como elemento fulcral a gramática argumentativa para buscar a maior aproximação possível da verdade como escopo e parâmetro, formando o que ele assim afirma sobre o que faltou à teoria criticada.¹⁷⁴

¹⁷⁴ “Considerando-se o escopo acima traçado, cabe esboçar, no reduzido espaço deste artigo, alguns elementos que podem ser considerados indispensáveis para a articulação de uma Teoria da Argumentação, os quais permitam compreender e avaliar essa atividade discursiva de forma mais completa, não apenas focando nos seus aspectos formais e linguísticos, como ocorre muitas vezes quando a atenção é destinada apenas ao estudo analítico das suas estruturas internas e à classificação das diferentes espécies de argumentos que são rotineiramente utilizados. Portanto, entende-se também necessário que uma Teoria da Argumentação leve em consideração o objetivo último desse empreendimento cognitivo, bem como as atitudes práticas que devem ser exigidas ou podem ser esperadas dos indivíduos que participam desse tipo de empreendimento discursivo. Sem o detalhamento teórico desses aspectos, qualquer atividade argumentativa acaba apresentando-se como algo artificial e completamente distanciada da realidade prática em que embates argumentativos são, de fato, travados, na medida em que tal modo de idealização formal da argumentação acaba obscurecendo o ‘para que’, em última instância, argumentamos e o ‘como devemos nos portar’ quando participamos de debates que visam a convencer terceiros da veracidade, validade ou plausibilidade das nossas conclusões. Desse modo, propõe-se, aqui, que uma Teoria da Argumentação deverá desenvolver, ao menos, três aspectos teóricos internos, quais sejam: (i) uma teoria da verdade (o ‘para que argumentar’); (ii) uma gramática argumentativa (‘com o que argumentar’); e (iii) uma ética argumentativa ‘como se portar na argumentação’... Considerando que mesmo a mais perfeita gramática não será capaz de criar – apenas por meio dos seus instrumentos linguísticos e procedimentos normativos – um ambiente discursivo satisfatório que espontaneamente garanta honestidade e sinceridade nas intenções dos agentes, que imponha respeito à dignidade dos interlocutores, que gere sentimentos de empatia e tolerância diante de um opositor e que vincule todos ao valor intrínseco de uma proposição verdadeira, determinadas exigências éticas deverão ser compartilhadas ou desenvolvidas pelos seus partícipes de qualquer atividade discursiva-dialógica. Isso porque a boa argumentação necessita não apenas das regras argumentativas corretas, mas de pessoas com traços internos que sejam capazes de lhes dedicar respeito e efetivação. Não é, portanto, exagero reconhecer que, sem uma ética argumentativa mínima, nenhuma argumentação será, de fato, possível. Tais considerações devem ser vistas como puro sentimentalismo ou como um sonho utópico? Entende-se que não, pois a atividade argumentativa, considerada em termos ontológicos e não apenas em termos lógico-formais, pressupõe a participação integrada de duas capacidades discursivas, exclusivamente, humanas, quais sejam: o intelecto e a vontade. Esses são, portanto, os dois ‘influenciadores’ de um discurso racional. E, enquanto capacidades humanas, conceitualmente, imperfeitas, tanto o intelecto, quanto a vontade poderão ser alvo de uso defeituoso. Exatamente

O comportamento ético perante todo o decorrer do processo faz a diferença substancial no processo argumentativo, não podendo mais aceitarmos que não haja limite algum face à defesa de seu suposto direito. O direito de ação e o outro lado da moeda como sempre exaltamos do direito de defesa, em que ambos peticionam ao Juízo para que se reconheça dado direito material, não pode compreender um comportamento de má fé e que claramente seja deturpador da ética processual que se exige, daí porque o estudioso Artur Ferreira Neto, de modo muito preciso, apontou a ética argumentativa como inerente a qualquer teoria que se disponha a enfrentar com a devida lealdade todas as teses que serão objeto do debate.¹⁷⁵

Portanto, além dos passos que servirão como bússola para todos os atores processuais, não podemos olvidar dessas pertinentes lições do professor Artur, que de forma elegante e cirúrgica, acaba apontando a ausência desse elemento em específico que, em nosso modelo, assume uma importância maior face à ligação indissociável com o processo constitucional que fora positivado no novo CPC e que tem como um dos maiores desafios entre todos os que participam do procedimento discursivo que haja uma cooperação real que só vai se efetivar quando houver respeito aos padrões éticos de comportamento.¹⁷⁶

8.6.1 Argumentação fática

Como vimos na apresentação inicial do modelo e deixamos patente desde o início, a argumentação jurídica necessariamente engloba a argumentação fática e

por isso, uma perfeita gramática argumentativa (considerando hipoteticamente que seja possível elaborar algo assim) apenas seria capaz de harmonizar os processos mentais do indivíduo que argumenta com as exigências lógicas e racionais que esse tipo de discurso irá, normativamente, impor. Com efeito, a só-retidão formal de mecanismos argumentativos não será jamais garantia do seu uso adequado dentro de determinado contexto real de aplicação, pois argumentar não é apenas um modo de pensar, mas também um modo de agir e tal ação para ser adequada em termos práticos não pode apenas buscar conformidade teórica, mas deve também ambicionar conformidade ética” Cf.: FERREIRA NETO, Arthur M. Teoria da argumentação jurídica em Humberto Ávila: uma análise crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 41, p. 499-552, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/download/1508/939/4836>. Acesso em: 2 mar. 2023.

¹⁷⁵ FERREIRA NETO, 2019.

¹⁷⁶ Não podemos olvidar também da importância dos demais elementos imprescindíveis para qualquer teoria de argumentação jurídica trazidos pelo professor Arthur Ferreira Neto no artigo citado acima, dando-se destaque à questão da gramática argumentativa e a importância da linguagem que como visto no decorrer do trabalho foi devidamente prestigiado, bem como o que ele cognominou de **teoria da verdade**, a qual de igual sorte também recebeu por nós a devida importância, pois mesmo não sendo possível atingi-la totalmente em todos os casos, é possível tê-la como parâmetro, buscando, sempre, a maior aproximação possível. Cf.: *Ibid.*

como muito bem nos ensina Manuel Atienza, a argumentação jurídica constitui-se como um caso especial de argumentação geral.¹⁷⁷ Logo, mesmo que não haja qualquer celeuma quanto aos fatos que demandam uma construção jurídica, não pode o procedimento argumentativo ignorar essa etapa, sendo, em nossa visão, o primeiro passo de qualquer um dos atores processuais.

Infelizmente, de um modo geral, não se tem dado o devido destaque ao acertamento dos fatos em uma atividade que busque, na maior medida do possível, a reconstrução exata de como os fatos aconteceram. Por óbvio, sempre junto com as próprias partes e suas teses, deve ser analisada a fundo a veracidade das afirmações, esperando que haja a devida lealdade e cooperação entre todos que estejam realizando essa importante etapa; daí a importância da ética argumentativa que falamos no tópico anterior.

Do mesmo modo que há a argumentação jurídica na construção e muitas vezes na reconstrução normativa, há também o uso de toda a potencialidade da linguagem. Quando há o respeito no que se refere ao contraditório, existe a permissão, num primeiro momento, que sejam desenvolvidas as teses e logo após, com as regras de produção probatória, a imposição dos respectivos ônus, pois uma diferença grande para a argumentação geral, dentro da práxis forense e a par do ordenamento jurídico, é a existência de presunções legais, exclusões e até mesmo alguns *standards*, em especial nos processos criminais.

Por mais que a argumentação dentro do processo em relação aos fatos também se utilize das regras de argumentação geral, existem peculiaridades que tornam esse tipo de argumentação bem diferenciada e que sequer é bem compreendida por leigos; daí a importância de que haja a maior justificação possível, utilizando inclusive a linguagem ordinária e sem tecnicismo; podemos citar, por exemplo, a aceitação pelo processo de algumas verdades, mesmo que não haja evidências científicas. Contudo, como existe o ônus para cada parte quando uma delas não se desincumbe do mesmo, acolhem-se dados fatos como se tivessem realmente acontecido.

Na argumentação geral e imaginando um debate entre teorias de um dado conhecimento que não o Direito, a busca por evidências persiste. No processo, em geral, não se faz necessário; logo, é imperioso que apontemos de plano as

¹⁷⁷ ATIENZA, 2006.

distinções, ressaltando que nas argumentações teóricas temos conclusões sobre como as coisas são e na argumentação prática procuramos estabelecer conclusões de como as coisas devem ser, deveriam ter sido ou deverão ser.

Essa diferenciação é crucial para o processo e dependendo do tipo de processo, cível ou penal, ainda temos outras distinções. Logo, por mais que recomendemos o uso das técnicas de argumentação geral, não podemos abandonar as regras peculiares que envolvem o processo jurídico, daí porque já na chamada acepção fática, as estratégias processuais e procedimentais passam a se desenvolver com muita veemência, trazendo, como exemplo, a própria demora em se adentrar ao mérito em si de como os fatos ocorreram, uma vez que temos as questões antecedentes que não envolvem necessariamente questões jurídicas e sim tentativas de ordenamento da própria tese ou então de imposição dela, pela sua versão, uma dada cronologia.

Outra distinção interessante e que tem muita relevância na hora da tomada de decisão, é como devemos argumentar em relação aos fatos, utilizando-nos da dogmática que aponta a argumentação institucional e a argumentação substantiva como espécies de argumentação prática, em que esta se qualifica pelo fato de trazer livremente quaisquer razões que são pertinentes para justificar a sua tese, como razões morais, políticas, religiosas e econômicas. Enfim, é o que entendemos a partir de cada caso como interessante para justificarmos a sua alegação. Já o outro tipo de argumentação não apela livremente para tais considerações. Pelo contrário, como o próprio nome sugere, restringe-se aos aspectos mais técnicos, sendo, por conseguinte, mais burocrata e mais **engessada**, respeitando sempre as regras pré-estabelecidas que guiarão a própria decisão.

A par dessas distinções e de tudo que já vimos até o momento, já podemos assinalar que, em geral, a decisão judicial deve vir lastreada em argumentações institucionais e, como consequência, justificativas institucionais dadas pelo juiz. Assim, ao permitir a liberdade das argumentações substanciais sem que haja uma anterior ordenação e até mesmo um consenso sobre as argumentações,¹⁷⁸ a decisão dificilmente terá a devida legitimação.

¹⁷⁸ No campo fático, o novo CPC no artigo 190, na parte probatória inclusive, permite que as partes possam dispor consensualmente dos tipos de provas aceitas e em tese até que se inove nessa parte, a liberdade acordada, de certo modo, flexibiliza a anterior restrição à argumentação institucional. Cf.: BRASIL, 2015.

Na argumentação normativa em relação aos fatos, segundo a argumentação tradicional, opera-se na ótica do silogismo jurídico a partir da procura por argumentos que possam justificar a conhecida premissa maior, utilizando-se das inferências lógicas. Não defendemos que se abandonem por completo tais referenciais, mas da mesma forma que até agora trouxemos elementos para validar a importância da atividade discursiva em busca dos melhores argumentos, com o efetivo enfrentamento de tudo que tenha vindo para o processo pelas partes, sem desprezarmos nada e muito menos sem fazer escolhas de algumas provas seletivamente, a argumentação fática tem que ser a mais ampla possível, devidamente detalhada e individualizada.

Portanto, a ideia nesse tipo de argumentação é sempre buscar a **melhor explicação** de como os fatos aconteceram e mesmo havendo de um modo geral a limitação supra da argumentação institucional, sabemos que na parte fática, tanto as partes quanto o juiz tem mais liberdade que a parte jurídica, daí porque é imperioso que todas as teses busquem um elemento que não pode ser olvidado nunca, a coerência, que dá a argumentação o que chamamos de consistência interna e eleva a qualidade em si da tese e, por conseguinte, sendo acolhida da decisão final.

Na argumentação contemporânea, não existe mais espaço, em nosso sentir, para que escolhamos sem qualquer justificativa um argumento a partir de um só elemento fático e passemos a tê-lo isoladamente como suficiente para que dentro do processo discursivo ele seja encampado. Na realidade, hoje temos que englobar tudo com a devida qualidade e buscar não só uma explicação razoável para o que aconteceu, mas trabalharmos de forma intensa para que a tese defendida seja acolhida pela força de cada argumento devidamente integrado entre si, sem que nenhum dos fatos possa ficar de fora sem uma justificativa plausível.

Da mesma forma da acepção jurídica, não há também como abandonarmos os recursos indutivos e dedutivos que defluem da lógica racional. O que defendemos é que possamos ir além desses meios e que o modelo proposto possibilite a amplitude acastelada, pois, a par da tese inicial de nossa parte, que como é cediço, delimita a ação. A argumentação em tese está montada sobre o marco e, com a devida contradição feita em peça de contestação, armamos de forma mais ampla o conjunto de teses a ser objeto da argumentação e para que, na parte fática, não tenhamos o devido debate, a decisão saneadora tem que ser clara nesse sentido.

Faz-se mister que haja, então, uma decisão saneando o processo, ordenando de forma clara o que fará parte da fase probatória.

Essa decisão saneadora sempre foi uma das decisões mais importantes do processo e, de certo modo, complexa, por depender das teses fáticas e jurídicas, ambas sempre conectadas. Sempre defenderemos que deve ser tomada da forma mais democrática possível, ou seja, mesmo quando não havia disciplinamento legal sobre o princípio da cooperação, que falaremos nele em tópico próprio, já não podia ser prolatada sem que as partes efetivamente participassem da sua construção, sob pena de uma tese poder ficar de fora. E como o juiz, em regra, não deve ter iniciativa probatória, as partes devem assumir diretamente esse controle.¹⁷⁹

Na argumentação fática que defendemos com a desejada amplitude e individualização de análise de todas as provas, sem que tragamos – além das pré-compreensões de todos os atores processuais que passarão pelo debate discursivo – elementos psicológicos totalmente desconectados do que se analisa e que impossibilita qualquer controle, temos, ainda, a prova pericial, que possui peculiaridades interessantes, pois por mais que em tese o julgador e os demais atores não tenham conhecimento técnico para análise mais esmiuçada da questão, não podemos simplesmente acolhê-las sem que enfrentemos alguns aspectos.

Primeiro aspecto é verificarmos a própria sintonia do laudo em relação ao que tem contido por toda a sua extensão e as suas conclusões, evitando acompanhá-lo sem qualquer tipo de enfrentamento. Daí a importância de se ter assistentes técnicos que além de facilitar a própria compreensão da prova, ainda trarão possíveis contrapontos, fato esse que sempre deve ser exaltado. Não é correto posições da Justiça que tão somente acolhem um dado laudo, sem sequer fazer a devida correlação entre o que se apurou e as demais provas trazidas.

Por outro lado, também não podemos ignorar o laudo pericial ou refutá-lo sem a devida fundamentação, o que mesmo sendo pouco comum, às vezes acontece. Enfim, a prova pericial não pode ser compreendida como um argumento de autoridade. Pelo contrário, deve ser devidamente cotejada com as demais provas e ao mesmo tempo passar pelo crivo do contraditório no sentido mais amplo

¹⁷⁹ Particularmente, sempre me orgulhei como juiz de nunca termos tido uma decisão saneadora tanto na época em que a prolatávamos na antiga audiência preliminar como no modelo atual, em que buscamos também o consenso nessa parte, que fora agravada, pois quando uma das partes, por exemplo, entendia que a decisão não abordava todas as teses, ouvindo a outra, decidíamos conjuntamente para abarcarmos tudo, o que fazia com que as partes se sentissem realmente participando de tudo como deve ser.

possível, sendo muito interessante que apresentemos o *expert* a uma audiência de instrução para esmiuçar em detalhes o seu laudo, facilitando o exercício de um possível enfrentamento da prova ou o seu acolhimento. Enfatizamos que não podemos dar o enfrentamento ou a acolhida sem a devida fundamentação.

Ainda sobre a argumentação fática, é imperioso que registremos a distinção entre verdade formal e verdade real a partir do que já falamos sobre teoria da verdade. A ideia é que sempre procuremos a maior aproximação possível da verdade através do processo e respeitando as regras, já que a verdade é inatingível na essência muito mais em relação aos fatos. Contudo, a situação prática das partes e o próprio juiz para que se contentem com a verdade formal, nada mais é do que uma convenção pela dinâmica do direito material envolvido, pois a par das regras sobre o ônus probatório, não há como agir diferente em algumas situações, sob pena de se colocar o juiz numa posição difícil, uma vez que ao final do processo, o juiz vier a ser atacado por uma parte que porventura, determinada de ofício venha a prejudicar, a imparcialidade restará, no mínimo, abalada.

Essa preocupação deve existir por parte do julgador na contemporaneidade, primeiro, porque não podemos esquecer que mesmo em algumas situações em que age de ofício, para, por exemplo, garantir a paridade das armas, essa ação deve vir com a maior justificação possível de elementos também fáticos e a devida comprovação em agir com tal iniciativa probatória, pois se assim não fizermos, toda a atividade jurisdicional pode vir a perder legitimidade, algo que sempre deve ser priorizado por todos que fazem o Poder Judiciário, incluindo os próprios advogados.

Sobre *standard* de prova e as peculiaridades do processo penal, é imperioso também que se afirme que dentro dessa abordagem no que tange à ampla análise de todo o cotejo probatório e com a devida individualização, evitando raciocínios conjuntos que simplesmente ignorem teses ou parte delas, sabemos que, por exemplo, não devemos condenar um acusado em que não se comprovou categoricamente os fatos contra si alegados. Logo, por mais que possamos psicologicamente entender sua culpa, como esta não tem como ser comprovada, a absolvição deve ser o caminho natural, já que temos esse referencial compreendido como *standard*.

Desta forma, também na acepção fática, não podemos decidir pelo acolhimento de dada tese amparado em elementos que não possam ser devidamente justificados. Na mesma toada, não podemos escolher o resultado e

buscar a todo custo a justificação após, pois esta deve surgir na discussão das teses com a amplitude e contraditório já mencionados, sob pena das decisões continuarem a ser tomadas de forma isolada.

Por fim, reforçando tudo que já dissemos e ao mesmo tempo comprovando com estudo de campo feito pelos professores Paulo Alves Santos e Claudia Roesler, no campo de ações penais que tramitavam junto ao Supremo Tribunal Federal, abordando a preocupação que devemos ter com a argumentação fática, em especial quando os acusados são condenados, assim se pronunciaram:

Além disso, a carga argumentativa que se emprega na prolação de uma condenação penal é ainda superior à carga argumentativa necessária em boa parte das decisões judiciais proferidas em outros campos do direito, pois o princípio da presunção de não culpabilidade levanta uma exigência probatória epistemológica bastante rigorosa em favor da defesa. Assim, a imposição de uma condenação penal, com todas as consequências na esfera jurídico-político do cidadão, exige do julgador um exercício argumentativo mais intenso, na tentativa de demonstrar que a sua reconstrução dos fatos é a mais aceitável e que a conclusão pela condenação, com base nos elementos disponíveis, é inafastável. Portanto, é razoável esperar que a “melhor forma” da argumentação dos Ministros do STF no campo fático-probatório estará nos acórdãos penais condenatórios, nos quais a Corte teve que, necessariamente, apresentar uma argumentação conclusiva e completa acerca da ocorrência de um fato criminoso e vencer a carga argumentativa exigida pelo princípio da presunção de não culpabilidade. Desse modo, após analisar individualmente cada julgamento, passamos a expor algumas das características encontradas... De outra parte, a valoração analítica deve abranger todos os fatos probatórios, não apenas aquelas que o juiz estime que conduzirão à sua conclusão, mas também - e sobretudo - aqueles que, caso fossem valorados de forma distinta, conduziram à conclusão diversa. Com efeito, de nada adiantaria a exigência de um exame detalhado sobre as provas se fosse permitido ao juiz, ao seu arbítrio e sem justificação, excluir da valoração probatória aqueles elementos que contrastam com a versão dos fatos que se pretende adotar. Desse modo, a justificação dos fatos somente será completa se houver a fundamentação do porquê de não serem críveis aquelas provas que não endossam a reconstrução dos fatos acolhida na decisão... Do ponto de vista epistemológico, o descarte de qualquer elemento probatório produzido sempre gera uma perda na solidez da argumentação em matéria de fatos. Isto porque, caso fossem elementos probatórios que convergissem para a conclusão adotada pelo juiz, deveriam ser mencionados para tornar mais segura a reconstrução fática. De outra parte, caso fossem elementos probatórios que contrastassem a versão dos fatos reconstruída na sentença, deveriam ser expressamente repelidos, identificando-se sua incoerência, ausência de fiabilidade, incapacidade explicativa ou qualquer outra falha epistemológica, sendo certo que esta refutação dos elementos contrários conduziria a uma corroboração da hipótese acolhida. Desse modo, na valoração das provas presentes no processo, deve vigorar uma orientação tendente ao máximo aproveitamento dos elementos probatórios disponíveis... Para este objetivo, é útil o desenvolvimento de uma valoração analítica nas decisões, em que sejam individualmente avaliados, com a precisão necessária, todos os fatos probatórios. Além disso, é preciso evitar a desconsideração de fatos probatórios sem motivação explícita, bem como a simples enunciação dos fatos probatórios no texto da decisão sem que se apresentem os critérios de valoração e o peso a eles atribuídos no raciocínio

probatório. Por fim, deve ser empregado o maior esforço possível para tornar explícitas as máximas de experiência utilizadas na argumentação, com uma avaliação criteriosa acerca de sua fundamentação e do seu grau de probabilidade causal.¹⁸⁰

Em todos os acórdãos condenatórios analisados, infelizmente, verificamos a não análise de todo o conjunto probatório e a escolha sem a devida justificativa de uma prova com exclusão das demais provas, a partir do que entendemos ser razão de decidir, ferindo de morte a ideia do contraditório também aplicável à argumentação fática. Registramos, ainda, as conclusões do estudo:

Esta pesquisa propôs uma aproximação empírica à prática decisória do Supremo Tribunal Federal no julgamento de ações penais originárias. De um modo geral, constatou-se, nos acórdãos examinados, uma tendência a não exposição completa dos fatos probatórios presentes no processo, limitando-se a Corte a tecer considerações acerca daqueles elementos considerados relevantes para sustentar a hipótese fática admitida. De outra parte, não se verifica nos acórdãos uma efetiva valoração da prova, mas uma simples enunciação dos elementos probatórios e das conclusões que dele decorreriam naturalmente, como em uma dedução lógica. Não há, assim, uma justificação efetiva do porquê de determinadas provas serem consideradas em detrimento de outras ou das razões pelas quais deve-se admitir que determinado fato probatório é fiável. Do mesmo modo, ao empregar máximas de experiência na reconstrução dos fatos, não há uma efetiva justificação destas máximas nos acórdãos, as quais muitas vezes sequer são explicitamente apresentadas... Com o exame de condenações proferida pela Suprema Corte brasileira, na qual se espera que estejam as melhores práticas decisórias, percebe-se que há um caminho longo a ser percorrido na tentativa de tornar efetivo o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais em seus aspectos fáticos. Este caminho passa, necessariamente, pela assimilação da argumentação em matéria de fatos como uma ferramenta indispensável aos práticos do direito, à compreensão das complexidades inerentes ao raciocínio fático-probatório e ao desenvolvimento da epistemologia jurídica como disciplina capaz de auxiliar os juristas na busca pela verdade fática no contexto judicial.¹⁸¹

Dessa forma, infelizmente, retratamos uma realidade que tem ocorrido nesse primeiro passo defendido em sede de argumentação fática e de um modo geral nas demais fases da argumentação, daí porque o modelo proposto, em sendo cumprido, resolverá em parte esse problema, pois pode continuar existindo fundamentação inadequada, mas não ausência total de fundamentação em situações que precisam

¹⁸⁰ SANTOS, Paulo Alves; ROESLER, Claudia. Argumentos e fatos no Supremo Tribunal Federal: exame de acórdãos penais condenatórios. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 916-949, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/51699/36769>. Acesso em: 6 maio 2023.

¹⁸¹ SANTOS; ROESLER, 2022, p. 946-947.

claramente de uma posição da Justiça e esta deve vir com o trabalho conjunto de todos que atuam em um dado processo.¹⁸²

8.6.2 O texto normativo necessariamente como ponto de partida do processo argumentativo

Após o acerto dos fatos dentro do que é possível e necessariamente o fazendo também pela atividade argumentativa enunciada no tópico anterior, iniciamos com a devida conexão entre as atividades fática e jurídica, a parte de análise das questões de Direito, sendo imperioso, como frisamos desde o início do trabalho, que se obedeça ao princípio democrático, de modo que através do processo judicial não subvertamos a ideia natural do que prescreve nossa Carta Magna, pois cabe ao Legislativo a escolha dos valores morais que são dispostos através da linguagem dos textos normativos e que guiarão a aplicação pelo Judiciário.

Essa concepção básica vem, infelizmente, ao longo dos últimos anos, em especial a partir do movimento de Constitucionalização do Direito, que criou o que tem sido chamado de Neoconstitucionalismo, sendo desrespeitada sem que tragamos racionalmente e da forma mais objetiva possível elementos que justifiquem esse desvirtuamento. Por mais que defendamos, também, desde o início que as particularidades de cada concreto devem torner a decisão a ser encontrada por todos os operários do Direito, em momento algum aceitamos que se ignore o ponto de partida idealizado, bem ou mal, pelos Legisladores.

É justamente nesse bem ou mal que reside toda a celeuma. Por mais que possamos ter várias críticas a algumas opções legais, as disposições normativas que permitem uma abertura aos atores processuais, regulam a permissividade dada pelo próprio legislador que, de forma consciente ou não, possui limites.

Esses limites devem ser exteriorizados da forma mais clara possível, justamente para que permitam o controle em si da própria decisão. Quando não existe a materialização dos limites da atividade jurisdicional, de certo modo,

¹⁸² No STF e infelizmente na maioria dos outros Tribunais, temos um problema que reputo muito mais grave, e já enunciamos em nota de rodapé e que oportunamente vamos retomar: a ausência total de efetivo debate entre os julgadores dos órgãos colegiados, de modo que a decisão ao final se dará pela soma de votos individuais que em momento algum foram confrontados, sendo inclusive muito difícil extrairmos a "*ratio decidendi*", o que torna o julgamento nos Tribunais uma atividade mecânica por excelência.

franquia-se ao aplicador inúmeras opções que podem ir além ou até mesmo aquém do que foi regrado pelo Legislador. Usamos de propósito a palavra **regrado**, pois mesmo que não discutamos a intensidade das novas funções dos princípios em nosso ordenamento jurídico, tanto a nossa Constituição como os demais textos normativos possuem muito mais regras do que princípios e essa realidade faz a diferença na hora da aplicação.

Portanto, mesmo compreendendo e de certo modo, como vimos, incorporando algumas premissas dessa escola, os estudiosos do realismo jurídico, em especial o americano e o escandinavo, pois o genovês/italiano tem algumas peculiaridades, abandonam quase por completo, a ideia normativa, pois esta só teria validade na aplicação real em si pelos Tribunais, fato que não corroboramos, já que no nosso modelo o ponto de partida deve ser a primeira ideia de cada ator processual em relação ao seu entendimento em abstrato do significado constante no texto normativo, mesmo que impregnado de suas pre-compreensões.

Dizemos isso justamente porque não se pode ignorar o que vem disciplinado pelo Legislador, abstraindo, por enquanto e de propósito a própria discussão da categorização como regra e princípio, pois mesmo defendendo que façamos esse raciocínio inicial, sua importância fundamental dar-se-á justamente no cotejo com as particularidades de cada concreto, sendo para nós impossível que fechemos a questão de forma definitiva, já no início do processo, se estamos a trabalhar com uma espécie ou outra.

Essa questão para nós é fulcral, em especial pensando na atividade do juiz propriamente dito, pois cada ator processual deve trazer suas teses e, por conseguinte, deverá fazer a catalogação se temos regras e princípios, somente regras ou somente princípios. Contudo, veremos que a partir do efetivo contraditório e entrelaçamento das teses com as particularidades, podemos nos aproximar do diagnóstico final do apontamento de qual espécie estamos laborando, ao ressaltarmos que o contraditório na forma defendida, com uma atividade discursiva aberta a todas as possibilidades e necessariamente sendo debatido tudo, dificilmente teremos problemas, já que todas as teses serão levadas em consideração para construção da norma do caso concreto.

Então, por mais que não possamos abandonar a diretriz trazida pelo texto normativo em abstrato num primeiro momento, a definição em si da espécie a partir das teses trazidas e o devido contraditório só se darão pela atividade argumentativa,

não se desprezando, por óbvio, tudo o que já se evoluiu quanto à própria distinção da espécie. Contudo, dentro do que propomos, não podemos “*a priori*” fechar questão se estamos diante de uma regra ou princípio que, em tese, para ser devidamente legitimado, precisa de uma maior intensidade argumentativa em relação à regra. E, ao cumprirmos o que fora combinado em relação ao procedimento, a definição surgirá naturalmente.

Portanto, em nossa perspectiva, o mais importante é que nunca haja desprezo pela parametrização normativa advinda do texto em si pela linguagem. Esta, como vimos, é, decerto, o que deverá sempre ser compreendida, interpretada e aplicada para fins de construção da norma do caso concreto. Logo, ao respeitarmos as opiniões em contrário, em especial nessa fase neoconstitucionalista a qual chamamos atenção, qualquer modelo deve, impreterivelmente, para início do debate, levar em consideração o que o texto em si nos propõe, não para que extraiamos tão somente seu significado, mas, obrigatoriamente, para que o sentido não seja abandonado na ideia de fusão de horizontes, expurgando o que se convencionou chamar de filosofia da consciência.

Para fecharmos esse raciocínio inicial após esmiuçarmos o *passo a passo* desse limite normativo que, ao mesmo tempo, é guia para encadeamento do desenrolar argumentativo, entendemos ser imperioso que tragamos a reflexão do jurista Adriano Soares da Costa, em texto que busca dialogar com Humberto Ávila, tanto na sua obra **Teoria dos Princípios** quanto na sua ideia de argumentação jurídica, sobre sua visão de que em algumas situações é razoável que deixemos de lado a orientação normativa pelas circunstâncias do caso concreto, justamente por uso de expressões que acabam na prática permitindo o subjetivismo, que para o autor é inaceitável:

De uma forma bem mais elaborada, Humberto Ávila busca superar o irracionalismo interpretativo que ostensivamente renega, através da adoção de um construtivismo **soft**, apontando para a possibilidade de controle **a posteriori** da interpretação pela comunidade do discurso. Há que considerar, nesse passo, a existência de uma preocupação sincera do jurista gaúcho com o descontrole da atividade criativa da interpretação, sem embargo de não promover ele os meios de compreensão de como essas limitações hermenêuticas se dariam, em que elas consistiriam e como poderiam ser observadas nos casos concretos em que fossem desafiadas. Há, é certo, uma influência dos pressupostos teóricos assumidos **em tese** pela corrente analítica genovesa atuando sobre pensamento de Ávila, para quem haveria uma desvinculação entre o texto e os seus sentidos, razão pela qual o significado não seria algo incorporado ao conteúdo das palavras, porém algo que dependeria do seu uso e interpretação. Diferentemente de Guastini,

todavia, não cede o jurista brasileiro ao psicologismo – ao menos em **tese** –, afirmando que, embora o significado dependa do uso, não surgiria de um que fosse específico e individual, de vez que existiriam **significados mínimos** incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Pois bem, o uso dos signos em situações concretas, dentro de uma vivência simbólica intersubjetivamente mediada, geraria **núcleos de sentidos** preexistentes aos novos processos individuais de aplicação, cuja demarcação positiva dos seus possíveis usos não seria dada de antemão, restando para o intérprete **limitações negativas**, indicando ao menos quais as situações em que certamente não se poderia utilizar determinado sentido na interpretação da disposição normativa. Embora sem explicitamente fazer essa distinção, Ávila separa o **ato de uso do produto do uso**: o **uso** seria o ato concreto do sujeito individual na atribuição de sentido ao enunciado, enquanto o **produto do uso**, o sentido de dever-ser que é a norma jurídica, passaria a fazer parte daquele **núcleo de sentidos** que preexistiria aos novos atos de aplicação como **significados intersubjetivados**, não precisando a toda situação serem novamente fundamentados. É certo que Humberto Ávila não ingressa em uma análise mais aprofundada da cognoscibilidade desse **núcleo de sentido**, bem assim do que seriam os **significados intersubjetivados** enquanto algo-aí que se põe em seu **ser-no-mundo-como-tal**, como idealidades que transcendem o conhecimento de um único sujeito empírico e se inserem em uma vivência comum simbolicamente constituída. Com essas premissas embauladas na mente, logo se vê que o projeto teórico de Humberto Ávila é mais ambicioso do que aquele produzido por Riccardo Guastini, porque há uma preocupação ali de amarrar as pontas soltas no processo de construção de sentido, com a pretensão nítida de acrisolar eventual queda para o irracionalismo ou o relativismo desbragado no ato de interpretação. Nada obstante seja essa uma preocupação que percorre o pensamento de Ávila, há uma persistente influência da teoria analítica do direito em aspectos decisivos, que termina por enfatizar o papel demiúrgico do sujeito no processo de criação da norma jurídica; exemplo disso é quando afirma que dispositivo algum conteria de antemão uma regra ou um princípio, dado que essa qualificação normativa sequer seria prévia ao ato de interpretação. Para ele, essa distinção entre regras e princípios seria construída pelo próprio intérprete, não estando a sua natureza jurídica e a sua significação incorporada ao texto, não lhe sendo pertencentes; a interpretação de um enunciado como expressando regra ou princípio seria dependente das **conexões axiológicas** feitas pelo intérprete quando do ato de aplicação. Essa é uma afirmação capital que desafia a nossa reflexão. O que seriam as **conexões axiológicas**, feitas pelo intérprete no momento da dação de sentido ao texto em uso no caso concreto, que estariam na medula da **decisão interpretativa**? Em primeiro lugar, seria conveniente compreender o que seriam os valores na visão de Ávila. Não encontramos em sua obra uma análise da relevante questão, salvo as pistas postas na afirmação da sua subjetividade intrínseca, é dizer, os valores dependeriam da apreciação subjetiva, sendo ateoréticos, não tendo significação objetiva, tampouco sendo verdadeiras ou falsas as proposições sobre eles. Ora, se as conexões axiológicas são feitas pelo intérprete a partir da sua experiência pessoal e dos seus sentimentos, apetites e visão de mundo, parece-me que há um deslizamento para o irracionalismo quando Humberto Ávila afirma que **O modo de aplicação não estaria determinado pelo texto objeto da interpretação**, e, sim, que seria decorrente 'de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar'. É dizer, o controle da adequada aplicação da norma jurídica deixaria de ser substancialmente feito a partir das disposições normativas, ficando aprisionado à análise das razões subjetivas do aplicador, escolhidas a partir dos seus valores individuais e próprios, que por sua vez seriam

operados pelas conexões axiológicas subjetivas intensificadas por ele, o aplicador.¹⁸³

Dessa forma, identificamos desde o início, como o primeiro e maior problema para argumentação jurídica proposta, o subjetivismo de quem vai compreender, interpretar e ao final aplicar o texto normativo. Se porventura, conseguirmos em cada operação nos livrarmos ao máximo de nossos valores pessoais e cumprirmos à risca o que estabelece o devido processo legal, com toda certeza a decisão final será a mais democrática por excelência.

Por isso que defendemos a ideia do efetivo contraditório como alicerce maior de todo o processo argumentativo que está, de maneira indispensável, presente em todos os passos ao fazer, por óbvio, a devida distinção entre os atores processuais que criam teses tanto fáticas quanto jurídicas e o juiz, que tão somente analisa as teses em debate sem poder inovar em nada, forçosamente leva em consideração as teses criadas.

Nessa conjuntura, defendemos que tanto a parte autora quanto a demandada de uma ação articule suas teses dentro da parametrização normativa, pois em assim não fazendo, suas teses jurídicas devem ser rejeitadas, já que sob nossa ótica, não há espaço para os alargamentos que temos visto na prática forense, ao ponto inclusive de se desprezar totalmente o texto normativo, o que na prática aniquila o princípio democrático.

Se os operários do Direito já tivessem esse limite em suas teses, com certeza dificultaria, sobremaneira, tanto o desprezo pelo texto normativo como o labor do juiz em uma inovação jurídica, pois estaria necessariamente ligado às teses das partes. Daí porque tudo que defendemos para os juízes também aplicamos para os demais atores com as devidas ressalvas distinguidas.

Portanto, é mais que oportuno deixarmos claro que não deve haver uma liberdade total e irrestrita para os peticionantes, pois tanto os textos normativos legais os direcionam como também os precedentes criados sob o crivo do devido processo legal. Não levamos esse fato em consideração, uma vez que a sequência dos atos dentro do processo argumentativo pode apresentar percalços e, por mais que o juiz possa tentar contê-los, certamente poderíamos evitar.

¹⁸³ COSTA, Adriano Soares da. ABDPRO # 115 A descritividade da ciência do direito: diálogo com Humberto Bergmann Ávila. **Empório do Direito**, São Paulo, 5 fev. 2020. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-115-a-descritividade-da-ciencia-do-direito-dialogo-com-humberto-bergmann-avila>. Acesso em: 2 mar. 2023. Grifo do autor.

Na realidade, por mais que o juiz fique atento a esse fato, pode acontecer de ambas as partes resolverem discrepar totalmente dos referenciais normativos, de modo a criarem teses que destoam totalmente de uma compreensão universal de dado texto normativo. O juiz, então, ficará preso a essas teses? Não, dado que por mais que seja importante asseverarmos que as ideias aqui trazidas são deveres de todos os atores processuais, existem peculiaridades que afetam o juiz e, nesse caso, respeitando o contraditório, determinamos a intimação dos que discreparam na visão do julgador a se manifestarem sobre a possível tese que será encampada, de forma que sempre a decisão final leve em consideração as ideias de todos que terão como obrigatoriedade a norma construída, sempre em conjunto.

Não há espaço na contemporaneidade para decisões isoladas do magistrado. Mesmo que presida o processo e que decida com a decisão prolatada, esta decisão não pode nunca ser tida como sua; primeiro, porque é do Estado; segundo, porque deve, necessariamente, ser uma decisão construída coletivamente e com a particularidade de que as teses debatidas são das partes e não do juiz que acolhendo uma ou outra, total ou parcialmente, deverá justificar, **argumentativamente**, as razões e permitir a devida influência, justamente porque o ato a ser originado é construído coletivamente, tendo sempre como parâmetro inicial o que o Legislador expressou no texto pela linguagem.

Dito de outro modo, em sendo dever indeclinável da atividade jurisdicional o respeito ao referencial normativo aqui por nós defendido, as teses jurídicas deverão ser criadas a partir do referencial e serão debatidas entre si, de modo que os argumentos contrapostos possam ser efetivamente discutidos. A partir dessa realidade de ponto e contraponto é que chegaremos a uma solução mais aproximada possível do que as teses trouxeram, mesmo que uma delas saia vencedora em relação ao acolhimento pelo juiz, ratificando, sempre que, em regra, o juiz não cria tese e muito menos pode surpreender as partes com uma tese que sequer foi debatida.

Por mais que o juiz se refira na decisão que assim procedeu visto que as teses das partes fogem ao referencial normativo, deve, por força do efetivo contraditório, determinar a manifestação prévia para que haja a devida influência das ponderações das partes sobre o que naquele momento o magistrado entende como **correto**, numa ideia clara de prejulgamento mesmo, pois se ele não acolher

nenhuma das teses, tem que claramente indicar a sua, permitindo que haja a devida manifestação e não surpreendendo na sentença.

Essas posturas de todos os atores processuais, em nosso sentir, não podem ser mais relativizadas e no modelo proposto é questão basilar. Com o agir no modelo proposto, teremos o devido debate de ideias e, por conseguinte, a argumentação defendida. Não há mais espaço para que as decisões não sejam verdadeiramente coletivas e que a argumentação dialética seja, necessariamente, um pano de fundo. Somente com esse agir objetivo e, para nós, indeclinável, o resultado aproximar-se-á do que fora escolhido pelo Legislador e não pelos atores processuais.

Portanto, para que concluamos o raciocínio, todos os atores processuais devem iniciar suas reflexões sobre a tese a ser feita e que pretende ver encampada pelo juiz. Afora a questão ressalvada acima, o juiz, sem qualquer tipo de exceção, tem que permitir a efetiva participação desses atores com suas teses ao longo de todo o processo sendo verdadeiramente influenciado, pois como está impedido de criar tese, acolherá uma das partes dentro da limitação enunciada. Dessa forma, o juiz não pode achar que tem liberdade total para se convencer. Pelo contrário, deve deixar de lado a ideia de livre convencimento e se preocupar em convencer não só os destinatários em específico da sentença como a todos. Isso só será alcançado por uma argumentação dialética e aberta, calcada nas particularidades de cada concreto, que justamente darão o toque necessário entre o referencial normativo e a eficiência da sentença quanto à tutela dos direitos reconhecidos.

8.6.3 Averiguar a metodologia a ser aplicada: subsunção ou ponderação a partir das espécies normativas encontradas em cada caso

Não podemos nesse trabalho devidamente limitado em termos de apresentação de um modelo de argumentação jurídica nos imiscuir na discussão hodierna da validade ou não da distinção que restou acolhida aqui em relação a regras e princípios; porém, até mesmo como parte integrante da proposta, é imperioso que analisemos a questão da subsunção e ponderação, o que de modo indireto propiciará o debate e se haverá, principalmente, indispensabilidade de se catalogar previamente o texto normativo como regra ou princípio e a forma de aplicá-lo.

Dentro desse contexto, já vimos que não podemos adotar um método tradicional ou mais contemporâneo por si só para fins da atividade argumentativa. Parece-nos que logo após fixada a ideia de que não podemos abandonar o referencial normativo tendo como vetor a sua catalogação, mesmo que em abstrato num primeiro momento, constituímos um passo importante para consolidação de cada tese que passará, por óbvio, pelo diálogo e debate, podendo, inclusive, ao final, haver modificação da espécie normativa, justamente pelas particularidades do caso que podem mudar a concepção inicial.

Por mais que tenhamos críticas à enunciação de que casos fáceis são resolvidos por mera subsunção e os difíceis por ponderação, não há como fugir dessa temática dentro do que estamos propondo. Ressaltamos que a própria catalogação prévia já se constitui na prática como patente emissão de juízo de valor e direcionamento. As partes por seus procuradores devem fazer isso mesmo e, de plano, deixar claro em suas visões se o caso será tratado de uma forma ou de outra. O juiz somente conduzirá o debate sem qualquer posicionamento prévio.

Dizemos isso porque infelizmente, na prática, muitos juízes já se arvoram em dada tese ao, por exemplo, sanarem o feito, o que não podemos aceitar; pois, se porventura, já se fechar questão com dada metodologia, estará, em nosso sentir, antecipando posicionamento meritório em relação às teses ou até mesmo criando uma tese já no início do processo, o que é, em nossa ótica, mais absurdo ainda.

Portanto, o que defendemos nesse passo é que os atores processuais que criam as teses já enunciem a questão metodológica como substrato de suas teses propiciando o debate, pois caso uma das partes entenda que se trata de mera subsunção e outra, por exemplo, da ponderação em relação à princípios, o problema para definição será mais complexo e a solução, em nosso sentir, necessariamente deve abarcar como antecedente lógico a possível aplicação da regra, que como visto deve ter prevalência em relação aos princípios.

Como vimos, a linguagem disposta no texto normativo é o primeiro referencial para que após a construção da atividade discursiva argumentativa se reconstrua ou até mesmo se crie a norma do caso concreto, esta sempre excepcionalíssima;¹⁸⁴ daí porque as partes devem necessariamente expor suas

¹⁸⁴ A atividade de criação dos textos normativos é feita inicialmente pelo Legislativo e como vimos a norma será construída no processo argumentativo. Por isso que defendemos a integração das atividades legislativa e jurisdicional. Por mais que de forma leiga se fale em normas criadas pelo

teses já trazendo suas percepções sobre como identificam o texto normativo, ou seja, como regra ou princípio. Assim, havendo divergência, antes mesmo do mérito em si, já será indispensável que cheguemos ao consenso nessa parte e se isso não for possível, a questão deve ser solucionada como questão prévia em uma decisão própria ou como capítulo da sentença e, certamente, terá relação direta com as teses desenvolvidas.

Agora, se não houver divergência quanto à catalogação de regra e princípio, a etapa seguinte é justamente analisar se é o caso de resolução por subsunção ou ponderação. Contudo, é imperioso que ao existir convergência de que se trata de uma regra, esta necessariamente deve ser levada em consideração como tal e por mais que possamos também aferir alguns princípios que a regra se alicerça, esta não pode deixar de ser aplicada para fins de privilégio a um dos princípios que a mesma tenha origem.¹⁸⁵

Como deixamos claro desde o início do trabalho, as regras também carregam valores e muitas vezes com uma intensidade generalizante de igual dimensão dos princípios, daí porque refutamos a ideia de que, em abstrato, já se faça a escolha por uma espécie ou outra e como consequência subsunção e ponderação. Na realidade, somente a partir das peculiaridades dos casos concretos e com as teses efetivamente debatidas, teremos uma cognição mais aproximada da verdade, sempre com a perspectiva de que contemporaneamente é melhor trabalhar com a verossimilhança e com as fundadas razões de lado a lado.

Com todo respeito que temos pela maior parte da atual dogmática jurídica, não podemos mais aplicar a concepção de que havendo conflitos entre regras, empenha-se o tudo ou nada, valendo somente uma e com princípios conflitantes. Quanto à ideia de dimensão de peso sem sacrifício algum de nenhum dos princípios, sabemos não ser verdade, porque sem mesmo discutirmos como se aplicou um dado princípio em relação ao outro, levamos em consideração o caso concreto. Quando aplicamos um, o outro, na prática, é rejeitado. Logo, o que defendemos é que todo esse processo se desenvolva por razões de lado a lado com efetiva

Legislativo, a norma tecnicamente só existe quando da aplicação pelo intérprete, daí porque não devemos atribuir ao Judiciário a criação em si de uma norma e sim a construção ou reconstrução pela via argumentativa.

¹⁸⁵ E, se porventura, na essência de dada tese, defenda-se que a regra deva ceder a um princípio, por exemplo, a questão acaba se tornando de mérito propriamente dito.

discussão, balizada sempre em concreto, sem que possamos resolver possíveis conflitos em abstrato, situação que infelizmente vem ocorrendo muito.

Outro aspecto que precisamos dizer nesse momento por mais que respeitemos as ideias de Robert Alexy quanto à ponderação de princípios de sua fórmula matemática,¹⁸⁶ refere-se à busca da razoabilidade e segurança jurídica, uma vez que tanto os doutrinadores que se debruçaram sobre essa configuração quanto os julgados não a aplicaram como o jurista sempre defendeu. Infelizmente, na prática, tivemos escolhas “*a priori*” feitas por juízo prévio de valores para depois encontrarmos uma justificção; e nenhuma teoria da argumentação labora nessa linha.

Destarte, parece-nos que em termos pragmáticos, obedecendo sempre a ideia do devido processo legal que estamos aqui a trazer como alicerce maior, continuamos defendendo a distinção das espécies normativas por mais que teoricamente não possamos alinhar todos os critérios distintivos trazidos. Assim, não haverá maiores problemas, desde que não cataloguemos nada em abstrato e principalmente com viés definitivo, pois, como vimos, somente as particularidades de cada caso concreto vão efetivamente proporcionar a definição da norma a ser produzida para o caso.

Respeitando sempre essa ideia de que as particularidades do caso concreto tornearão a norma construída, reconstruída ou até mesmo criada em específico para aquele caso com a devida argumentação jurídica em processo discursivo pleno, a distinção das espécies normativas em regras e princípios farão parte muitas vezes das essências das teses. Mas como será necessariamente debatido, o possível enquadramento errôneo poderá ser corrigido, daí porque, na mesma linha do referencial normativo primevo que a linguagem expressa, ressaltamos que o mais importante é que são textos normativos que precisam da devida interpretação e aplicação na forma preconizada e os diferenciais estão nas razões argumentativas trazidas justamente pelas particularidades de cada caso concreto.

Portanto, o passo em si ora disposto é também um referencial inicial, em especial para os atores processuais que criam as teses, e mesmo que resolvam não se preocupar com a distinção das espécies normativas, em uma linha mais contemporânea a partir de todas as novidades trazidas no trabalho, deverão

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificção jurídica: introdução à edição brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2008.

necessariamente apontar em suas teses como entendem os textos normativos concretizados. A proposta de catalogação prévia da metodologia, assim, surge como meio de propiciarmos o debate mais amplo para que todas as linhas de raciocínio sejam enfrentadas previamente para que o juiz possa ser primeiramente influenciado e, após, a norma surja como resultado de todo esse processo discursivo.

8.6.4 A aferição da possível inconstitucionalidade de dado texto normativo como antecedente lógico da atividade argumentativa proposta

Por mais que no modelo proposto todas as teses terão que percorrer o debate com efetiva discussão ampla de tudo que for trazido pelas partes, e que na prática hodierna, mesmo não havendo nenhum questionamento sobre a distinção entre texto normativo e norma, muitas teses, de plano, insistem em algumas questões que necessariamente devem se enfrentar antes do mérito em si que é a inconstitucionalidade. Ressaltamos que o texto normativo em si ainda é um material bruto e não a norma em si. Nesse viés, uma ou mais teses trazidas podem, de plano, insistir em um dado entendimento que força o juiz a ter que se preocupar com essa questão, inclusive aplicando todos os métodos de interpretação próprios do texto constitucional, abrindo-se uma questão fulcral dentro da própria tese.

É imperioso que, de plano, apontemos a impossibilidade de operarmos a interpretação e as demais técnicas da atividade jurisdicional como uma espécie de legislador positivo da Constituição, pois, na realidade, todas essas técnicas são valiosos instrumentos para acomodar no ordenamento jurídico interpretações possíveis de vários sentidos dentro daquele referencial normativo primeiro que destacamos. A partir de um dado texto normativo que pode inclusive nessa fase de análise inicial ter tido parte do seu texto suprimido em sede de jurisdição constitucional ou até mesmo processo em concreto, a interpretação conforme a Constituição pode ser mais adequada.

O mais importante é que nessa atividade, todos os atores processuais incluindo o juiz, não procurem substituir o legislador, já que a essência da análise é verificar se num primeiro momento o texto normativo em si, em sua completude ou de forma parcial já conduz a uma patente inconstitucionalidade, pois no decorrer do enfrentamento das teses, estas já podem afastar possível inconstitucionalidade, o que facilita demais todo o processo. Daí a importância de defendermos que a norma

será construída, reconstruída ou até mesmo criada com as limitações de praxe, via atividade argumentativa.

Dessa forma, por mais que sempre tenhamos defendido a ideia de um efetivo controle de constitucionalidade por parte dos juízes desde o início, como verdadeiro antecedente lógico do agir jurisdicional com o modelo proposto, é necessário que façamos algumas ressalvas. Em especial, a que não permite o juiz afastar qualquer interpretação de plano, sem que necessariamente submeta a sua ponderação aos demais atores, pois a norma do caso concreto está em construção e as próprias teses podem claramente escapar da linha desenvolvida pelo juiz. Logo, não há porque falarmos em inconstitucionalidade.

A maneira de conduzirmos o processo em efetivo contraditório revoluciona, por si só, a atividade jurisdicional, pois, como vimos, as teses serão criadas e desenvolvidas no curso da argumentação pelas partes. Nessa linha, a ideia natural de que o juiz, de ofício, possa afastar de plano dada interpretação deve ser revista, de modo que havendo concepção inicial de inconstitucionalidade ou até mesmo precedente vinculante ou persuasivo nessa linha, é capaz de intimar os demais atores processuais para devida manifestação, podendo haver tese de distinção ou até mesmo superação.

Assim procedendo, o juiz faz valer as indiscutíveis regras previstas no CPC nesse sentido e em especial o artigo 10º, na qual não deixa nenhuma dúvida de que possíveis questões de ordem pública não podem ser reconhecidas sem que haja a devida manifestação e poder de influência dos demais atores na futura decisão.¹⁸⁷ Logo, por mais que a declaração de inconstitucionalidade possa não ter uma repercussão tão grande dentro do mérito em si, pois existem outras teses, temos que expurgar da prática forense qualquer tipo de decisão surpresa.

Agora, se as partes de plano já entendem que o texto normativo por si só emana uma inconstitucionalidade ou se já existe um precedente de qualquer ordem em tal linha, devem externar imediatamente, efetivando-se o contraditório nessa parte, pois a ideia é que durante todo o processo argumentativo só se utilizem teses constitucionais, daí porque expurgamos o mais rápido possível qualquer possibilidade de que um texto ou interpretação que possa ser inconstitucional participe do processo.

¹⁸⁷ BRASIL, 2015.

E o mais interessante nessa estratégia é que garantimos a higidez constitucional da atividade jurisdicional com a confirmação de efetiva participação de todos os atores e o juiz vai decidir com um campo de conhecimento bem mais amplo. Mesmo sendo um dever indeclinável seu, verdadeiro antecedente lógico da atividade em si, dessa forma divide a responsabilidade, pois, em nosso sentir, todos os atores têm que necessariamente se preocupar em não permitir que dentro do processo de construção da norma surjam linhas de inconstitucionalidades.

Ao fazermos isso de plano, as teses serão desenvolvidas após a real superação da questão da constitucionalidade, de modo que somente em caso de eventual mudança de posicionamento em dada questão por parte do Supremo Tribunal Federal, voltaria a esse assunto no decorrer do processo, assegurando, ainda, segurança jurídica.

Portanto, tanto as partes quanto o juiz devem ter a iniciativa quanto à discussão sobre uma eventual inconstitucionalidade, só não podendo fazer sem que haja a garantia do efetivo contraditório, pois a partir dele é que teremos, na prática, a almejada discussão e a devida fundamentação específica que todo processo tem que ter sem qualquer exceção, e justamente pela argumentação jurídica ora proposta obteremos, na prática, não só o contraditório, mas principalmente uma norma que leve em consideração o princípio democrático e as particularidades do caso concreto.

Desta forma, o juiz realmente tem uma função muito importante no controle de constitucionalidade, não podendo olvidar nunca dessa missão, já que a atividade jurisdicional hodierna, por mais que respeitemos o princípio democrático, o legislador não pode ignorar as diretrizes constitucionais, tanto de ordem formal quanto material, pois quem faz a vigilância repressiva é o Judiciário e na parte que nos interessa, no caso concreto, o juiz ou Tribunal.¹⁸⁸

Entretanto, para o exercício desse mister, não só o juiz, como os demais operários, ao utilizarem os critérios hermenêuticos próprios a exemplo da interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, devem ter consciência da ideia de que não podem, dentre as

¹⁸⁸ O Tribunal, necessariamente, deve obedecer a chamada cláusula de reserva de plenário, em que somente o plenário ou órgão especial pode declarar a inconstitucionalidade e, assim fazendo, o órgão julgador aplicará o decidido de forma vinculante, ou seja, da forma que estamos propondo, de modo antecedente como uma espécie de capítulo da futura decisão, cumpre-se a mesma diretriz.

várias interpretações, priorizar aquelas que não validam o ato normativo. E mais, não podem também ir contra o próprio referencial do texto em si, como já destacamos. Se esse claramente conduz a uma inconstitucionalidade, que busquemos então durante o processo uma interpretação que acomode, mas nunca transformando a atividade jurisdicional em legislador positivo.

A ideia da atividade ora desenvolvida dentro do modelo proposto é justamente o contrário: expurgar aquelas interpretações que não se acomodem de modo algum com a constituição e não inovar no ordenamento jurídico, fazendo prevalecer sempre a supremacia do texto constitucional em relação aos demais atos normativos, de forma que todos, não só os que trabalham no sistema de Justiça, mas todas as autoridades tenham como norte de suas atuações os valores constitucionais.

8.6.5 A escolha dos métodos interpretativos em específico para cada caso

Por mais que já seja cediço da impossibilidade de adotarmos um único método para que processemos o debate argumentativo, não podemos deixar a atividade totalmente livre para que não organizemos as ideias quanto aos métodos que serão utilizados em específico, até mesmo para que a tese de cada parte possa ter êxito, bem como o juiz possa sanear o feito ordenadamente e não haver surpresa com surgimento de um método no curso do debate ou até no final. A partir de tal atitude, na prática, a utilização de um método não debatido provoca no adversário e na decisão um efeito indesejado, pois, como vimos, a questão do contraditório é algo que não pode ser excepcionado.

O sincretismo metodológico¹⁸⁹ é hoje uma realidade inexorável, pois, afastar “*a priori*” qualquer método não se constitui uma estratégia de argumentação

¹⁸⁹ Aqui se torna imperioso ao utilizar essa expressão se referir as pertinentes críticas de Virgílio Afonso da Silva quanto os uso desmedido do que se chama de métodos de interpretação constitucional, abandonando-se os tradicionais, e muitas vezes utilizando métodos incompatíveis entre si, logo o jurista, apesar da crítica, não defende a existência de um método universal único, pelo contrário, atesta que é prudente a utilização de vários métodos, desde que haja a preocupação com a possível incompatibilidade entre si e principalmente que se tenha a cautela de não sair importando os métodos da doutrina estrangeira, primeiro sem a devida adequação a nossa realidade, segundo e mais importante, aferir se realmente tais métodos vem sendo aplicados de onde se importou e se são eficazes em específico, pois infelizmente na prática sequer se testa o método e se resume a fazer explicação teóricas dos mesmos, o que não

interessante. Pelo contrário, dentro do modelo proposto e da importância que a linguagem assumiu com o giro hermenêutico e a relevância que se dá às particularidades de cada caso em busca da efetiva tutela de direitos, somente métodos específicos poderão ser eficazes para que a norma seja construída da forma mais fidedigna com os seus propósitos.

Nesse sentido, defendemos que as partes devam ser as mais claras possíveis quanto à metodologia a ser adotada, pois em havendo conflito nessa parte, o que inclusive é muito comum, o juiz, no saneamento, já promoverá a devida gestão desse conflito, ajustando de forma consensual qual ou quais os métodos a serem utilizados de forma muito transparente e sem que se envolva diretamente na tese. Salientamos que, algumas vezes, o resultado já apontado segundo dada tese, depende justamente do método adotado; assim ocorrendo, isso ficará também muito claro dentro do procedimento.

Por mais que tenhamos críticas a muitos métodos que na prática não têm muita operacionalidade, dentro do modelo proposto e objetivamente dando ênfase à questão do efetivo contraditório que propicie o debate em específico, em tese qualquer método, desde que o proponente seja claro na sua explicação, poderá ter serventia, pois, como vimos, não há método único e universal quando buscamos a solução pela via das particularidades de cada caso como estamos defendendo, justamente para que tenhamos a maior eficácia possível.

A realidade na parte metodológica sofre o problema de falta de análise concreta, ou seja, as partes, no que tange aos métodos usados em suas teses, explicita-os em abstrato e até mesmo inserem outros que sequer tem aplicabilidade no caso, o que dificulta todo o processo, pois temos obrigatoriamente que nos adequar à realidade de cada caso e todas as conjecturas sem plausibilidade alguma ao que está sendo discutido de forma específica, uma vez que somente atrapalha o processo com perda de tempo para refutação e muitas vezes tumultua o saneamento.

Portanto, da forma proposta, o dissenso metodológico será na realidade um trunfo a favor da atividade jurisdicional acaso as partes e o juiz na sequência cumpram o que for estabelecido, já que a especificidade do método é um instrumento importante para que a norma realmente seja eficaz. Daí a necessidade

de que haja a combinação entre todos esses elementos outrora olvidados e que no modelo, sendo devidamente prestigiados, propiciem uma potencialização do resultado.

Por fim, dentro do que preconizamos nesse importante passo, não podemos confundir a incompatibilidade mencionada com a patente possibilidade de que alguns métodos possam ser utilizados simultaneamente e até mesmo inicialmente inseridos em um ambiente de divergência, pois o juiz deve ser o gestor desse primeiro conflito, procurando a harmonia para que tenhamos uma eficácia maior, justamente ao se referir, desde o começo, às peculiaridades que podem ajustar a possível incompatibilidade.

Por outro lado, é imperioso que todos os atores processuais, mesmo nessa fase proposta de ajuste metodológico, não aceitem laborar no processo argumentativo com teorias metodológicas que são incompatíveis na essência, em especial quando se tratar de direitos fundamentais, aos quais sabemos que muitos desses casos são considerados complexos porque não se delimita “*a priori*” o campo de abrangência de dado direito e o possível choque não deve ficar jungido em abstrato.

Em outras palavras, existe uma classificação bastante difundida no Brasil das teorias de Robert Alexy¹⁹⁰ e Friedrich Muller¹⁹¹, sendo a primeira considerada externa e a segunda interna, em relação à forma de restrição dos direitos fundamentais que, na prática, estabelece-se inicialmente em qual das teorias o processo deve seguir. Assim, teremos uma diferença considerável, que inclusive, “*a priori*”, acaba correspondendo com o mérito em si.

Para Robert Alexy é possível sim a restrição de direitos fundamentais pela análise em específico, fazendo a famosa ponderação de bens e interesses no caso concreto. Como vimos, na prática é uma escolha de valores; logo, nessa teoria, como não se afasta em abstrato a própria dimensão e intensidade de aplicação de um dado direito fundamental, a discussão ficará realmente para a argumentação de lado a lado.¹⁹²

Já para Friedrich Muller, que defende o programa e ambiente normativo que o texto normativo pode atingir e, de forma prévia, já se delimita o campo de atuação

¹⁹⁰ ALEXY, 2008.

¹⁹¹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁹² ALEXY, op. cit.

de dado texto normativo. Algumas situações já ficam de fora da tutela pelo próprio direito que não o abarca, sendo considerada uma teoria interna. Trazemos, como exemplo, o direito de informação e de liberdade de expressão, que para alguns não abarca o direito de defender e expor livremente situações consideradas ilícitas pelo ordenamento. Logo, já no início faz-se a delimitação, deixando de fora claramente uma situação fática, daí a suposta relação meritória.¹⁹³

Portanto, se não houver nenhuma limitação ao suporte fático de dado direito fundamental, a discussão terá um caminho bem mais tortuoso e de debates mais árduos que enfrentarão situações bem complexas, não sendo o caso quando, de plano, já consideramos não abarcado por dado texto normativo algumas situações fáticas que, para nós, no modelo proposto, de forma transparente e sempre se estabelecendo o contraditório, tudo deve ser muito bem debatido, antes mesmo do mérito em si.

Dessa forma, o que estamos propondo de contorno bem objetivo é que inicialmente as partes sejam muito claras quanto ao método em si que entendem aplicável à sua tese, em especial ao se tratar de direitos fundamentais, pois estes realmente têm uma amplitude maior, e o juiz, na fase de saneamento e em havendo divergência, possa buscar o consenso no uso dos métodos, afastando aqueles que sejam incompatíveis na essência, de forma que o debate meritório fique o mais livre e aberto possível a todas as discussões, sem, contudo, retornar a uma questão que pode e deve ser decidida antes para que tenhamos uma argumentação mais eficiente.

8.6.6 Da impostergável necessidade de fundamentação específica de cada tese

O novo CPC é tido na regulamentação do dever de fundamentação, em nosso entender, como um verdadeiro e singular cânone da argumentação em nosso processo, pois o que encontramos no artigo 489¹⁹⁴ e que vamos dissecar aqui, nada

¹⁹³ MULLER, op. cit.

¹⁹⁴ Art. 489. "São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III -

mais é do que o retrato de uma realidade que precisa ser urgentemente mudada, de forma que, na prática, tenhamos o debate e o devido enfrentamento das teses em específico e não remissões genéricas que não contribuem em nada com um processo que tem na dialética a sua razão de ser.

Desta forma, a primeira ideia a ser reproduzida aqui é que as diretrizes estabelecidas em tal artigo são regras no sentido tradicional do termo, abstraindo a discussão que aqui enfrentamos da relevância da distinção, já que não há espaço para que nenhum dos atores processuais não tenha a obrigação de rigorosamente cumprir o que ali se encontra estabelecido e quando não se atende a tais comandos. Na prática, a atividade argumentativa pode até mesmo não existir, não havendo sentido algum que um processo que indiscutivelmente tenha particularidades seja deixado de lado.

Ou seja, ao entendermos que sendo regras válidas, devem necessariamente ser cumpridas, pois não existe nenhuma discussão para que os atores processuais não cumpram à risca o que está estabelecido nesse guia, e somente a ausência desse rigor quanto ao efetivo cumprimento já modifica sobremaneira a praxe forense e a atividade argumentativa defendida.

A segunda ideia, também muito importante e que não podemos deixar de considerar, reside no sentido de que as diretrizes do referido artigo, necessariamente, valem para os demais operários do Direito e não somente ao juiz, mesmo que a expressão literal do texto normativo fale dele. Mas, como vimos, a decisão é coletiva e sempre tem que ser construída por todos que laboram no processo; logo, não podemos admitir que esses referenciais indispensáveis só alcancem o magistrado.

É cediço que os juízes, na atividade jurisdicional, não podem, em regra, criar teses. Estas devem vir através das partes, então não faz nenhum sentido que as mesmas ajam sem o devido referencial concreto, descumprindo esses cânones. A

invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé". Cf. BRASIL, 2015, não paginado.

partir da omissão desses atores, há nítida influência na futura decisão, pois não há como dissociarmos a atividades dos demais atores das atividades do juiz; pelo contrário, estão jungidas ao ponto que a sentença não pode ultrapassar os referenciais trazidos pelas partes, daí porque esse atrelamento impõe aos que profissionalmente assistem às partes, o indeclinável dever de cumprir do mesmo modo.

Estabelecido esses dois pontos, vamos agora analisar como devem todos os atores processuais proceder para que haja na prática a argumentação dialética defendida e com certeza, havendo essa mudança cultural, por si só, veremos resultados mais efetivos em relação ao que mais importa tanto um reconhecimento de direito que atenda ao que realmente aconteceu no “mundo da vida” e após em não sendo cumprido o que for decidido, a sua concretização substancial.

Entretanto, ainda resta uma última análise geral antes do detalhamento de todo os incisos que faremos em subitens para facilitação didática. A sua função maior nada mais é do que a própria regulamentação do dispositivo constitucional que determina a motivação das decisões judiciais e como estas não podem mais ser adotadas de modo isolado, não há como compreender que esse agir muitas vezes constitui-se, na essência, como algo superior a uma mera obrigação, ou seja, não há o que falarmos em atividade jurisdicional sem tais pressupostos.

Nessa esteira, muito bem nos ensina os professores Luiz Marinoni, Sérgio Arrenhart e Daniel Mitidiero, que há muito tempo preocupam-se com a devida fundamentação dos julgados, na linha aqui enunciada:

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado.¹⁹⁵

Desta forma, como inclusive será destacado mais adiante, temos na prática uma ausência total de resposta aos jurisdicionados, pois não concebemos que qualquer resposta, por si só, seja suficiente para atender ao comando constitucional

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; AREHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2015. v. 2. p. 444-455.

do artigo 93 inciso IX. Pelo contrário, o acesso à justiça assegura a todo cidadão o direito de ver seu caso devidamente enfrentado pelos atores processuais, já que os advogados, por exemplo, ao fazerem parte da administração da Justiça, também têm essa premissa no seu agir.

Portanto, como há muito tempo vimos nos posicionando academicamente, o acesso à Justiça tem que ter sempre o conteúdo substancial, daí porque o enquadrámos como garantia constitucional processual de qualquer cidadão. Quando sequer pensávamos em inserir no bojo do CPC tamanha magnitude de previsão, justamente porque o ligamos ao que vamos discutir no capítulo seguinte, percebemos que só faz sentido a atividade da justiça quando nos preocupamos efetivamente com a tutela dos direitos e que esta não virá sem o debate em específico do que se postula.

Ainda é oportuno mencionarmos que os incisos que vamos comentar abaixo são meramente exemplificativos de decisão fundamentada de forma inútil e, por conseguinte, deficiente. Na prática, significa ausência de fundamentação e tendo essa compreensão, podemos verdadeiramente ver nesses referenciais o estilo correto de agir em cada posição processual, de forma que o resultado seja consequência das posturas adotadas durante todo o processo.

E agora, de fato, ao concluirmos nossa ideia, o texto normativo é claro na abrangência de qualquer tipo de pronunciamento jurisdicional. Dentro da tese defendida, qualquer petição ou manifestação de um modo geral deve seguir essas premissas, justamente para que o conjunto possa ser sólido nos referenciais postos, pois sabemos que quando não há sintonia, são necessários ajustes na decisão, o que não é recomendável, pois esta deve espelhar necessariamente as ações das partes.

8.6.6.1 A impossibilidade de uso de expressões genéricas sem a devida remissão ao caso concreto

Os dois primeiros incisos do artigo comentado são categóricos no sentido de que os atores da Justiça não podem mais continuar fazendo referências abstratas sem perpetrar a devida adequação às particularidades de cada caso concreto:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [...].¹⁹⁶

Infelizmente, é uma prática muito recorrente que precisamos mudar, pois, de um modo geral, em especial com o uso da tecnologia, os atores processuais costumam procurar a via mais fácil para se desincumbir de seus misteres, e por óbvio, a remissão genérica é algo que tem feito parte da rotina forense, daí porque o modelo proposto, tendo como premissa a argumentação calcada em elementos concretos, força uma nova tomada de posição de todos os atores.

A utilização desses termos genéricos nas decisões sem nenhum respaldo no caso concreto analisado, além de não resolver na essência o conflito, potencializa de forma negativa toda a atividade jurisdicional. Logo, não se trata de uma formalidade; pelo contrário, é uma exigência natural para que a lesão ou ameaça alegada de lesão a direito possa ser de fato analisada, expurgando modelos sem a devida individualização concreta.

O texto normativo não é a norma em si, uma vez que esta precisa justamente do confronto de teses pelo diálogo argumentativo para que seja eficiente no caso concreto em disputa. Não há como admitirmos na contemporaneidade que se continue essa prática nefasta de remissões genéricas que não colabora em nada. A adequação com as particularidades de cada caso, fazendo um confronto analítico por todos, é a própria razão de ser da jurisdição, ao ponto que sua ausência nega o próprio acesso à justiça, como veremos no capítulo a seguir.

Portanto, estes primeiros incisos comentados assumem uma função de validade em si, pois caso persista essa prática, o processo em si não fará nenhum sentido, já que os textos normativos são somente o primeiro referencial para a atividade argumentativa e precisam necessariamente de uma correlação fática e jurídica com os elementos de cada caso concreto.

E não basta que o juiz cumpra essa premissa, pois se os demais atores insistirem nessa prática, vindo o processo concluso para decisão sem qualquer adequação, o juiz poderá decidir sozinho, o que não é mais aceitável. A decisão é

¹⁹⁶ BRASIL, 2015, não paginado.

construída pela argumentação conjunta com o devido amparo no que se trouxe ao processo em concreto por todos que laboram nele.

Dois pontos finais sobre esses incisos ainda merecem ser pontuados. Primeiro, o peculiar fato de que alguns casos detêm uma simplicidade ao serem analisados em concreto, e daí a fundamentação mais objetiva não significa que não houve a adequação proposta, já que não estamos defendendo que haja produção de verdadeiras doutrinas em peças jurídicas e sim que haja sempre o enfrentamento em concreto da causa em específico que está sendo analisada.

Segundo, e não menos importante, é que os atores processuais, a partir dessas peculiaridades devidamente correlacionadas, fática e juridicamente com os textos normativos, em especial os conceitos jurídicos indeterminados que possuem uma abertura ímpar para a construção do sentido específico, não podem olvidar de mencionar, também de modo detalhado, as consequências jurídicas da aplicação proposta devidamente conectada com o que existe em concreto, pois sabemos que tal aspecto hodiernamente é mais do que relevante, mencionando também a ausência de qualquer consequência se for o caso, já que tais aspectos são imprescindíveis no contexto argumentativo.

8.6.6.2 Vedação à inserção de modelos prontos sem a devida correlação fática e jurídica

O novo CPC, ao regulamentar tanto o dever dos atores processuais como, paralelamente, o direito fundamental do cidadão de ter uma decisão abalizada que permita o seu controle, foi categórico e de certo modo prolixo, ao vedar o que chamamos de decisões “*Standart*” que, a princípio, serviriam para explicar qualquer tipo de caso, o que é inadmissível conforme nossa visão, que corresponde ao ato de não decidir.

Desta forma, o inciso III na linha de tudo que vem sendo defendido no modelo proposto veda que o pronunciamento jurisdicional, por exemplo, utilize o famoso “copia e cola”, impondo a todos os atores que analisem de forma específica, tanto fática quanto juridicamente, como dispomos acima, o que tem de distinto em cada caso e somente aí passe a buscar possível correspondência com algum texto normativo presente no ordenamento jurídico, para, após o seu início pelo debate

amplo, a argumentação necessária para construção da norma do caso concreto seja desenvolvida, justamente porque cada caso tem as suas peculiaridades e estas nunca podem ser ignoradas.

Na prática forense, vimos com uma intensidade bem maior do que o normal, e em especial após facilitação da tecnologia, a utilização do recurso de modelos prontos sem a devida adequação. Ao acompanharmos, na época, a discussão e os debates para feitura do novo CPC, claramente o texto trouxe uma linguagem bem expressiva para evitar que os atores deixem de lado o mais importante: as particularidades de cada caso, dado que são estas que tornerão sempre a norma que culminará com o debate.

Não foi à toa que dizemos que o Código ficou conhecido como Código da Fundamentação e para nós não houve exagero em prever detalhadamente essas vedações, pois mesmo havendo uma forma mais clara possível, ainda temos várias decisões em todas as instâncias que padecem do mesmo mal: a falta de adequação com as particularidades e isso, para nós, constitui o âmago da argumentação contemporânea.

8.6.6.3 A necessidade impostergável de exame específico de todos os argumentos

A previsão desse inciso IV é, em nossa perspectiva, indiscutivelmente a mais controversa, pois enuncia que deve haver o enfrentamento dos argumentos que possam, em tese, infirmar a conclusão do julgador, “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.¹⁹⁷

Entretanto, ao dispor dessa maneira, pensamos que existe claramente uma brecha para que o julgador, de forma subjetiva, escolha quais argumentos das partes vai enfrentar, o que para nós é inadmissível, já que a norma a ser compreendida, mesmo que em abstrato, não pode induzir a essa reflexão. Pelo contrário, na linha do efetivo contraditório e dever especificado de fundamentação, para que um argumento não seja enfrentado, deve haver a devida justificativa.

¹⁹⁷ BRASIL, 2015, não paginado.

Portanto, mesmo que haja um argumento a não ser enfrentado meritoriamente falando, o julgador, em nosso sentir, deve abrir um capítulo justificando o porquê de afastar aquele argumento e não simplesmente, de forma arbitrária, não apreciá-lo. Não há mais espaço para esse tipo de postura.

Defendemos que mesmo que um argumento seja dissociado das particularidades de um dado caso, o juiz deve justificar o seu afastamento, enfrentando a matéria no sentido de dizer que não há motivos para que se leve em consideração, porque o acesso à Justiça traz consigo um direito de resposta através do processo e não simplesmente a omissão sem justificativa.

É muito cômodo para o magistrado afastar de forma subjetiva e sem qualquer explicação dado argumento, por mais que no mérito seja absurdo e, se é fato, que o seja; e que o juiz, debatendo com as partes de forma argumentativa e com o devido respeito, assim se pronuncie. Temos que necessariamente evoluir para essa diretriz, forçando inclusive que as partes, verdadeiras criadoras das teses, também se preocupem com essa especificação, pois como vimos, sem ela desde o início, teremos, ao final, uma decisão omissa em alguns pontos, já que o juiz não pode inovar em termos de tese.

Fredie Didier Júnior, Rafael Oliveira e Paula Braga, de forma cirúrgica, em nosso entender, refutam os entendimentos dos Tribunais Superiores, que dão guarida a esse tipo de compreensão e que para nós é imprescindível o devido ajuste sob pena das garantias constitucionais processuais que arrimam o devido processo legal sejam solapadas, em especial o princípio da cooperação e do contraditório:

A questão é que esse entendimento jurisprudencial – que já virou um jargão no âmbito dos tribunais – vem sendo utilizado para justificar a desnecessidade de análise das alegações da parte mesmo nos casos em que a sua tese foi rejeitada. Esse mau costume constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sim, porque embora a Constituição diga que a parte tem o direito de provocar a atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), e embora a Constituição garanta à parte amplas possibilidades de defesa e de influência (art. 5º, LV), o Judiciário diz que não tem a obrigação de emitir um juízo de valor sobre todos os seus argumentos.¹⁹⁸

¹⁹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Dos elementos e dos efeitos da sentença. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. *E-book*. p. 715.

Essa postura do Judiciário precisa mudar urgentemente, pois na quadra em que nos encontramos, na qual há imperiosidade que tudo gire argumentativamente no processo, simplesmente ignorar um argumento sem que se justifique o porquê é algo difícil de ser explicado. Para termos uma ideia desse fator de deslegitimação da própria atividade jurisdicional, logo após a vigência do novo CPC, juízes reunidos em evento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados criaram vários enunciados que tiveram, de plano, nossa repulsa acadêmica e que, na qualidade de juiz, até hoje venho enfrentando necessariamente todos os argumentos trazidos pelas partes.¹⁹⁹

Portanto, como na contemporaneidade, o próprio Direito é compreendido como argumentação e não há espaço para que continuemos a defender esse tipo de postura. Assim, a cooperação entre todos os atores processuais força a necessária boa-fé na condução dos argumentos trazidos para o debate para que todos esses argumentos sejam necessariamente discutidos. Salientemos, também, que o juiz deve deixar de lado essa visão de que a decisão a ser emitida é fruto de um pronunciamento exclusivo seu. Formalmente, estamos partindo para a ideia de que todos construam a norma do caso concreto, e, dessa forma, substancialmente, o juiz tão somente vai condensar os argumentos um a um, após o debate, de modo que a sua conclusão não pode sair da órbita deduzida pelas partes nem muito menos deixar de enfrentar todos os argumentos deduzidos ao longo do processo.

¹⁹⁹ Enunciados Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) Novo CPC: 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa; 4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015; 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório; 6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório; 7) O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante; 10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa; 11) Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332; 12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante; 13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios. 40) Incumbe ao recorrente demonstrar que o argumento reputado omitido é capaz de infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador. Cf.: ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Enfam divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC**. Brasília, DF, 1 set. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>. Acesso em: 2 mar. 2023. Para nós, a postura de criação desses enunciados já demonstrava a resistência para aplicação correta do significado que reputamos universal do sentido do contraditório e cooperação dentro do processo e que conduz a prática argumentativa que tem de ser incorporada ao dia a dia dos atores processuais.

Como já mencionamos nas primeiras linhas ao refutar, de plano, a ideia de um particularismo subjetivista, não há mais espaço para livre convencimento motivado pelo fato de que o juiz escolhe um dos argumentos ou até mesmo surpreenda elegendo argumentos que sequer foram debatidos. A tônica, hoje, consiste em um diálogo franco e aberto com as partes para que o magistrado se posicione como sujeito processual para, em nosso sentir, completar a sua função redarguindo a tudo que for argumentado. O juiz, ao trazer argumentos que não estão à vista do caso concreto, se expressa adotando uma linguagem semelhante ao texto normativo, determinando, assim, sua conclusão e justificar, mesmo que de forma sucinta, o porquê de não examinar meritoriamente os argumentos trazidos pelas partes, comprovando que tais argumentos não tem nenhuma relação com o que está se discutindo em específico.

8.6.6.4 A impostergável necessidade de se fazer a devida distinção em caso de referenciamento jurisprudencial

Como vimos, ao abordarmos os precedentes e todos os instrumentos semelhantes de utilização com o parâmetro normativo de toda a jurisprudência, é imprescindível que haja a devida análise programática, uma vez que não podemos jogar súmulas e ementas de julgados sem a devida adequação. Nessa senda, o novo CPC veda a decisão que vier a “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.²⁰⁰

Outra postura que devemos mudar urgentemente é a utilização por todos os atores processuais de possíveis precedentes quer vinculantes, quer persuasivos, súmulas de Tribunais, em especial Superiores, acórdãos paradigmáticos de incidentes e de um modo geral jurisprudência, sem que se atenham às particularidades tanto do caso que se traz como padrão para aplicação como também em especial do caso que se quer ver a referida aplicação.

Não podemos mais tolerar a prática de “copiar e colar” julgados, referenciando as peças sem a devida adequação fática e jurídica, pois dessa forma sequer é possível que descubramos a razão determinante de cada julgado; vamos

²⁰⁰ BRASIL, 2015, não paginado.

além: se o interessado quer trazer como parte de seus argumentos fundamentos de dado julgado, deve ter como obrigação a comprovação da similitude, a fim de que o debate possa ser fidedigno ao que está sendo discutido e, se for o caso, apontar a devida distinção para não aplicar o entendimento jurisprudencial.

Na realidade, tudo que estamos ponderando aqui faz parte de uma cultura avessa ao efetivo debate, tanto interno quanto externo, ou seja, muitas decisões colegiadas são prolatadas sem o enfrentamento de argumentos entre os próprios julgadores. De um modo geral, os julgadores não se dão ao trabalho de dissecar todos os pontos a serem enfrentados, de modo que o artigo 489 e todos os seus incisos reproduzem uma prática ainda recorrente e que a partir de modelos como o proposto, o cenário pode vir a mudar se houver novas atitudes por parte de todos os atores processuais.

Para fecharmos o raciocínio dessa compreensão de que todos que laboram no processo precisam ter, o inciso VI assim prescreve: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”,²⁰¹ de modo que não só o juiz deve deixar de lado a ideia de que sua liberdade para decidir é absoluta, pois em havendo definição de tese jurídica por quem constitucionalmente tem competência para tal, além do referencial normativo da lei mencionado como primeiro passo, teremos outros, que vão se conectar para em debate construir a norma do caso concreto. E, quanto aos demais atores, por mais que suas teses possam ir de confronto ao que está estabelecido inicialmente, precisam comprovar o que convenciamos chamar de “*distinguishing*” e “*overruling*”.

Ou seja, com o referencial procedimental ora tratado, os atores terão que se desincumbir dessa tarefa sempre, comprovando que não seguirão a orientação jurisprudencial porque o seu caso é distinto, fazendo a análise programática defendida, detalhando a “*ratio decidendi*” de modo a demonstrar que não é o seu caso; daí porque a tarefa, mesmo sendo mais árdua, não pode ser dispensada em nenhuma hipótese, sendo um pouco mais fácil acaso tenha havido superação de entendimento. Contudo, mesmo nessa hipótese, terá que fazer de modo bem

²⁰¹ BRASIL, 2015.

específico, que é na contemporaneidade um elemento essencial para a atividade argumentativa.

8.6.6.5 Diretrizes legais para a ponderação e a boa-fé

Decerto devemos aplaudir a iniciativa dos legisladores em tratarem da matéria e principalmente dentro do contexto da necessária fundamentação que todos os atores processuais têm que exercer em suas atividades dentro do processo. Contudo, de forma muito nítida pelo que já vimos até aqui, houve uma patente atecnia por não se fazer a devida distinção entre texto normativo e norma, uma das únicas unanimidades nessa temática na contemporaneidade, justamente porque a norma vai surgir da argumentação dialética entre as partes.

O legislador assim se expressou:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão; § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.²⁰²

Vimos, então, que a possível colisão ocorre na prática entre textos normativos e o que mais temos visto é entre princípios, ou mais precisamente entre direitos fundamentais. Logo, a acomodação de tudo isso deve ocorrer pela argumentação.

É na argumentação dialogada e no efetivo contraditório que os possíveis conflitos serão ajustados, de modo que o afastamento de uma dada diretriz será devidamente justificado pelas particularidades do caso ou até mesmo verificado pelo direito a ser protegido que não encontra guarida com a dimensão trazida em uma tese. Logo, pela argumentação e somente nela a atividade jurisdicional estará legitimada para operar, pois realmente existem alguns casos que pela natureza dos direitos envolvidos são complexos; daí a importância de termos como parâmetro a boa-fé, sempre fincada de forma objetiva e o juiz em especial fará esse controle desde o início do procedimento argumentativo.

²⁰² BRASIL, 2015, não paginado.

Não é uma tarefa simples. Por isso que estamos defendendo desde o começo a participação de todos a par do princípio da cooperação e por mais que queiramos atribuir ao juiz o controle de como deve ser, não podemos deixar a cargo do mesmo e de forma isolada essa atribuição. A atividade argumentativa defendida tem como premissa a efetiva participação de todos, com um conjunto de deveres inerentes ao exercício da jurisdição e os seus escopos contemporâneos, nos quais vamos falar mais amiúde no penúltimo capítulo. Contudo, deixando claro que as partes, além de participarem de tudo, ainda têm o direito indiscutível de influenciar a decisão porvir.

Dessa forma, aplaudimos a iniciativa do novo CPC, que, como vimos, indiscutivelmente promove uma verdadeira revolução no modo de feitura das peças jurídicas, exigindo uma postura participativa e aberta para todo tipo de ponderação, pois ao se cumprirem os parâmetros aqui traçados, teremos objetivamente um caminho a seguir que fugirá de qualquer tipo de subjetivismo, incluindo aí não só o do juiz. Talvez esta seja a maior mudança advinda com o incremento do princípio da cooperação.

8.6.7 A indispensável coerência e integridade das decisões

O artigo 926 do novo CPC foi enfático em estabelecer que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.²⁰³ Logo, para que o Judiciário como um todo cumpra essa diretriz, faz-se mister que as decisões emanadas do primeiro grau também se preocupem em especial com a coerência e a integridade, que como vimos estão ligadas como “irmãs siamesas”. Nesse sentido, as partes, por mais que tenham as suas teses e uma maior liberdade, não podem agir para burlar essa essência das decisões.

Em nossa percepção, de nada adianta todas as mudanças enunciadas se os atores não tiverem a preocupação de ser coerentes em suas peças. Essa característica, em especial, além de propiciar a almejada isonomia o que é deveras justo para quem busca a Justiça, assegura também o próprio cumprimento da boa-fé. Daí porque os atos processuais sempre devem ter em mira tais referenciais e dentro da nossa proposta é um dos passos mais importantes.

²⁰³ BRASIL, 2015, não paginado.

Mencionamos dessa forma por entender que a partir da argumentação dialógica defendida, o próprio juiz com aquela preocupação de saneamento do feito, deve indagar das partes se perceber algo que possa levar a uma incoerência, instando para que se corrijam as posturas para que a decisão final consiga ser tanto coerente quanto íntegra em relação aos valores que serão tutelados. A efetiva cooperação entre todos que laboram no processo é condição basilar do modelo defendido.

A integridade das decisões, na linha de Ronald Dworkin,²⁰⁴ como vimos, é o elemento que trará a almejada racionalidade dentro do que for possível, evitando o subjetivismo, justamente porque quando há a preocupação com tal aspecto nas peças jurídicas, os atores automaticamente fogem de seus valores e na linguagem do referido autor, os direitos são levados a sério, daí a importância de que tanto a coerência quanto a integridade nunca sejam abandonadas como premissas inafastáveis da jurisdição contemporânea.

Destarte, quando os atores em suas peças são incoerentes, o julgador deve necessariamente justificar eventual mudança de entendimento ou até mesmo ressaltar que passa a seguir dado entendimento jurisprudencial, de caráter obrigatório ou não, sendo importante que sempre justifique o porquê de não estar mais decidindo como outrora e não julgar de forma diversa sem nenhum tipo de explicação, o que infelizmente ainda ocorre com muita frequência em todas as instâncias.

Portanto, o que defendemos no modelo proposto é que a partir do enfrentamento das teses, em caso de o julgador já ter decidido de dada forma, passa-se a entender de outra maneira por força dos argumentos trazidos no caso em específico uma mudança que se faça com a justificação necessária, porque assim agindo, assegurar-se-á a própria integridade do Direito como um todo.

Por mais que nos preocupemos também com a estabilidade e segurança jurídica, a ideia de coerência em busca também da isonomia não pode engessar o julgador, pois não só os precedentes podem mudar o seu direcionamento, bem como o juiz na margem de liberdade restrita que dispõe, ser convencido de que estava decidindo de forma equivocada, o que reforça a importância do jogo argumentativo, em que o Direito nada mais é do que esse legítimo debate de ideias

²⁰⁴ DWORKIN, 1999.

para que construamos a melhor norma do caso concreto possível, não podendo ser compreendida a coerência com imutabilidade e sim com justificação contínua das decisões prolatadas.

O que não podemos admitir, inclusive em curto espaço de tempo e sem a justificação em concreto, é a mudança sem justa causa que tem gerado instabilidade, de modo que os Tribunais precisam laborar melhor essa questão de uniformização dos seus entendimentos, trazendo segurança jurídica e principalmente sendo fonte segura para construção das teses junto ao referencial normativo legal, de modo que a coerência interna e externa passe a fazer parte da rotina dos julgadores e dos demais atores que dentro do processo em específico, mesmo com a amplitude do direito de ação e defesa, não podem mudar suas diretrizes sem qualquer parâmetro que justifique em concreto a guinada.

Portanto, como a boa-fé é para todos, o julgador, em caso de eventual mudança, deve instar as partes para manifestação, de modo a não surpreender com o novo entendimento, permitindo sempre a influência e, por conseguinte, sendo até mesmo coerente, já que a justificação assemelha-se à manutenção dos julgados. Lembremo-nos sempre de que a decisão do Juízo deve ser a mais objetiva possível, uma vez que todo esse processo com a transparência devida demonstrará que há uma preocupação com a segurança jurídica e o próprio direito das partes em não ter suas teses apreciadas fora do contexto que se publicizou até então.

8.6.8 A impossibilidade de se ignorar os Precedentes

Como defendemos desde o início, os precedentes, quer vinculantes, quer persuasivos, são, na contemporaneidade, textos normativos que devem ser interpretados e aplicados na mesma esteira dos legais, inclusive fazendo o devido balanceamento entre ambos, se for o caso. Logo, não podem os atores processuais simplesmente ignorar como infelizmente ainda vemos com muita recorrência.

Os precedentes, necessariamente, têm que ser trazidos para o jogo argumentativo, fazendo-se os devidos apontamentos de uma eventual distinção ou até mesmo superação. Contudo, o que não pode mais continuar acontecendo é simplesmente se fazer “vista grossa”, pois o juiz em especial, mesmo que as partes não tragam para discussão dado precedente, no saneamento do feito deve instá-las para manifestação sobre o precedente.

Uma tese não pode deixar de tratar sobre um possível precedente, daí a importância do modelo defendido, que pela argumentação específica pode apontar que somente tal precedente aplica-se ao caso, havendo particularidades que demonstram não ser o caso para sua aplicação. Tudo isso tem que necessariamente ser feito obedecendo aos passos que firmamos, respeitando sempre o contraditório e a cooperação e esta, com mais veemência, precisa ser melhor compreendida, pois não tem nenhuma relação direta com o mérito tratado na tese em si.

Portanto, são novas posturas que exigimos de todos os atores processuais e aqueles que criam as teses e vinculam a atuação do juiz não podem ignorar os precedentes. Estes, essencialmente, têm que ser trazidos para a argumentação dialogada e, com certeza, se é o caso para sua aplicação, com fundamentos de lado a lado. Ao final, a norma do caso concreto terá levado em consideração o entendimento jurisprudencial e como em forma cadenciada, facilitará a fase seguinte do recurso, acaso tenha ou não sido efetivamente aplicado dentro do que interessará ao que restou vencido.

Dessa forma, é imperioso que já no início do processo, primeiro as partes tragam suas teses com os precedentes, defendendo sua aplicação ou não, e acaso as duas ou somente uma delas não a faça, o juiz, saneando o feito, determinará que haja o devido pronunciamento, de modo que não ocorra nenhuma surpresa ao final, pois a única possibilidade que todos os atores têm para manifestarem-se após esse marco é quando o precedente, principalmente o vinculante, surja posteriormente ao início do processo. Daí a importância do juiz em especial de não permitir que o debate ocorra sem a manifestação específica sobre os precedentes.

Os precedentes são na contemporaneidade valiosos para que tenhamos a almejada segurança jurídica e nos assegure a devida isonomia. Não podemos deixar de lado o procedimento argumentativo que defendemos e o modo que aqui trouxemos, ou seja, que cada parte seja leal e coopere com a atividade jurisdicional ao final, evitando que o juiz na decisão final ao invés de julgar o mérito, converta o julgamento em diligência para que as partes tragam em suas teses os precedentes, que já deveria ter sido objeto da tese e muitas vezes infelizmente não o é, porque a própria tese cai e o fundamento maior perde o seu sentido acaso se traga a discussão de dado precedente.

Se as partes continuarem agindo dessa maneira, na prática, sempre teremos um atraso na entrega da prestação jurisdicional, pois esta não pode deixar de levar

em consideração os precedentes e nem mesmo o juiz pode aplicá-lo ao caso concreto sem que haja a devida manifestação anterior, de modo que, na contemporaneidade, a lealdade e efetiva cooperação são posturas que não admitem mais qualquer tipo de negociação.

9 UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NÃO PODE SE DESATRELAR DA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS MATERIAIS VIA PROCESSO CONSTITUCIONAL

O processo civil brasileiro não pode mais continuar desatrelado de seu maior escopo: a tutela dos direitos materiais em cada caso concreto de nada adianta toda a sua sofisticação com o incremento de normas fundamentais se nada mais são do que garantias constitucionais processuais de todos os cidadãos nessa relação que possuem com o Poder Público quando seus direitos são violados ou ameaçados. Se estes não forem a bússola para que o processo se inicie e se desenvolva, o que diremos sobre seu desfecho.

Em termos de processos que envolvem direitos individuais, temos de forma muito clara uma patente evolução em relação à forma cientificista de outrora. Contudo, o problema não reside nessa seara, e sim nos chamados processos coletivos, em que a legislação ainda é muito tímida nos conhecidos processos estruturais, em que o norte maior de atuação destes deve ser sempre a efetiva tutela do direito material desde o início, o que não é uma tarefa fácil, pois envolve o controle judicial de políticas públicas, um tema árido na contemporaneidade e que na argumentação defendida, sem sombra de dúvida, pode auxiliar de maneira direta.

Estudioso afincado dessa temática, o nosso orientador Sérgio Arenhart, chama-nos atenção para a peculiar característica de bipolaridade do processo brasileiro, que de forma semelhante transpassa para o processo coletivo e tem nos processos estruturais a sua potencialização, sendo mais que imperioso que mudemos a forma de atuação neles:

Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições 'menos desfavoráveis' e, portanto, que não serão aqueles que mais necessitam da proteção da política pública. As ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo 'individual', no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita 'representação'

feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em No ordenamento brasileiro, tornou-se comum o discurso que vemos direitos difusos e coletivos novas formas de relações jurídicas, caracterizadas por sua transindividualidade e por sua indivisibilidade. Nesse sentido, afirma-se que o processo coletivo é uma nova modalidade de processo, desenhada exatamente para atender a esses interesses, que não poderiam ser protegidos no modelo tradicional de processo. Todavia, essa ótica possui um grave defeito, muitas vezes não percebido: a grande maioria dos direitos hoje chamados de difusos e coletivos consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais.²⁰⁵

O desafio é grande para mudança no processo civil brasileiro, pois mesmo tendo todos os avanços legislativos para aplicação nos processos individuais, caso tenhamos uma efetiva tutela dos direitos materiais envolvidos com a utilização da argumentação jurídica particularizada, ainda nos deparamos com os processos coletivos, em especial os estruturais, que envolvem políticas públicas. Não temos os instrumentos legais para consecução, nem muito menos um procedimento diferenciado como exigem tais casos, daí porque o modelo proposto pode ser justamente um dos diferenciais.

Acreditando nessa premissa, defendemos inicialmente para os processos individuais, que temos além dos novos textos normativos mencionados, em especial os do novo CPC, uma estrutura mínima para a mudança de perspectivas apontadas para que todo o caminhar procedimental seja estabelecido com a preocupação efetiva de se tutelar os direitos materiais. Daí vemos a importância, por exemplo, da tutela inibitória e da tradicional tutela provisória, bem como o incremento constante da política consensual, instrumentos que serão melhor equacionados com a argumentação proposta.

²⁰⁵ ARRENHART, 2016, p. 3-4.

Dessa forma, já no início de nossos estudos acadêmicos para o Mestrado, ao refletirmos sobre a concepção do acesso à Justiça, de plano, fizemos a devida ligação com a necessidade indispensável de que haja a efetiva preocupação com a tutela em específico dos direitos materiais envolvidos, sob pena de, na prática, não termos substancialmente o próprio acesso.²⁰⁶

Destarte, a argumentação proposta tanto será eficiente no que tange à efetiva tutela dos direitos materiais para os processos individuais quanto para os coletivos, abarcando os cognominados estruturais, justamente porque na sua essência, mesmo englobando a ideia de um debate polarizado, a estrutura prevista possui nítida abertura não só para as políticas consensuais com priorização do diálogo, mas principalmente um estímulo a maior participação possível dos interessados e espaço próprio para atuação dos *experts*, de forma que, por exemplo, o instituto da audiência pública com a ouvida de técnicos possa ser uma rotina do próprio modelo, tudo com o escopo de tutela dos direitos materiais que, a par das peculiaridades de cada caso, contornará o uso dessas técnicas mais eficientes.

No modelo proposto como vimos, as partes poderão inclusive combinar todo o procedimento, desde que não retiremos o efetivo contraditório e a necessidade de que haja fundamentação especificada. Logo, mesmo nos processos coletivos em que não tem praticamente nenhum instrumental normativo, os consensos procedimentais serão imperiosos, inclusive, deixando claro que em alguns casos, a própria ideia de adstrição da sentença ao pedido possa ser deixada de lado, tudo para que o direito material a ser protegido, acaso reconhecido ou consensualizado, possa ser tutelado.

²⁰⁶ “Outra abordagem necessária dentro deste item, já que outras feições serão analisadas em separado, é a imanente ligação deste princípio com o da efetividade, inclusive as últimas reformas de todo os ramos do processo visam assegurar a materialização das decisões judiciais, logo o direito de ação não deve se subsumir ao mero ingresso da pessoa ao sistema judiciário, mas sim o acesso a uma ordem jurídica justa – feliz expressão de Kazuo Watanabe – e efetiva no sentido de verdadeiramente propiciar a tutela dos direitos. Nesta linha de raciocínio e em continuidade com as premissas postas nos primeiros capítulos, vê-se que o acesso à justiça engloba necessariamente a efetivação das decisões dadas em todos os processos, daí porque não se vai ao Poder Judiciário somente para que o mesmo diga de quem é o direito e sim para que este seja satisfeito. A forma como vem sendo compreendida contemporaneamente este princípio reaproxima o processo do direito material, até mesmo porque aquele não tem razão de ser isolada e é necessariamente subserviente a este, logo a visão constitucional do processo nesses moldes o transforma em instrumento de realização do direito material, ou seja, passamos a vê-lo imbricalmente associado ao resultado que se espera do mesmo, ou seja, são as necessidades das pessoas que devem conduzir a atividade jurisdicional em sentido amplo”. Cf.: SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 148-149.

Quando todos os atores processuais têm em mente a ideia de que os direitos materiais envolvidos na disputa precisam necessariamente ser tutelados, em especial aqueles que tratam de direitos fundamentais, muitas vezes não assegurados por quem têm a obrigação de provê-los, a argumentação defendida propicia o espaço imprescindível para que a discussão aconteça de modo amplo e seguindo a melhor forma de proteção dos direitos, até mesmo nos casos em que temos em abstrato um conflito aparente entre textos normativos.

É justamente na argumentação participativa e no modelo cooperativo entre todos os atores processuais que teremos na prática a certeza da tutela dos direitos materiais, pois, por mais que encontremos distinção entre o direito processual e o material na realidade contemporânea, existe uma relação de essencialidade entre ambos, em que o direito material não é só o objeto de trabalho do processo, mas a sua essência, recebendo-o em dado estado quando do seu início e entregando em outro ao final.

Não vamos aqui nesse momento desenvolver as fases que o processo percorreu para chegar ao estágio atual. Porém é imperioso que registremos o caminho tortuoso, justamente para que valorizemos a visão do processo constitucional, que tem como alicerce a efetiva participação e o direito de influência, propiciando um diálogo entre todos os que laboram nele. E, por meio desse diálogo, os argumentos de lado a lado possam ser consensualizados para consecução do mais importante, que é a efetiva tutela do direito material em cada caso concreto.

O legislador tem nesse contexto uma importância fundamental, pois deve necessariamente criar as técnicas processuais necessárias que em todo e qualquer caso concreto viabilize, na prática, a tutela do direito material. Contudo, vimos que não vem sendo exercido na plenitude tal dever de proteção, o que por força do contido no inciso XXXV do artigo 5º de nossa CF,²⁰⁷ não exime a Justiça desse dever de proteção, daí a importância de estabelecermos de modo específico os procedimentos que possam salvaguardar o que a maior parte da dogmática jurídica chama de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que se qualifica justamente em um processo que tenham procedimentos que prestigiem a participação argumentativa e que propicie a plena proteção do que reconhecemos ou consensualizamos como direito material a ser tutelado.

²⁰⁷ BRASIL, [2020].

Percebemos, claramente, não ser uma tarefa fácil. Primeiro, pela cultura adversarial que nos é impregnada, daí a busca pela ascensão prática do princípio da cooperação, que impõe comportamento objetivo a todos os atores processuais, incluindo o Julgador que mesmo ainda tendo o poder de decidir em todas as fases do processo, não o faz mais de modo isolado e é justamente esse tipo de postura que irá permitir a consecução de um resultado eficiente.

Luiz Marinoni, Sérgio Arrenhart e Daniel Mitidiero que sempre priorizaram seus estudos sobre processo nesse tipo de visão ao tentarem transpassar as lições teóricas para a práxis forense. Com maestria, assim nos ensinam:

Não basta ao juiz compreender e conformar a lei de acordo com as normas constitucionais, concluindo que o autor tem um direito que deve ser tutelado. Cabe à jurisdição dar tutela aos direitos – e não apenas dizer quais direitos merecem proteção. De maneira que agora interessa saber o que significa dar tutela jurisdicional aos direitos. Dar tutela a um direito mais é do que lhe outorgar proteção. Mas, exceto quando o autor postula uma sentença declaratória da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou sentença desconstitutiva de determinada situação jurídica e, assim, além da sentença não é necessária qualquer atividade de complementação (executiva) da prestação jurisdicional, não há como admitir que a sentença é suficiente para o juiz se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional. É fácil perceber que a discussão em torno do significado de tutela jurisdicional obriga a uma ruptura com a ideia de que a função jurisdicional é cumprida com a edição da sentença (da declaração do direito ou da criação da norma individual), exigindo que se caminhe um pouco além... Trata-se, na verdade, de trilhar dois caminhos que se cruzam: um primeiro que aponta para a necessidade de a técnica processual executiva ser estruturada pela lei conforme o direito material e um segundo que obriga o juiz a pensar a norma processual definidora das técnicas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e segundo as necessidades de direito material evidenciadas pelo caso concreto.²⁰⁸

Na contemporaneidade, como vimos, não há mais espaço para que construamos qualquer decisão, uma vez que esta já deve vir ao mundo conectada com a sua concretização. Daí a importância de já no início do processo argumentativo haver a preocupação com a atividade executiva, em especial, nos processos estruturais, no qual, de forma indiscutível, o Legislador não vem cumprindo a sua parte, sendo imperioso que os atores processuais se desincumbam em regime de cooperação com esse encargo de proteção máxima ao direito material, laborando em procedimentos que sejam eficazes nesse desiderato.

Portanto, os atores processuais não podem ficar eternamente aguardando que os legisladores criem as técnicas processuais para efetiva proteção do direito

²⁰⁸ MARINONI; ARRENHART; MITIDIERO, 2023, p. 139-140.

material em cada caso concreto. O processo constitucional em sua feição contemporânea possui todos os atributos necessários para a consecução desse fim em específico, daí a contribuição do modelo proposto, que é aberto para a efetiva participação de todos e ao mesmo tempo fechado para ilações que não sejam consectários dos valores idealizados pelo legislador, em especial o constitucional, que precisa tanto dos demais legisladores quanto do próprio Judiciário para verem suas prescrições cumpridas a tempo e modo, sempre sendo as mais eficazes possíveis, dentro das particularidades de cada caso concreto.

São então essas particularidades que deverão torner toda a argumentação jurídica a ser desenvolvida por todos os atores processuais e sem qualquer desconexão com a efetiva tutela do direito material que no primeiro momento será discutido e após deverá ser concretizado. Enfim, não podemos separar o que essencialmente se encontra ligado pela própria razão de ser, pois sabemos que o processo e o procedimento têm essa relação de instrumentalidade, não a outrora cientificista, e sim a que tem guarida no que chamamos de **formalismo-valorativo** ou para alguns **neoprocessualismo**.

Independente das possíveis distinções na parte teórica, que inclusive em relação ao momento vivido são sutis, o processo constitucional que encontrou guarida, como vimos, nos capítulos anteriores, no próprio novo CPC, precisa agora ser realidade na práxis forense e, em nossa visão, só assim será via atividade argumentativa, tanto interna quanto externa.

Ou seja, os julgadores dos Tribunais, magistrados por excelência, sem nenhuma distinção dos que exercem suas funções no primeiro grau, precisam dialogar entre si em relação aos argumentos que consideram como razão de ser dos votos a serem proferidos e todos os magistrados precisam dialogar com os demais atores processuais para que se atinja ao final a efetiva tutela dos direitos materiais, escopo maior da jurisdição na contemporaneidade.

De nada vai adiantar todo o avanço dogmático para chegarmos a esse momento se os atores processuais não se esforçarem para mudar a forma de compreensão da atividade jurisdicional na contemporaneidade. Por mais que saibamos que os avanços não de ser comemorados, a maior vitória só ocorrerá no dia a dia forense, tendo a argumentação fática e jurídica peculiar de cada caso como regra geral de atuação de toda a Justiça brasileira, situação que infelizmente ainda não é recorrente.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS EM TÓPICOS

As teorias tradicionais que ao longo do tempo foram idealizadas para definição da atividade jurisdicional, na contemporaneidade, não são suficientes para legitimar a própria atuação da Justiça. Além disso, não são eficazes, pois a ideia de que a atividade se restringe ao revelar o sentido da lei no caso concreto, criando a norma individual deste caso, não se coaduna com o escopo do processo constitucional. Pelo contrário, com o mesmo contrasta; daí a necessidade da revisitação de toda essa teoria, construindo uma linha de pensamento da atividade jurisdicional que realmente tutele o direito material em todo e qualquer caso.

Por mais que seja importante e até mesmo nos referencie na atividade de interpretação e aplicação dos textos normativos, prestigiando a segurança jurídica em relação à ideia de reprodução do sentido presente nas leis, o modelo lógico-formal de subsunção em cotejo com os métodos de interpretação convencionais não tem sido eficazes para solução dos casos mais complexos trazidos à Justiça na contemporaneidade; daí a necessidade impostergável de apresentação de um modelo que leve em consideração todas as nuances atuais e, ao mesmo tempo, não deixe de lado um guia que nunca pode ser olvidado: o princípio democrático.

O cumprimento objetivo dos valores constitucionais deve ser feito, de plano, pelos legisladores no devido processo legislativo, com a efetiva constitucionalidade de todos os textos produzidos. Mesmo havendo a indiscutível distinção entre texto e norma, a atividade do Legislativo e Judiciário deve ser integrada, pois quando fazemos a prévia análise da constitucionalidade, a atividade jurisdicional fará novo juízo com a premissa de que já houve preocupação com esse indiscutível agir, facilitando a própria atividade argumentativa.

A preocupação perene em todo o processo com a constitucionalidade dos textos normativos e a própria construção da norma tecnicamente falando, não deve ser uma postura exclusiva do magistrado. Pelo contrário, os demais atores processuais têm que necessariamente agir com esse viés para que ao final de todo o procedimento argumentativo, tenhamos respeito ao princípio democrático em sua origem, pois sabemos que mesmo havendo uma flexibilidade maior ao Judiciário quanto à conformação constitucional, não há liberdade ampla para se decidir em confronto com os valores constitucionais. Logo, as teses das partes já devem filtrar a aplicação defendida com o efetivo controle da constitucionalidade do que defendem.

A aplicação dos textos normativos constitucionais, independentemente de sua configuração como regra ou princípio, deve ser feita através da atividade de argumentação justamente porque, muitas vezes, nesse agir, entrecoca-se o dever indeclinável de tutela dos direitos, em especial os fundamentais com o próprio princípio democrático, pois, por mais que na origem também tenhamos a ideia de respeito a tal princípio, na atividade jurisdicional pode ocorrer um vilipêndio à democracia, acaso não compreendamos a dimensão do que foi externado pelo legislador, tendo a necessidade mencionada de integração entre as atividades jurisdicional e legislativa.

A tensão natural entre a democracia e o constitucionalismo na contemporaneidade só poderá ser equacionada com uma atividade argumentativa peculiar que legitime a possível intromissão de um Poder em outro. Falamos dessa forma porque na prática isso ocorre. Contudo, o ideal é que sempre haja o respeito à própria configuração constitucional de harmonia entre os Poderes, daí a importância da devida justificação pela argumentação proposta em casos mais complexos.

O desafio, então, para o modelo proposto, é viabilizar concomitantemente a atividade jurisdicional que leva em consideração as particularidades de cada caso, sem olvidar da necessária segurança jurídica que o texto normativo nos traz. Os intérpretes e aplicadores devem fugir, ao máximo, de suas próprias ideologias e escolhas pessoais, mesmo sabendo que existem algumas pré-compreensões que passarão pelo processo argumentativo, tudo com o escopo de assegurar, no tempo e modo devido, a tutela dos direitos materiais.

Os marcos teóricos trazidos são muito importantes para devida compreensão do modelo proposto, em especial aqueles que em seu bojo criticam os padrões que encontramos atualmente, pois, infelizmente, existe na praxe forense uma cultura que precisamos extirpar: a que se refere ao subjetivismo de quem vai interpretar e aplicar os textos normativos. Fato esse que o modelo proposto procura evitar a todo custo, priorizando aspectos objetivos que busquem uma natural correção racional à interpretação.

Os precedentes trazidos de forma específica no novo CPC constituem-se como vetores de todo o agir dos atores processuais, pois ao defendermos uma preocupação em específico com tal instituto, também é tido por nós como um passo a ser operado. A ideia trazida nos precedentes quer os vinculantes, quer persuasivos, é condicionante para o modelo proposto, pois não podemos defender

posturas dos atores processuais que possam ir contra a necessária segurança jurídica em busca da isonomia de resultado, em especial nos processos de massa que existem com muita intensidade na contemporaneidade, fazendo-se necessário que haja por parte da Justiça decisões que sejam paradigmas para as demais.

O modelo argumentativo proposto tem como alicerce maior três referenciais indissociáveis, quais sejam: os intérpretes/aplicadores do Direito que, necessariamente, não podem ignorar a linguagem expressa no texto normativo, pois esta representa o valor democrático que precisa da devida conformação no caso concreto; o que afirma que todo o processo argumentativo deve se basear em um efetivo contraditório com uma fundamentação especificada como muito bem obriga o novo CPC; e, por último, a não consideração das peculiaridades de cada caso concreto, pois estas irão moldar a decisão que sempre deve tutelar o direito violado ou ameaçado, tudo isso realizado através da cooperação entre todos os atores processuais.

Realmente, não temos como razoável uma teoria de argumentação ou um modelo de posturas objetivas como o nosso que não tenha preocupação com o seu objeto, função e metodologia. Por isso, apresentamos, de modo direto e até mesmo servindo como guia para os passos a serem operados a partir dos referenciais e parâmetros, um modelo que se preocupe com a racionalidade, evitando, sempre, a escolha de valores morais pelos atores processuais.

O modelo proposto claramente permite o controle da decisão construída com a maior extensão possível. Primeiro, porque nele prestigiamos igualmente todos os atores processuais e, os que criam as teses, necessariamente terão que submetê-las ao debate; segundo, porque mesmo não se podendo atingir de modo pleno a racionalidade, poderemos compreender, sempre, a justificação de cada tese e, por conseguinte, da decisão final, já que as **pré-compreensões** participam diretamente do debate proposto.

Portanto, mesmo sendo impossível trazermos uma racionalidade que esteja totalmente dissociada de alguns valores ínsitos de cada ator processual, o procedimento argumentativo proposto, pela ênfase que demos ao debate amplo, propiciará, na prática, o que chamamos de correção racional, elemento que hoje se torna imprescindível em qualquer atividade argumentativa.

Dentro da concepção contemporânea de Estado Constitucional Democrático de Direito, toda decisão provinda de uma atividade jurisdicional, por qualquer de

suas formas, essencialmente, deve permitir o seu controle. Daí a importância de procedermos tanto à justificação interna quanto à externa dado que o modelo proposto claramente se preocupa com esse aspecto, ampliando a extensão a partir da efetiva participação de todos os atores pela ínsita cooperação inerente ao modelo, pois tudo que não é controlável passa a ser arbitrário.

O modelo proposto claramente pressupõe o comportamento ético dos atores processuais não só pela decorrência dos princípios da lealdade processual e cooperação, como também pela ideia substancial da produção de decisões coerentes e íntegras que permitam a isonomia de resultado em casos semelhantes ou iguais. Pelo fato de nos preocuparmos com o decorrer do processo argumentativo, não podemos admitir que um ator aja de má-fé, pois tal agir já é penalizada pela própria legislação processual.

Além dos referenciais e parâmetros enunciados, o modelo proposto delimita oito passos que bem aplicados poderão conduzir uma decisão mais livre possível das ideologias e escolhas pessoais dos atores. Objetivamente, o modelo dita as ações que permitirão uma norma que realmente leve em consideração as particularidades de cada caso com escopo precípua de tutelar os direitos materiais reconhecidos ou consensualizados.

Os oito passos devem ser realizados sob as premissas dos referenciais e parâmetros enunciados, de forma que se imbricam e alguns até mesmo são potencializados, como, por exemplo, a ideia de que tudo se inicia com o texto normativo que em tese regula a temática, justamente porque o respeito ao princípio democrático não pode ser abandonado. Destacamos que o primeiro passo diz respeito à argumentação fática que muitas vezes é olvidada. Contudo, a conexão dessa argumentação com a jurídica e o respeito à sua relevância, é algo que faz a diferença na justificação que exigimos hoje para todos os atos processuais.

Ressaltamos como um passo dos mais relevantes à aferição como antecedente lógico da própria referenciação normativa da possível inconstitucionalidade de dado texto normativo. Lembramos que as teses podem construir a ideia de dada interpretação que constitucionalize o texto; logo, o encapamento, de plano, de uma possível inconstitucionalidade, sempre deve ser excepcional, como também estar arrimada em um precedente, pois o processo argumentativo pode surpreender no sentido de dar a devida conformação ao texto.

Destacamos, também, que a diretriz do § 1º do artigo 489 do novo CPC, por si só, se bem compreendida e aplicada na íntegra no sentido de que haja para cada manifestação uma fundamentação especificada, é um dos passos que vai revolucionar a atividade jurisdicional, lembrando que tal diretriz, necessariamente, é extensiva a todos, por mais que a expressão normativa se cinja ao magistrado, pois o alicerce maior do modelo proposto é a efetiva participação de todos com a construção da decisão, que como visto não pode ser um ato isolado do magistrado.

Por fim, quanto aos passos, enunciamos a questão da análise esmiuçada de possíveis precedentes que não podem ser mais ignorados. Não existe uma liberdade absoluta para nenhum dos atores processuais criarem suas teses ou até mesmo encampar qualquer delas sem que se enfrente um possível precedente. Este precedente, junto com o referencial normativo, faz parte da argumentação jurídica a ser transposta, de modo que em havendo uma distinção ou superação, tem que se fazer a devida análise programática, destacando todos os detalhes possíveis, em especial a razão determinante de cada julgado.

Portanto, se cada ator processual seguir todos os passos propostos, já arriados nos referenciais e parâmetros, a construção da norma do caso concreto necessariamente será construída de acordo com as suas particularidades e estas guiarão a medida exata da possível intervenção em um dado direito que se colida, lembrando que não devemos fazer um possível sopesamento de bens e interesses em abstrato. A ponderação que a dogmática tradicionalmente vem mencionando deve ser específica, analisando se, por exemplo, um direito fundamental tem ou não a extensão defendida e, se realmente em concreto houver colisão, o critério de solução tem que ser aceito pelas partes antes da própria decisão.

A efetiva cooperação entre todos os atores processuais é outro passo para que haja na prática a construção da norma de modo democrático. Dizemos isso com a certeza de que é um dos maiores desafios do modelo proposto, em face da cultura de se decidir e se portar no processo só agindo de modo egoístico, ou seja, tanto o juiz como os demais atores tendem a querer resolver tudo sozinhos, justamente por confundirem a ideia de que mesmo havendo posições divergentes, o diálogo propicia a solução mais viável e principalmente que seja eficaz quanto à tutela dos direitos.

E por mais que soe estranha a ideia de que o juiz também possa agir egoisticamente já que não cria tese e não tem de fato nenhum interesse em

concreto, a ação solipsista do magistrado é uma recorrência. Logo, não temos dúvida de que talvez o ator que mais precisa entender que é um sujeito processual e que participa do diálogo é ele, e a tarefa é hercúlea, pois infelizmente estamos mal acostumados a decidirmos e empreendermos sozinhos quando, na realidade, se agirmos em estrita cooperação, o resultado será bem diferente.

O destaque dado para a cooperação dentro do modelo não é “à toa como se diz”. Pelo contrário, ocorre por força da essência da atividade argumentativa, em especial quando temos uma tarefa que não podemos mais executá-la de forma individualizada. A linguagem vertida no texto normativo precisa de várias versões para que se encontre a melhor, ou seja, o processo necessariamente é feito para que possamos escolher as melhores razões, e quando há o intuito de laboro em conjunto, mesmo tendo interesses contrapostos, o escopo costumeiramente é obtido.

A atividade jurisdicional não pode mais continuar desatrelada de seu maior escopo: a tutela dos direitos materiais em concreto. Daí a importância de fincarmos nas particularidades de cada caso, quer nos processos individuais, que como vimos é bem mais fácil ser concretizada, quer nos processos coletivos, que mesmo não tendo ainda as técnicas processuais e procedimentos específicos criados pelo Legislador para a tutela desses direitos de forma mais eficiente, compreende que o acesso à Justiça, hoje, abarca o dever do magistrado e demais atores sempre objetivando a cooperação para viabilizar, em concreto, um caminho para que haja a tutela do direito material na maior extensão possível.

Para os chamados processos estruturais, nos quais envolve a adoção de políticas públicas, a argumentação defendida, que como vimos prioriza como deve ser a política consensual, é bem eficiente, pois a partir da impostergável cooperação que todos os atores têm que ter desde o início, já se laborará a questão de como cumprir o consenso ou a decisão, bem como as próprias partes envolvidas poderão dispor livremente do caminho procedimental, o que facilitará e muito a tutela do direito material em concreto.

Temos a certeza de que o modelo proposto não é um método infalível em relação aos seus escopos. Contudo, podemos afirmar, peremptoriamente, que acaso cumprido à risca, poderá propiciar decisões mais consentâneas com o que as próprias partes querem dizer, como também de serem ouvidas e influenciarem a decisão final.

Portanto, esperamos ter contribuído com um tema que ainda vai ser objeto de muitas análises pelos estudiosos, justamente porque não há nessa matéria “receita de bolo”, ou seja, o máximo que se podemos alcançar será prestigiando o efetivo contraditório, a plena participação dos atores por cooperação recíproca com o juiz, que deve compreender a sua condição de sujeito processual do diálogo, pois só assim a decisão, construída coletivamente, será democrática e efetiva quanto à tutela do direito material que esperamos devidamente vinculado às particularidades de cada caso.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica: introdução à edição brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2008.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 63, 69, jul./set.1997.
- ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, p. 1-20, 2009. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, Criciúma, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias: por que ainda aceitar o “é ruim mas eu gosto”? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, ano 3, n. 1, p. 1-43, maio 2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_1.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Conteúdos**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%2C%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2013.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **Filosofia del derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017.
- ATIENZA, Manuel. Teorias da argumentação jurídica e hermenêutica não são incompatíveis. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 out. 2015. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015-out-08/atienza-argumentacao-juridica-hermeneutica-nao-sao-incompativeis>. Acesso em: 10 set. 2022.

BARACHO, J. A. de O. Processo constitucional. *In*: MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Download**. Belo Horizonte, 2007. p. 56-68.

Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjLnv260dv9AhW6lrkGHVTpC7MQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.trt3.jus.br%2Fescola%2Fdownload%2Frevista%2Frev_55_56%2FJose_Baracho.pdf&usg=AOvVaw1Siqissu0x1OlomRNbWsM. Acesso em: 2 set. 2022.

BARREIRO, Lorena Miranda dos Santos. **Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro**. 2011. 237. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A breve história do positivismo descritivo. o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Disponível em:

<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7204>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 163, p. 153-165, jul./set. 2004.

CARMO, Juliano Santos do. Robert Brandom: Inferência Material e conteúdo conceitual. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 147-160, nov. 2010. Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj57pmVlsX-AhXEI5UCHfSOAm4QFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Frevistaseletronicas.pucrs.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fintuitio%2Farticle%2Fdownload%2F7736%2F7256%2F37345&usg=AOvVaw0nJC4u_0vz-aYyhAt7oGNI. Acesso em: 25 abr. 2023.

CARVALHO, Thúlio Mesquita Teles de. **Proposta institucionalista para o dilema da vagueza**: um modelo teórico para a reconciliação do Direito com a linguagem ordinária. 2019. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito,

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/39320>. Acesso em: 10 jan. 2023.

COSTA, Adriano Soares da. ABDPRO # 115 A descritividade da ciência do direito: diálogo com Humberto Bergmann Ávila. **Empório do Direito**, São Paulo, 5 fev. 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-115-a-descritividade-da-ciencia-do-direito-dialogo-com-humberto-bergmann-avila>. Acesso em: 2 mar. 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Fredie_Didier_Jr.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Dos elementos e dos efeitos da sentença. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. *E-book*.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Enfam divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC**. Brasília, DF, 1 set. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>. Acesso em: 2 mar. 2023.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA NETO, Arthur M. Teoria da argumentação jurídica em Humberto Ávila: uma análise crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 41, p. 499-552, 2019. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/download/1508/939/4836>. Acesso em: 2 mar. 2023.

FERREIRA, Emanuel Melo. O positivismo presumido de Frederick Schauer e sua aplicação na interpretação judicial das regras de competência constitucionais. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 37-53, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/5438/pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 228-260, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23088>. Acesso em: 10 set. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Il realismo giuridico ridefinito. **Revus**, [S. l.], v. 19, 2013. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/2400>. Acesso em: 2 ago. 2022.

GUASTINI, Riccardo. Um enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico. **Revus**, [S. l.], v. 27, 2015. Disponível: <https://journals.openedition.org/revus/3463>. Acesso em: 2 ago. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho e el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paídos, 1998.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Uma breve síntese das concepções do Direito em Manuel Atienza. **Empório do Direito**, São Paulo, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-41-uma-breve-sintese-das-concepcoes-do-direito-em-manuel-atienza>. Acesso em: 26 mar. 2023.

MARANHÃO, Clayton. STJ entre cognitivismo e ceticismo interpretativo: obsolescência da súmula 400 do STF. **Gralha Azul Periódico Científico da Ejud**, Curitiba, n. 11, p. 31-36, abr./maio 2022. Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/documents/13716935/65829707/2.+STJ+ENTRE+COGNITIVISMO+E+CETICISMO+INTERPRETATIVO.+OBSOLESCÊNCIA+DA+SÚMULA+400+DO+STF.+Clayton+Maranhão.pdf/f56a8957-0127-643b-14f2-ab0ea5ffd9de?version=1.0>. Acesso em: 2 maio 2022.

MARINONI, L.G. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; AREHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARRENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2023. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Conrad Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NELSON, Aline Virgínia Medeiros; BRAGA JÚNIOR, Sérgio Alexandre de Moraes. Verdade, linguagem, retórica e o papel da hermenêutica na sociedade pós-moderna. **Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 4, n. 2, p. 1-18, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. É ontologicamente impossível querer mais analítica e menos hermenêutica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-19/diario-classe-ontologicamente-impossivel-querer-analitica-hermeneutica>. Acesso em: 10 set. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Querendo ou não, para argumentar, necessito antes de hermenêutica. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-10/diario-classe-querendo-ou-nao-argumentar-necessito-antes-hermeneutica>. Acesso em: 10 set. 2022.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (coord.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31-54.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TTYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROESLER, C. R. Os diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. *In*: CRUZ, P. M.; ROESLER, C. R. (org.). **Direito & argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

ROSA, Natália Amaral. **Filosofia e regras jurídicas**: uma análise do problema da sub e sobre inclusão em Frederick Schauer. 2019. 74 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/17440/DIS_PPGFILOSOFIA_2019_ROSA_NATALIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 2 set. 2022.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Grupo Gen, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; SANTOS, Marcelo Roberto Silva dos. A relação entre Legislativo e Executivo frente à jurisdição constitucional. Existe uma linha divisória entre Direito e Política que limite constitucionalmente essa relação? Reflexões sobre a instância do poder a partir da atual realidade brasileira. *In*: OLIVEIRA, Fernanda Abreu de; DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. **Direitos, democracias, políticas & contemporaneidades**. [S. l.]: Appris Editora, 2021.

SANTOS JÚNIOR, R. T. dos. **O cérebro que julga**: neurociências para juristas. Florianópolis: Emais Editora, 2023.

SANTOS, Paulo Alves; ROESLER, Claudia. Argumentos e fatos no Supremo Tribunal Federal: exame de acórdãos penais condenatórios. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 916-949, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/51699/36769>. Acesso em: 6 maio 2023.

SCHAUER, Frederick. **Pensando como um advogado**: uma nova Introdução ao raciocínio jurídico. Editora Thoch, 2021.

SERRASQUEIRO, Mafalda Rodrigues. **A interpretação constitucional como uma questão de poder**. 2018. 89 f. Relatório (Mestrado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2018. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_interpretacao_constitucional_como_uma_questao_de_poder_versao_artigo_capa_0.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico (2010)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES NETO, José Andrade. A teoria da argumentação como método (re)construtivo da norma de decisão gerada a partir de texto normativo sumulado com efeitos vinculantes. *In*: BARRETO, Emanuel Faro *et al.* **Blogpost Faro, Brito e Soares Neto Advogados**. Salvador, [2022]. Disponível em: <https://fbs.adv.br/a-teoria-da-argumentacao-como-metodo-reconstrutivo-da-norma-de-decisao-gerada-a-partir-do-texto-normativo-sumulado-com-efeitos-vinculantes/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5277/35200-68115-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 set. 2022.

STRECK, Lênio L. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016a.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a teoria da argumentação de Atienza: convergências e divergências sobre o raciocínio jurídico. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2207-2226, 2016b.

STRECK, Lênio Luiz. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 set. 2016c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 2 set. 2022.

TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 49, p. 58-63, abr. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1. Acesso em: 2 set. 2022.

VENTURI, E. Anotações sobre a repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista Jurídica Fafibe**, Boa Esperança, p. 1-10, 2015. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170707.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. *In*: PRETTO, R. S. de; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (coord.). **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2017. p. 231-254. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=101908>. Acesso em: 1 set. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University, 1999.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

- ALEJANDRO NIETO. **Crítica de la Razon jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os Princípios Jurídicos. *In*: MARMOR, Andrei; BORGES, Luis C. (org.). **Direito e interpretação**: ensaio de filosofia do direito. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sérgio. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil).
- AQUINO, Jorge. **Hermenêutica jurídica**. Natal: KMP Gráfica, 2009.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Aplicação do direito e contexto Social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BACHELARD, Gaston. A atualidade da história das ciências. *In*: CARVALHO, Manuel Maria. **Epistemologia**: posições e críticas. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- BACHELARD, Gaston. A filosofia do não filosofia do novo espírito científico. *In*: BÉRGSON, Henri. **Os pensadores**. São Paulo: Victor Civita, 1974. Disponível em: <https://www.cidadefutura.com.br/wp-content/uploads/BACHELARD-Gaston.-Coleção-Os-Pensadores.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BACHELARD, Gaston. O novo Espírito Científico. *In*: BÉRGSON, Henri. **Os pensadores**. São Paulo: Victor Civita, 1974.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: poderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 3.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 23-65, 2003.

BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Editora da Unesp, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. Coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil).

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica plural**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (org.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Manuel Maria. **Epistemologia**: posições e críticas. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

CATONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Jurisdição constitucional no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane (org.). **Direito argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2007.

DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. São Paulo: Grupo Gen/ Editora Método e Cesupa, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DROMI, Roberto. **El poder judicial**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DWORKIN, Ronald. **A mater of principle**. Cambridge: Havard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). **Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2010.

FONSECA, R. C. **Nova história brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANKENBERG, Gunter; MOREIRA, Luiz. **Jurgen Habermas: 80 anos direito e democracia**. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a posição da filosofia na sociedade**. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 4.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 2.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: encontros filosóficos. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 5.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: Heidegger em retrospectiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: Hermenêutica e a filosofia prática. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. v. 3.

GRADOS, Guido Aguila. **El Neoconstitucionalismo uma mirada jurisprudencial**. Lima: Editorial San Marcos, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos interpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1997.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito**: como elaborar o trabalho de conclusão de curso. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Júnior, Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Grupo Gen/Método, 2008.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). **Constituição e efetividade constitucional**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2008.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, política e cidadania em homenagem a Michel Temer**. Porto Alegre: GIW Editora Jurídica, 2013.

LIMA de, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma perspectiva crítica do Direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Francisco Meton Marques de; PESSOA, Robertônio Santos (coord.). **Constitucionalismo, direito e democracia**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

LIMA, José Luiz Carlos; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Medidas liminares no processo civil**: um novo enfoque. São Paulo: Atlas, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MACEDO, Dimas (org.). **Filosofia e constituição**: estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnicas processuais e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito conceito, objeto e método**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. **Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais transitados em julgado**. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade comentários à Lei nº 9868, de 10-11-99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MASCARO, Alyson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATURANA, Humberto; MAGRO, Cristina; PAREDES, Victor (org.). **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas**. Porto Alegre: Lumen Yuris, 2018.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: a forma de governo, a federação, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira de Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Guilherme Pena de. **Justiça constitucional**: limites e possibilidades da atividade normativa dos Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA, Marcel. **Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais**. Fortaleza: Omni, 2006.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e refutações**. Tradução Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1972.

POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. **Matrizes dos conceitos de justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito**: aspectos Micro-sistêmicos. São Paulo: RCS Editora, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

REESE-SCHAFFER, Walter. **Compreender Habermas**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2009.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro, 2003.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares: de acordo com projeto novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e Soltura sob a ótica constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle remoto e decisão judicial**: quando se decide sem decidir. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2008.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Porque dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2009.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podvim, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBONJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Lumen Yuris Editora, 2009.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

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

STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos de Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas da concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 92, dez. 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado hard cases e soluções juridicamente adequadas**. São Paulo: Método, 2009. v. 2.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília, DF: Plano, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. *In*: VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York: New York University, 1995.

VASCONCELOS, Arnaldo (coord.). **Temas de epistemologia jurídica**. Fortaleza: Unifor, 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. Que é uma teoria científica. **Revista da OAB Ceará**, Fortaleza, ano 27, n. 4, jul./out. 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. São Paulo: Forense, 2003.

VECHIO, Giorgio del. **A justiça**. Tradução Portuguesa de Antônio Pinto de Carvalho. Prefácio Clóvis Beviláqua. São Paulo: Saraiva, 1960.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El garantismo procesal**. San José: Editorial Adrus, 2010.

VENTURI, Elton. Anotações sobre a repercussão geral como condição de admissibilidade do recurso extraordinário. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 911-917. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170707.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2019.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANA, Rodolfo Pereira. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.