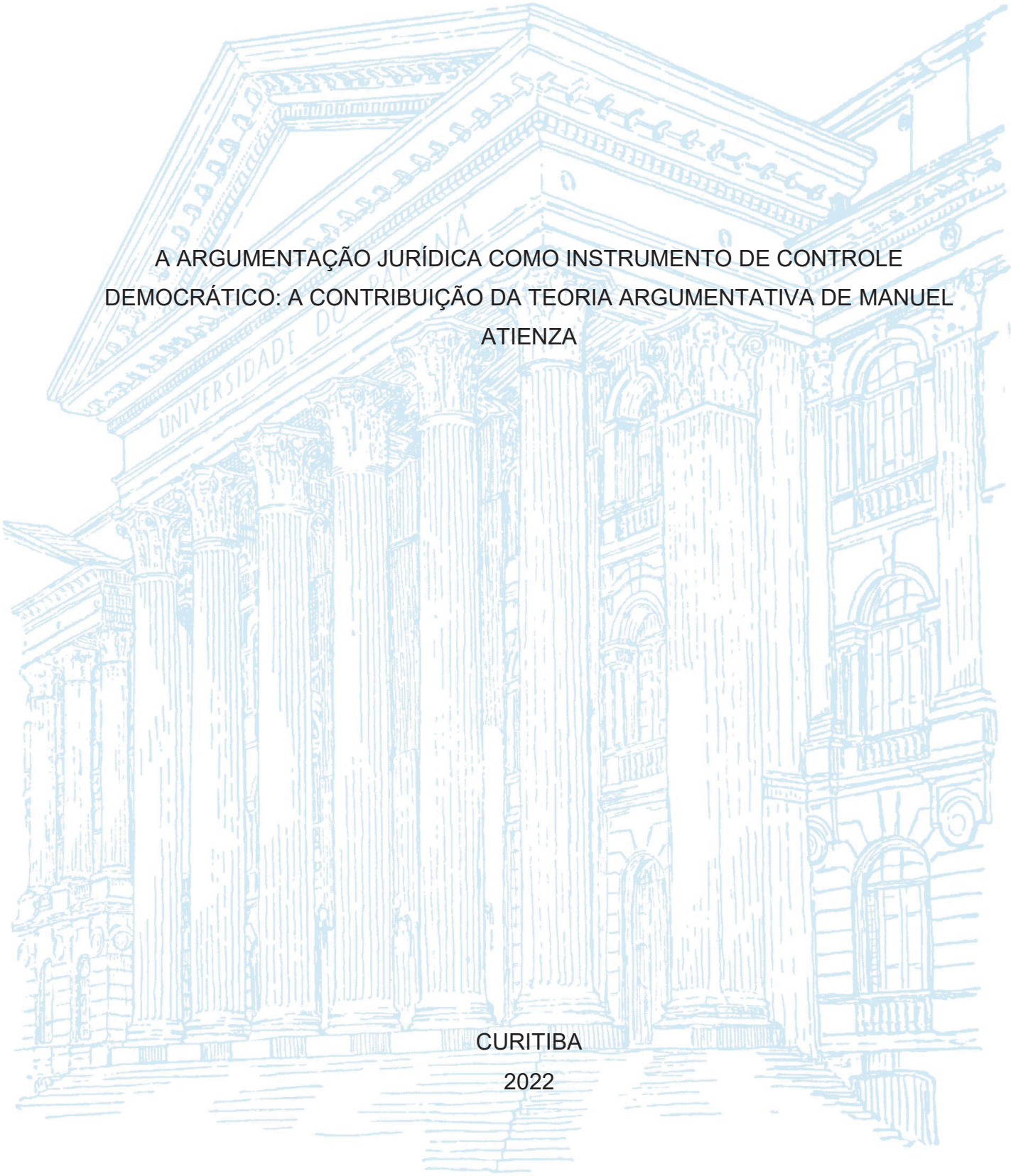
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL DE OLIVEIRA GOGOLA



A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MANUEL ATIENZA

CURITIBA

2022

RAFAEL DE OLIVEIRA GOGOLA

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MANUEL ATIENZA

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

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior.

CURITIBA

2022

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

Gogola, Rafael de Oliveira
A argumentação jurídica como instrumento de controle democrático: a contribuição da teoria argumentativa de Manuel Atienza / Rafael de Oliveira Gogola. – Curitiba, 2022.
1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Sérgio Said Staut Júnior.

1. Argumentação jurídica. 2. Democracia. 3. Atienza, Manuel, 1951-. 4. Pluralismo jurídico. I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

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

ATA Nº237

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia cinco de setembro de dois mil e vinte e dois às 14:00 horas, na sala 317 - Sala de Defesas - Ruy Corrêa Lopes - 3º Andar, Praça Santos Andrade, 50 - Prédio Histórico da UFPR, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RAFAEL DE OLIVEIRA GOGOLA**, intitulada**: A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MANUEL ATIENZA**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANDRE PEIXOTO DE SOUZA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLAYTON REIS (Centro Universitário de Maringá). 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 mestre 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, SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 05 de Setembro de 2022.

Assinatura Eletrônica
05/09/2022 18:29:16.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
06/09/2022 18:46:21.0
ANDRE PEIXOTO DE SOUZA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
13/09/2022 16:27:42.0
CLAYTON REIS
Avaliador Externo (Centro Universitário de Maringá)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 220361
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 220361

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 Dissertação de Mestrado de **RAFAEL DE OLIVEIRA GOGOLA** intitulada: **A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DEMOCRÁTICO: A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA ARGUMENTATIVA DE MANUEL ATIENZA**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, 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 mestre 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, 05 de Setembro de 2022.

Assinatura Eletrônica
05/09/2022 18:29:16.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
06/09/2022 18:46:21.0
ANDRE PEIXOTO DE SOUZA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
13/09/2022 16:27:42.0
CLAYTON REIS
Avaliador Externo (Centro Universitário de Maringá)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 220361
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 220361

Para Marcos Antonio Gogola [*in memoriam*]

AGRADECIMENTOS

O trabalho de pesquisa é desenvolvido, em sua maior parte na leitura e na redação por períodos em isolamento, contudo, é um erro crasso imaginar que o trabalho em si não depende da colaboração de muitas pessoas para a sua realização. São estas as pessoas a quem quero agradecer.

Aos meus pais, Marcos e Sirlene, por tudo o que me proporcionaram na formação moral, na educação e no infinito amor. Agradeço também aos meus irmãos, Gabrielle e Ricardo, muito importantes para mim quando atravessamos períodos difíceis e tristes. Vocês são a razão de eu nunca ter desistido. Muito obrigado!

Àquela que foi minha companheira durante todo o período do Mestrado, fundamental no período de maior isolamento em razão da pandemia, e igualmente importante para o meu crescimento pessoal e profissional por todo o tempo em que estivemos juntos. Rô, muito obrigado especialmente a você e a toda a família Onishi.

Ao meu orientador, prof. Dr. Sérgio Said Staut Junior, exemplo de trabalho e de humildade, aquele que foi um dos grandes responsáveis por eu ter decidido me tornar professor e por várias oportunidades que tive como docente. Alguém que, além de todo o apoio, foi muitíssimo importante no período mais difícil da minha vida, a época seguinte à morte do meu pai. Obrigado, professor Sérgio. Saiba que pode contar comigo sempre.

Agradeço à minha amiga Fabiana Passos de Melo, que acabei conhecendo em razão do emprego e me aproximando pelas visões de mundo e pelo amor à literatura. Muito obrigado por todo o apoio e pela motivação. Aproveito, aliás, o seu nome para agradecer aos amigos e colegas da Universidade Tuiuti do Paraná. Obrigado!

Cito ainda que alguns dos meus professores que muito me auxiliaram na minha caminhada acadêmica no Direito — alguns deles hoje meus colegas na carreira docente —: prof. Luiz Andretta, prof. André Tesser, prof. Rafael Lippmann, prof. Eduardo Agustinho, profª. Liliane Busato, prof. Victor Leão. Muito obrigado!

Deixo, ainda, o registro a vários amigos e amigas que foram muito importantes para o meu desenvolvimento em determinado período da vida e a quem tenho muita gratidão: Alex, Annie, Antonio, Daiane, Eduardo, Fábio, Kastiliane, Larysson, Leandro, Luiz, Paulo, Roberval, Thays, Valéria, Vinícius.

> Não se trata de um processo rápido, nem suscetível de ser levado a cabo exclusivamente por juristas com recurso aos seus saberes especializados. Muito pelo contrário. Trata-se de um lento processo de experimentação, erro e correção. No qual nem é certo que os juristas desempenhem um papel de protagonistas, porque, como se verá muitos dos saberes usuais dos juristas poderão constituir antes obstáculos do que instrumentos úteis. Sobretudo porque aquilo que eles têm por assente e que, frequentemente, resistem a repensar, faz parte de um saber datada, com mais de dois séculos de idade, referido a um modelo de poder que não é o de hoje (HESPANHA, 2013, p. 15)

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo apresentar os critérios de avaliação da argumentação jurídica propostos por Manuel Atienza, considerando sua importância para o desenvolvimento de um exercício jurisdicional mais adequado às sociedades contemporâneas, reconhecidas como complexas e plurais. A partir da concepção de pluralismo jurídico, reconhecendo que o Direito não é estabelecido apenas pelo Estado e que a democracia exige, como pressuposto, maior participação e fiscalização dos diferentes grupos que compõem uma sociedade. Nesse sentido, o trabalho desenvolve a noção de democracia deliberativa e apresenta alguns possíveis obstáculos a serem resolvidos para o seu pleno desenvolvimento. Estabelecidas as noções de pluralismo jurídico e de democracia deliberativa, o texto desenvolve a importância da argumentação jurídica como instrumento capaz de tornar mais acessíveis e controláveis os discursos jurídicos. Por fim, tratando da teoria de Manuel Atienza, desenvolve os seus critérios para avaliação de argumentações jurídicas concretas e o modo como tais premissas argumentativas podem colaborar para decisões jurisdicionais mais comprometidas com o seu fundamento democrático e plural.

Palavras-chave: 1. Avaliação argumentativa 2. Democracia deliberativa 3. Manuel Atienza. 4. Pluralismo Jurídico. 5. Teoria da argumentação.

ABSTRACT

This work aims to introduce the criteria for the evaluation of legal argumentation proposed by Manuel Atienza, considering its importance for the development of a more adequate judicial exercise in contemporary societies, recognized as complex and plural. From the conception of legal pluralism, recognizing that Law is not established only by the State and that democracy requires, as an assumption, greater participation and supervision of the different groups that compose a society. In this sense, the paper develops the notion of deliberative democracy and presents some possible obstacles to be solved for its full development. Once the notions of legal pluralism and deliberative democracy have been established, the text develops the importance of legal argumentation as an instrument capable of making legal discourses more accessible and controllable. Finally, dealing with the theory of Manuel Atienza, it develops his criteria for the evaluation of concrete legal argumentations and the way in which such argumentative premises may collaborate to jurisdictional decisions more committed to their democratic and plural foundation.

Keywords: 1. Argumentation Theory. 2. Argumentative Evaluation. 3. Deliberative Democracy. 4. Manuel Atienza. 5. Pluralism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 16

1 PLURALISMO JURÍDICO E A TEORIA DO DIREITO..... 20

1.1 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NAS CORTES BRASILEIRAS E ALGUNS OBSTÁCULOS A UM EXERCÍCIO EFETIVAMENTE PLURALISTA 24

2 . A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O DEBATE RACIONAL NO ESPAÇO PÚBLICO COMO MÉTODO..... 37

2.1 ESTADO, IMPÉRIO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE DEMOCRÁTICA..... 38

2.2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA EM UMA VISÃO PLURALISTA DO DIREITO 41

2.3 O DEBATE RACIONAL COMO PROCEDIMENTO PARA A TOMADA DE DECISÕES NO ESPAÇO PÚBLICO DEMOCRÁTICO E PLURALISTA 48

3 A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM UM CONTEXTO DE PLURALISMO JURÍDICO 51

3.1 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E O PAPEL DO INTÉRPRETE 53

4 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PROPOSTA POR MANUEL ATIENZA 67

4.1 ANÁLISE, AVALIAÇÃO E CONSTRUÇÃO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA 69

4.2 CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO E IMPORTÂNCIA NA DEFINIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA..... 84

CONSIDERAÇÕES FINAIS 90

REFERÊNCIAS 95

INTRODUÇÃO

O tradicional brocardo latino *ubi societas ibi ius*[1] é tradicionalmente explicado, nos livros das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito (de Teoria do Direito ou de Teoria Geral do Direito Civil), como a necessária e mútua relação condicional entre Direito e sociedade — ou seja, onde há convivência coletiva, aí haverá (necessariamente) Direito. A recíproca também é verdadeira: onde há Direito, é porque aí existe uma organização da coletividade[2].

Ao se analisar mais detidamente a ideia, é possível — e necessário — depreender um sentido mais aprofundado e contemporâneo.

Se há uma necessária correlação entre sociedade (organizada)[3] e Direito, *é essencial refletir sobre qual é o tipo de Direito* imprescindível a esta sociedade.

Aqui, não se trata da preocupação com quais seriam os direitos objetivos previstos no ordenamento jurídico de um país — ainda que, evidentemente, eles sejam muito importantes —; a preocupação aqui é com o *tipo de Direito*, o que se evidencia por suas práticas e premissas, por seus postulados fundamentais e por seus valores básicos.

Nesse sentido, refletir sobre as características essenciais de um dado ordenamento jurídico é essencial para uma crítica rigorosa do Direito que está disponível para uma determinada sociedade — e, por consequência, para que seja possível propor mudanças verdadeiramente fundamentais nas normas jurídicas e no sistema jurídico ali estabelecido.

É com tal intuito que o presente trabalho parte das observações de António Manuel Hespanha, em especial nas lições contidas em sua obra *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, para reproduzir a invocação ali consignada de que é urgente a tarefa de se repensar os fundamentos teóricos de uma ciência jurídica para as necessidades do século do XXI. A obra — cuja análise foi fundamental para a redação deste trabalho e que será tratada com mais detalhes adiante — estabelece

---

[1] As expressões em latim serão redigidas sem caracteres maiúsculos e com a presença de “i”, em vez do “j” (CARDOSO, 2009, p. 16)

[2] Tal observação é comumente encontrada nos capítulos introdutórios de tais obras, como exemplo, em NADER, 2014, p. 48.

[3] Aqui a expressão “sociedade (organizada)” é tomada no sentido amplo de uma coletividade de seres humanos que tenham a convivência minimamente organizada por regras jurídicas.

que o pensamento teórico jurídico deve reconhecer o *pluralismo jurídico*[4] como algo real, presente na história jurídica (a despeito da falta de reconhecimento pela doutrina mais tradicional).

Dessa premissa, decorre o seguinte imperativo: um Direito pretensamente adaptado à situação do século atual deve ser organizado reconhecendo o pluralismo jurídico, pluralidade jurídica que decorre de uma própria pluralidade social, dado que a "sociedade" não é composta da indivíduos idênticos e com iguais interesses, necessidades e anseios. Assim, se a sociedade é composta por grupos e indivíduos distintos e com distintos anseios, opiniões e valores, o Direito deve estabelecer meios para, reconhecendo as diferenças como ponto de partida, obter soluções jurídicas que partam das divergências sociais e procurem ajustá-las a definições consensuais refletidas.

Assim, o reconhecimento desta situação estabelece novos problemas técnico-jurídicos (e até mesmo filosófico-jurídicos): se há diferentes grupos sociais e se devem ser reconhecidas outras fontes jurídicas além daquela estatal, quais deveriam ser os procedimentos de tal reconhecimento e de aplicação dessas normas jurídicas param a ser questões de fundamental importância.

Por isso, ainda que o trabalho se limite a refletir sobre o Direito interpretado pelos órgãos oficiais de jurisdição (juízos e tribunais), a fim de estabelecer um recorte plausível, *como tais instituições podem trabalhar a partir do pressuposto de que não existem apenas as fontes jurídicas estabelecidas pelo Estado* é um objeto de especial interesse e do qual decorrem outras questões.

Ao aceitar que diferentes grupos sociais podem estabelecer regras jurídicas diversas, é conveniente admitir todas essas regras como juridicamente *válidas*?

Como é possível definir quais serão as fontes adotadas em cada caso? Qual deve ser o procedimento observado para este reconhecimento? Por que uma solução jurídica (seja em relação às fontes invocadas, seja em relação à interpretação estabelecida pelo órgão julgador) deve ser *mais adequada* a um determinado caso em detrimento de todas as outras? Essas questões, entre outras, serão desenvolvidas no decorrer do texto.

---

[4] Para os fins restritos desta introdução, *pluralismo jurídico* significa uma coexistência entre diferentes fontes das quais emanam o Direito em determinada sociedade (ainda que nem todas sejam consideradas válidas e amplamente consensuais, como será explicado adiante). Em oposição, existe a expressão *monismo jurídico*, que indica uma situação em que o Direito só é estabelecido por uma única fonte "oficial", tradicionalmente, o próprio Estado.

Definido o pluralismo jurídico como visão essencial da teoria e da prática jurídicas, é essencial refletir sobre como reconhecer as diferentes normas juridicamente válidas produzidas pelos diferentes agrupamentos sociais. Nem todas as normas que existam na prática social, necessariamente devem ser válidas juridicamente. Como definir quais dessas normas são válidas juridicamente e quais não são em um ambiente democrático? O que é e qual tipo de democracia também é objeto relevante para a análise do trabalho, o que será tratado no capítulo 3.

Reconhecidas as características essenciais de uma conformação democrática, como estabelecer um método que viabilize a tomada de decisões jurídicas comprometida com a manifestação democrática e plural da sociedade? A proposta estudada no trabalho é a de que a teoria da argumentação jurídica — como sugere o próprio António Manuel Hespanha — é um instrumento que poderia tornar *acessível* e *controlável* um discurso especializado. Ou seja, não que o uso de prescrições sobre a argumentação jurídica tornaria democráticas e plurais todas as decisões judiciais, mas sim o uso de postulados argumentativos básicos poderia auxiliar na melhor exposição e compreensão dos debates jurídicos (inclusive com a preocupação de ampliá-los para além dos muros estritos dos juristas). Esse é o objeto do capítulo 4.

Considerando o universo de teorias da argumentação jurídica disponíveis, a fim de especificar os limites da pesquisa, optou-se por trabalhar com os fundamentos da teoria da argumentação de Manuel Atienza, que reconhece — como será demonstrado adiante, no capítulo 5 — o Direito como prática argumentativa e como importante a deliberação nos espaços democráticos, além de propor critérios de avaliação da argumentação jurídica que podem ser úteis em contextos de democracia deliberativa.

Portanto, no desenvolvimento dos próximos capítulos, o intento do trabalho é desenvolver os argumentos partindo (1) da concepção de que a reflexão teórica sobre o Direito no século XXI deve reconhecer o *pluralismo jurídico* como algo concreto e efetivamente observável nas sociedades e que, portanto, as práticas jurídicas devem estar alinhadas a tal pressuposto, (2) reconhecendo que o espaço democrático é, por excelência, o ambiente em que as melhores decisões (porque abertas a uma maior participação dialógica dos seus membros) são aquelas tomadas por deliberação razoável de uma ampla maioria (evidentemente, reconhecendo limites constitucionais de proteção de direitos das minorias) e com

base em argumentos claros, estáveis e íntegros, e (3) que a argumentação jurídica é instrumento adequado para viabilizar a construção segura de discursos acessíveis e íntegros (plausíveis), em especial pela teoria desenvolvida por Manuel Atienza.

1 PLURALISMO JURÍDICO E A TEORIA DO DIREITO

A reflexão teórica sobre determinada atividade é indispensável para a apresentação e implementação de melhorias na prática concreta de tal atividade. O Direito, na condição de prática indispensável à convivência social, não pode renunciar às críticas necessárias oportunas para a sua renovação e melhor adaptação à sociedade em que é efetivamente utilizado.

O compromisso da teoria que pretende "reformar" a prática, por sua vez, é o de encarar o Direito como sistema concreto em exercício e se preocupar em identificar os problemas "reais". Isto é, o teórico deve partir de uma análise crítica minuciosa da prática a fim de elaborar indicações mais adequadas e oportunas para as modificações com as quais pretende colaborar.

Apesar de tais observações parecerem autoevidentes, contudo, é possível identificar vários postulados teóricos dos juristas contemporâneos que simplesmente são tomados como verdades indiscutíveis, como dogmas.

Paolo Grossi (2007, p. 13), em seu livro *Mitologias Jurídicas de Modernidade,* alerta para o fenômeno da mitificação observado no intelecto dos juristas modernos:

> O autor se deu conta, nas suas já longas e contínuas pesquisas histórico-jurídicas, de que um grande e emaranhado nó de certezas axiomáticas lentamente se sedimentou no intelecto e no coração do jurista moderno, um nó que foi aceito de modo submisso, que ninguém sonhou discutir por ter sido fundamentado em um lúcido projeto originário de mitificação, mitificação como processo de absolutização de noções e princípios relativos e discutíveis, mitificação como passagem de um mecanismo de *conhecimento* a um mecanismo de *crença*.

Embora possam ser destacados vários exemplos em diferentes áreas jurídicas, o trabalho concentrará suas observações em dois elementos mais importantes para a reflexão aqui desenvolvida: os mitos do *monismo* e do *estatalismo* jurídicos.

Especialmente ocorrido na passagem entre os séculos XVIII e XIX, a redução do Direito (no discurso oficial) às normas jurídicas produzidas pelo Estado tratava de afastar a produção do seu laboratório social. Como explica Grossi (2005, p. 193-194):

> Diante de um direito já todo identificado na vontade estatal contentou-se com fontes certas e claras, límpidas na linguagem, robustamente pensadas (por exemplo, o *Code Civil*), fundadas sobre um admirável saber técnico, e não se refletiu o suficiente sobre duas consequências gravíssimas: o direito se identificava a esta altura só com o direito oficial, e, como tal, tendia sempre mais a formalizar-se, enquanto uma fronteira compacta se erguia entre o território do direito e o dos fatos; a sociedade civil continuava a ser depositária da produção jurídica somente na fábula-ficção da democracia indireta proclamada pela obsessionante apologia filo-parlamentar, mas na realidade dela (produção jurídica) restava clamorosamente expropriada. O direito era desenraizado da complexa riqueza do social para ligar-se a uma só cultura, empobrecer-se e identificar-se desagradavelmente na expressão do poder e da classe dele detentora.

Em síntese, a marca do absolutismo jurídico consiste na falsa impressão de que o Direito decorre apenas de uma fonte — o Estado, entidade do poder político centralizado — e que esse produtor regulamenta o Direito a partir de uma fonte jurídica em especial — fruto, como exposto no trecho selecionado, de uma falsa impressão do trabalho de legisladores em prol do reconhecimento dos interesses da sociedade, da “vontade geral”.

Entretanto, tal visão — embora comum no pensamento jurídico tradicional — não encontra lastro nas análises da historiografia jurídica mais atenta, que sustenta um frequente pluralismo jurídico (reforçado pelas teorias agrupadas sob o título de *realismo jurídico*).

Contudo, como afirma Hespanha (2013, p. 9), ainda hoje são publicados livros de introdução ao Direito com premissas teóricas idênticas às daqueles publicados há duzentos anos. Entre tais premissas está aquela de o Direito é produto exclusivo do Estado. Como afirma o autor, a ideia estava equivocada há duzentos anos e ainda continua errada.

Se o direito não é produto exclusivo do Estado, é necessário logicamente reconhecer a pluralidade de direitos em uma mesma sociedade.

Conforme escreveu António Manuel Hespanha (2013, p. 10), considerar o direito um produto exclusivo do Estado é ignorar um dos traços mais evidentes e constantes de sua existência histórica: na realidade, a coexistência da pluralidade de direitos numa mesma comunidade é uma “[...] constante, mais visível ou mais encoberta, da história do direito ocidental, se não de todos os direitos.”

Assim é que, o reconhecimento dessa pluralidade leva a mais um passo: é imprescindível repensar a própria dogmática jurídica, pois

> Que haja um só direito, o do Estado, ou que convivamos com vários, surgidos em vários níveis da vida, não é indiferente quanto aos saberes e técnicas intelectuais com que os juristas lidam com o direito — como o identificam, como o avaliam, como o interpretam, como o aplicam. (HESPANHA, 2013, p. 10).

Com base nessa proposta, como repensar o exercício da atividade jurisdicional (a tomada de decisões jurídicas e sua fundamentação) a partir de uma visão jurídica pluralista? Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que as normas jurídicas não são apenas aquelas que proveem do Estado; reconhecida a pluralidade das fontes jurídicas, é essencial definir método(s) para se determinar quais normas (de todas aquelas existentes entre os diferentes grupos) são juridicamente válidas e devem ser aplicadas nos casos em discussão. Um ponto importante aqui é privilegiar um método que reconheça a legítima atuação em um ambiente democrático.

Retomando a questão: se existem vários direitos em uma mesma sociedade, é correto admitir que todos são necessariamente válidos para todos os cidadãos? A resposta é negativa.

Ainda que a realidade apresente diversos direitos (ou ordens jurídicas) coexistentes vigentes, *nem todos podem ser considerados válidos*, pois para que seja considerado válido, um direito deve ter "vigência geral e inclusiva, adequada (justa, fair) e sustentável, estabilizadora para todos os destinatários, por assentar num consenso alargado, adequado e reflexivo e, de tal modo, reconhecida pelas instâncias jurisdicionais consensuais na comunidade." (HESPANHA, 2013, p. 119).

Assim, se existem vários direitos e eles devem ser compatibilizados para serem considerados válidos, definir quais os critérios e os instrumentos para atribuir tal validade aos direitos é um tema de profundo interesse. Essa e outras preocupações devem ser destacadas em conjunto: como acomodar diferentes direitos "sem os reduzir artificialmente à unidade", como garantir um "grau mínimo de integração" entre esses direitos para evitar um caos jurídico; além disso, como garantir a capacidade "inovadora, programática e corretiva do direito" são discussões que merecem destaque (HESPANHA, 2013, p. 11).

Tendo em mente o que foi afirmado antes, mais um fundamental princípio deve ser observado: o republicanismo democrático, no sentido de que as decisões que afetem a todos devem ser por todos confirmadas (ou ao menos por sua relevante maioria, dada a natureza plural da sociedade).

Assim, compatibilizar um direito pluralista – isto é, que pressupõe variadas ordens jurídicas sobrepostas, naturalmente conflitantes – com um ideal de validade geral das normas jurídicas em um contexto democrático é uma tarefa das mais sensíveis aos juristas.

Para possibilitar esse encargo, segundo Hespanha (2013, p. 121), o ideal de pluralismo precisar ser adaptado para reconhecer como direito não todas as normas vigentes em uma sociedade, mas apenas aquelas consideradas válidas, por serem estas objeto de aceitação mais consensual, alargada e inclusiva. De outro lado, igualmente o ideal de democracia deve ser "enriquecido e flexibilizado" além dos "processos formais de expressão da vontade popular" em relação ao Estado, garantindo também os "processos de consensualização que decorrem fora do Estado".

Do que foi dito, é possível considerar (provisoriamente) que uma ordem jurídica pluralista e democrática é aquela em que são reconhecidos diferentes direitos (isto é, ordens jurídicas) em alguma medida sobrepostos e que funcionem em relativa harmonia, posto que admitidos como válidos por meios democráticos.

A respeito do aspecto democrático ainda são evidenciados alguns problemas. Entre eles, o fato de que em grande parte da história jurídica a "revelação" dos sentidos das normas jurídicas realizada por um grupo restrito de pessoas, os juristas, que de modo geral, mantinham para si um monopólio de intérpretes do direito (HESPANHA, 2013, p. 122).

Ora, limitar a definição dos sentidos das normas jurídicas a um restrito grupo de iniciados não se sustenta sob um viés democrático e plural. Aliás, conforme afirma Hespanha (2013, p. 123):

> O estado da arte no domínio da teoria dos saberes e dos discursos aponta, pelo contrário, para a ideia de que há muitos ingredientes no discurso dos juristas que traduzem convicções prévias (pré-compreensões) pouco refletidas ou apenas exprimem pontos de vista interessados e parciais e não perspectivas geralmente consensuais e que correspondam a interesses e expectativas neutrais e geralmente aceites.

Por tudo isso, a fim de resguardar e potencializar o ideal de uma ordem jurídica plural e democrática, é necessário tornar o processo de definição de sentido

das normas jurídicas também mais acessível, compreensível, consensual e inclusivo.

Assim, como um tema caro à Teoria do Direito, a interpretação e aplicação das normas jurídicas, bem como a questão das fontes do Direito precisam ser revisadas e repensadas em um contexto democrático pluralista contemporâneo, disponibilizando novos meios para a tomada de decisões que não partam de uma visão reducionista do Direito.

Nesse sentido, algumas práticas correntes no modo de decidir dos juízes e tribunais brasileiros devem ser destacados para que, considerando a necessidade de adaptá-los a um paradigma pluralista democrático, sejam observadas novas práticas de decidir — o que pode ampliar o debate e o controle social sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais.

1.1 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NAS CORTES BRASILEIRAS E ALGUNS OBSTÁCULOS A UM EXERCÍCIO EFETIVAMENTE PLURALISTA

Como afirmado anteriormente, qualquer proposta de construção de uma teoria do Direito adaptada às necessidades de um determinado país passa, necessariamente, por uma análise concreta das práticas jurídicas observadas naquele espaço territorial.

Conquanto a presente dissertação não tenha por objetivo a propositura de uma teoria jurídica original, a análise detida sobre o contexto jurisdicional brasileiro é muito útil para apontar quais seriam as suas particularidades e, em alguma medida, as dificuldades enfrentadas pelo exercício concreto da jurisdição que inviabilizam (ou dificultam bastante) o desenvolvimento de um Direito mais plural e democrático.

A propósito, em parte corroborando algumas das observações de António Manuel Hespanha, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 62), em estudo sobre a justificação de decisões judiciais no Direito brasileiro, observa que os tribunais do País, apresentam certa racionalidade jurisdicional “marcada pela utilização por argumentos de autoridade em casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis”.

Em outras palavras, um primeiro obstáculo a ser enfrentado para melhor a clareza das decisões judiciais e torná-las mais acessíveis a um debate plural na

sociedade é justamente a *pobreza argumentativa em razão da ampla utilização de argumentos de autoridade e de fundamentação meramente opinativa*.

Afirma Rodriguez (2013, p. 62) que, em casos difíceis, os argumentos de autoridade são apresentados para justificar a adesão da opinião daquele julgador especificamente, para justificar por que ele (ou ela) acolheu aquele pensamento individualmente, sem preocupação com o resultado final do julgamento.

Ademais, sustenta o autor que as decisões em órgãos colegiados são realizadas por votação sem a preocupação de se redigir, ao final, uma "decisão oficial da corte" (RODRIGUEZ, 2013, p. 63).

Em outras palavras, é possível afirmar que a decisão tomada pela corte representa a "soma" de várias posturas (até mesmo diversas) entre os julgadores ao levar em conta apenas o "resultado" do julgamento. Nesse sentido, é possível que uma decisão unânime exarada no Plenário do Supremo Tribunal Federal apresente 11 (onze) argumentações distintas. Rigorosamente, em uma situação dessas, pode ser complicado asseverar que a corte tomou 1 (uma) decisão (unânime), dado o número de justificativas argumentativas distintas de cada Ministro.

Além dos problemas já indicados acima, mais um problema importante aqui é a *falta de debates entre os julgadores* (nos casos em que as decisões são colegiadas). Em geral, são apresentados os argumentos em oposição, mas não há debate para confrontá-los e eliminar os "piores". Todos os argumentos são compilados nos votos que se somam para a formação do acórdão, cuja informação mais importante deixa de ser a *ratio decidendi* e passa a ser tão-somente o provimento/improvimento do recurso.

Não importa saber o porquê da decisão, quais são os seus fundamentos "vencedores" que levaram os julgadores a segui-los para a formação da maioria ou da unanimidade. A única informação clara é o dispositivo — presta-se muita atenção ao que foi decidido, nem sempre aos porquês daquela decisão.

Além disso, dentro de um contexto nacional, é possível verificar fortes tendências à utilização de argumentos de autoridade em demasia e até mesmo a falta de argumentos (nos casos simples), como apontado por José Rodrigo Rodriguez.

Por isso, a prática discursiva do Direito aparenta estar distante de um ideal "democrático" (de um discurso amplamente acessível) e, em certa medida, também

distante de um direito efetivamente “pluralista” (que efetivamente reflita as reivindicações dos diferentes cidadãos que compõem a sociedade).

A dificuldade em estabelecer decisões a partir de padrões argumentativos estáveis e fundamentados objetivamente parece decorrer de uma certa postura de muitos magistrados brasileiros de decidirem e estabelecerem fundamentos subjetivistas e opinativos (fundamentados simplesmente na sua vontade) como se tais fundamentos fossem objetivamente verificados nas práticas ou discursos em geral, aceitos unanimemente por todos, quando, na verdade, expressão mero juízo individual do julgador. Como observa Rodriguez (2013, p. 18), o uso de expressões como “é evidente que...”, “sabe-se que...” ou semelhantes demonstra um uso discursivo que faz parecer que a opinião do julgador não precisa ser justificada concretamente porque aquilo é “evidente” — mas evidente para quem? O que se verifica, ao contrário, é a tentativa de naturalizar as razões do julgador como se fossem amplamente aceitas e, portanto, não exigissem maior fundamentação ou debate aprofundado.

Com relação a essa postura opinativa (subjetivista) dos magistrados no momento de justificar suas decisões, Lenio Luiz Streck (2012, p. 20) chama a atenção para o fato de que opiniões individuais sejam admitidas como fundamento jurídico legítimo por se tratar de exercício do *poder discricionário* dos juízes.

O autor cita, como exemplo paradigmático dessa postura, um trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros (no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julg. em 03/04/2001) cuja reprodução é interessante:

> *Não me importa o que pensam os doutrinadores*. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) *Decido, porém, conforme minha consciência*. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim*, *porque pensam assim*. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, *e a doutrina que se amolde a ele.* É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. (STRECK, 2012, p. 25). (Destaques presentes no texto citado).

Uma postura como a citada acima evidentemente demonstra pouco interesse em um desenvolvimento de decisões judiciais que levem em conta a

pluralidade de visões de mundo ou de opiniões. O que vale é a *opinião* de quem julga (vale o que ele *pensa*). A decisão é uma decorrência do seu pensamento.

Não é o caso, evidentemente, de negar qualquer ato de subjetividade por parte do julgador, contudo, é imperativo que haja limitação nessa ampla atuação decisória. Nesse sentido, reconhecer que a subjetividade do julgador é uma condição para a tomada de decisões não significa dizer que os julgadores podem simplesmente decidirem como bem entenderem.

Isso é ainda mais relevante se se observar a razoável medida (e de certa forma indispensável) do tratamento de questões morais que acabam por se tornar também jurídicas. Aqui, é ainda mais importante cuidar para que a sociedade (plural e complexa) não esteja totalmente à disposição de meros subjetivismos decisórios.

> A institucionalização da moral no Direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito [...]. O Direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo. Com desideratos semelhantes, em Habermas o Direito — a Constituição — garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo — daí a ênfase em uma democracia procedimental; (...) (STRECK, 2017, p. 265).

Por isso, é que o Direito, como instrumento de regulação social precisa ser construído a partir de reflexão e colaboração dos diversos grupos e indivíduos integrantes da sociedade, em vez de depender de um único (ou de alguns poucos) intérprete(s) com poderes ilimitados.

Mas e a necessidade de se justificar, com argumentos plausíveis, o que se pensa a respeito de determinada questão jurídica? É razoável admitir que magistrados tenham poder ilimitado para exarar decisões simplesmente a partir do que pensam? Se, em um exemplo fictício, determinada comunidade científica defenda certas medidas para controle sanitário e o governo adote tais medidas legalmente; se um determinado sujeito — valendo-se do seu direito constitucional de ação —, por não acreditar no discursos científico, questiona tais normas perante o Poder Judiciário, é razoável que um magistrado (ou um grupo de magistrados) desconfiado(s) do método científico determine(m) a suspensão de tais medidas sanitários com base em sua mera opinião? Se se adotar tal método, de livre

apreciação e decisão, seria praticamente impossível resguardar coerência e estabilidade das decisões.

É, inclusive, interessante observar o tratamento do tema da fundamentação judicial tal como foi regulamentado pelo Código de Processo Civil de 2015. Ao tratar dos elementos da sentença, o atual CPC, em seu artigo 489, §1º, estabelece como indispensável à fundamentação que efetivamente relaciona a causa em questão com as normas jurídicas, em detrimento das decisões genéricas:

> CPC. Art. 489. (...)
> §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

As hipóteses previstas nos incisos apresentados, além de acentuarem a preocupação com decisões que efetivamente levem em conta a jurisprudência já estabelecida (incisos V e VI), reforçam a necessidade da construção textual argumentativa que relacione os elementos abstratos (normas do direito objetivo) às questões concretos apresentados naquele caso específico.

Não basta reproduzir o texto de lei ou invocar um conceito jurídico indeterminado para se considerar suficiente a tarefa de fundamentar a decisão. Além da indicação da fonte jurídica, é dever do magistrado a construção textual argumentativa que explique as razões de ter decidido de tal forma.

Como esclarecem Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2020, p. 461):

> A *necessidade de individualização das normas aplicáveis* repele a possibilidade de o juiz se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase (aqui entendida como simples reelaboração do texto legal com outras palavras) de ato normativo (art. 489, §1º., I). Isso porque

> para a individualização das normas aplicáveis é preciso em primeiro lugar explicar as razões pelas quais as normas aplicadas servem para a solução do caso concreto; isto é, é preciso mostrar por quais motivos as normas devem ser aplicadas. (...). (Destaques no texto original).

Conforme o trecho selecionado, é interesse observar alguns dos seus elementos fundamentais: a ideia de “individualização” remete à própria noção de exercício da jurisdição como atribuição do Direito aos casos submetidos à jurisdição do Estado. Aqui, fica em foco o momento de interpretação e aplicação concreta das normas jurídicas.

Não basta, porém, selecionar quais seriam as normas mais adequadas àquele caso em julgamento: é fundamental “explicar as razões pelas quais as normas aplicadas servem para a solução do caso concreto”, mostrando os “motivos” que justificam a aplicação de tais normas (em detrimento de outras).

Ora, a explicação das razões e a apresentação dos motivos justificadores são atividades cuja forma consiste em texto discursivo argumentativo. É a fundamentação dependente da argumentação jurídica concreta. Considerando que todas as decisões devem ser fundamentadas, logo, lidar com o ônus argumentativo é tarefa indispensável à própria atuação jurisdicional.

Como condição indispensável à própria aplicação do Direito aos casos concretos em juízo, a fundamentação argumentada e individualizada precisa obedecer a parâmetros claros em sua construção. Como considerar que um texto judicial efetivamente preenche o requisito da fundamentação é um meio indispensável para a prática concreta da função jurisdicional.

Além disso, refletir sobre a prática jurisdicional e sobre como a fundamentação apresentada em construção argumentativa de fato está de acordo com os pressupostos de uma democracia pluralista é um desafio que precisa encontrar respostas adequadas para uma reorganização da reflexão teórica do Direito para a sua prática no século XXI em diante.

Em outras palavras, não é suficiente que haja fundamentação. É necessário que o próprio texto argumentativo leve em conta valores e anseios sociais — reconhecendo, de partida, que tais elementos são naturalmente “equívocos” em uma sociedade plural, como todas são —, por isso, não há valores ou premissas que possam ser tratadas como evidentes ou como aceitas por toda a coletividade.

Cada elemento que dependa de apreciação moral ou valorativa em geral precisa estar bem fundamentado, *não porque aquele é o único valor moral correto*, mas porque o intérprete/julgador, ao analisar as normas jurídicas aplicáveis àquele caso, deve explicar os motivos que o fazem escolher determinadas normas jurídicas como válidas e mais adequadas ao tratamento daquele caso em julgamento.

Além disso, é possível verificar — tomando como exemplo as práticas decisórias no contexto do Supremo Tribunal Federal — que, muitas decisões relevantes tanto do ponto de vista político quanto jurídico são tomadas de forma individual ou pouco debatidas.

Nesse aspecto, uma consideração inicial do texto constitucional brasileiro, em especial do seu artigo 101, poderia levar a crer que o Tribunal em questão decide (ou, ao menos, deveria decidir) de forma colegiada, posto que é formado por onze membros. Tal ideia é secundada pela previsão do caput do artigo 102, que estabelece como função precípua daquela Corte a proteção da Constituição.

Pois bem. Por elementar que possa parecer, tais previsões indicariam que a Corte com um das maiores e mais relevantes funções (senão a mais relevante) do país seria formada por um conjunto de julgadores que, em conjunto, debateria sobre as questões jurídicas apresentadas ao Tribunal e, após deliberações em conjunto, com oposição de argumentos e reflexão em conjunto, chegaria a uma decisão que representasse (e de certa forma) incorporasse os principais argumentos (testados no confronto deliberativo) a fim de se chegar a uma decisão que efetivamente fosse reflexo de um juízo consensual entre os membros da Corte.

Tal consideração, entretanto, não corresponde ao efetivo funcionamento do Tribunal, ao menos não em sua integralidade. É possível notar algumas (importantes) situações em que um único Ministro pode definir (sozinho) o resultado de um julgamento. Isto é, ele pode proferir uma decisão monocraticamente ou atuar de modo a evitar certos julgamentos, impedindo ou retardando a decisão do Tribunal sobre determinado caso. E aí surge um primeiro impasse fundamental.

Como apontam Diego Werneck Arguelhes e Leandor Molhano Ribeiro (2018, p. 237), uma corte constitucional é um órgão colegiado (formado por muitos membros), assim, as intervenções que viessem a ocorrer nos atos oriundos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo seriam decididas – em tese – a partir de uma construção coletiva de decisão. Entretanto, o STF tem alguns mecanismos que garantem forte poder individual aos ministros, de modo que a decisão particular

pode produzir resultados em nome da coletividade do Tribunal. Como explicam os autores (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018. p. 238), três meios reforçam esse poder individual: (i) a escolha da pauta; (ii) a tomada de posição; (iii) a decisão (individual) proferida .

A escolha de pauta consiste na prática de seleção, pelos Ministros, daquilo que eles pretendem ou não julgar e em que momento. O Ministro faz isso ao definir os processos de sua relatoria que serão pautados para a próxima sessão de julgamento; muitas vezes, também, faz isso simplesmente realizando um pedido “de vistas” durante determinado julgamento, que será suspenso até que o Ministro solicitante decida trazer novamente a causa à decisão coletiva e apresente o seu “voto-vista”.

A ideia de evitar determinados temas em certo período traz uma série de cálculos de conveniência realizados pelo magistrado: é possível que o Poder Legislativo resolva o impasse por meio de nova lei ou de emenda constitucional, o que evitaria um desgaste da imagem do Tribunal; pode ser que a iminência da troca de um dos Ministros da corte, por exemplo, pela aposentadoria, seja crucial para a formação de uma nova maioria a respeito de determinado assunto; ou, ainda, para evitar julgamentos que envolveriam maior atuação da corte dentro da esfera política, o que poderia acarretar em retaliação por parte dos governantes da ocasião; e, por fim, para simplesmente evitar o enfrentamento de determinado assunto indefinidamente se o Ministro estiver inseguro de que o voto será acompanhado pelos demais colegas da corte (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 242).

Um caso exemplar é observado na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.393, que foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o fim de expugnar a lei estadual nº 5.535/2009 (do Estado do Rio de Janeiro), que previa uma série de vantagens à magistratura fluminense. À época, em 2012, o Ministro-Relator Ayres Britto, apresentou o seu voto favorável ao pleito da PGR, decidindo pela inconstitucionalidade da lei impugnada. Contudo, o Ministro Luiz Fux fez o pedido de vista e o julgamento foi suspenso indefinidamente.

Além da definição de pauta, os ministros costumam agir por meio da tomada de posição, isto é, os Ministros costumam manifestar publicamente sua aprovação ou desaprovação em relação a determinado assunto e, assim, tomando posição dariam certas pistas do seu posicionamento antes mesmo de emitirem voto sobre o assunto, por exemplo, por meio de entrevistas amplamente divulgadas. Agindo

dessa forma, os membros da corte transmitem mensagens aos agentes políticos interessados na questão e também à população em geral, e com isso conseguem modular comportamentos, antes mesmo de proferir qualquer decisão judicial.

Por fim, muitos dos casos submetidos ao STF são decididos monocraticamente. É o poder da decisão (individual) proferida. Um expediente muito comum são as recorrentes decisões liminares tomadas, mas cuja decisão final não é levada ao colegiado porque o Ministro-Relator não pauta o processo para julgamento. E essa medida liminar pode continuar a perdurar por anos até que o julgamento do plenário (ou da turma) seja realizado. Um caso que pode servir de exemplo, relativamente recente é a decisão cautelar emitida pelo Ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, em que ele determinou a suspensão, por tempo indeterminado, da eficácia das regras do chamado Pacote Anticrime (lei federal nº 13.964/2019).

O que se verifica é que a decisão individual do Ministro, em termos práticos, acaba por ser mais relevante do que a expressão de vontade do Poder Legislativo e do Poder Executivo (considerando que a lei foi sancionada pelo Presidente da República). No mínimo, é uma situação curiosa que uma decisão tão grave, que diz respeito a projeto tão importante na esfera criminal, seja tomada por um único membro da corte (ainda que passível de mudança posterior, com veredito da corte).

A prática das decisões individuais não é exatamente uma excepcionalidade na atuação do STF. Como apontam os já citados Diego Werneck Arguelhes e Leandor Molhano Ribeiro (2018, p. 250), entre os anos de 2010 a 2017, um total de 20.830 decisões liminares (individuais), o que forma uma média de 2.603 decisões individuais por ano – algo cerca de 260 decisões por Ministro.

A análise realizada pelos autores evidencia alguns dos problemas argumentativos apresentados em decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente na construção dos votos dos seus Ministros, o que indica forte inclinação a decisões subjetivistas em certos casos e pouca preocupação com decisões anteriores proferidas pelo mesmo Ministro muitas vezes.

Além do modo de atuação dos seus magistrados, o próprio Supremo Tribunal Federal tem desenvolvido uma espécie de poder que tutela as decisões tomadas pelos demais Poderes da República nos mais variados temas, tanto é assim que Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 162) nomeia essa posição institucional da corte de “supremocracia”, como definido pelo autor:

> Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição.

Como explica o autor (VIEIRA, 2018, p. 162), algumas causas concorrem para a situação do STF, em síntese:

> A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. Sua arquitetura está baseada na concentração de três funções jurisdicionais nas mãos de uma única corte, assim como na criação de canais de acesso direto aos atores políticos para provocar a jurisdição do Tribunal. A Supremocracia também tem sido favorecida pela sua ampla discricionariedade, decorrente da ausência de uma cultura consolidada de precedentes no país; da dificuldade do Tribunal de estabelecer *standards* interpretativos; assim como da indisposição do STF de se submeter apenas àquilo que foi pedido pelas partes. Importa destacar, por fim, o surgimento de diversas correntes do pensamento constitucional, no contexto da "terceira onda de democratização", preocupadas em maximizar a eficácia das novas constituições, que concedem uma maior amplitude à ação do Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição.

Segundo o autor, a desconfiança na política tradicional tem levado mais questões ao debate constitucional. Além disso, a concentração da análise do texto constitucional está em um Tribunal determinado (o Supremo Tribunal Federal, STF).

A postura da Corte em decidir sobre os mais variados temas (que envolvem questões políticas, econômicas, morais e sociais) também tem sido favorecida para dificuldade no respeito aos precedentes, justamente por não ser habitual à cultura jurídica brasileira a recorrência a padrões decisórios e recorrência a tais *standards*.

Assim, é razoável questionar se o exercício de tais poderes é admissível sem que a fundamentação das decisões tomadas seja efetivamente desenvolvida levando em conta as escolhas (e a discricionariedade) dos julgadores. Esclarecer as razões de decidir é apresentar o debate os fundamentos que devem servir de parâmetro para toda a sociedade e para as demais decisões judiciais.

Tal liberdade de decidir e os limites do exercício dessa discricionariedade não são debatidos usualmente, pois muitas vezes a teoria jurídica tradicional

concebe os magistrados como “simples” intérpretes que apenas reconhecem o Direito já estabelecido na lei.

Desse modo, a reflexão sobre o descompasso em que se encontra a teoria tradicional do direto se comparada às exigências das formas e soluções jurídicas para o século XXI, especialmente em termos de representação democrática e republicana.

Em sociedades plurais, como as atuais, é inadmissível aceitar que as decisões sejam tomadas baseadas em pré-concepções individuais, pouco questionadas perante a comunidade e que costumam ser insatisfatórias por não representarem consensos mais alargados dentro da organização social plural e democrática. Muitas vezes tais pré-concepções individuais são apresentadas como valores de uma (pretensa) sociedade homogênea.

Por isso, é essencial discutir a importância da argumentação bem desenvolvida nas decisões judiciais, vez que um dos temas mais fundamentais da Teoria do Direito é justamente a interpretação e aplicação do Direito, o que ocorre em qualquer decisão judicial, e sobre isso é fundamental questionar qual é o papel do julgador/intérprete e em que medida ele apenas reproduz um direito pré-estabelecido ou se ele efetivamente atua para a criação jurídica de novas soluções.

Adotando-se a premissa de que os julgadores têm importante papel na própria construção de novas soluções jurídicas, é necessário que essas soluções sejam tomadas a partir da legitimidade democrática pluralista, isto é, que as decisões incorporem em suas justificativas argumentativas valores e pontos de vista que são socialmente relevantes, sejam eles adotados pela maioria ou pelas minorias. O confronto de visões é absolutamente natural em comunidades contemporâneas compostas por indivíduos tão díspares.

As soluções jurídicas, por isso, devem reconhecer tais distinções e buscar refletir sobre as diferenças, e especialmente indicar os pontos em comum, buscando decisões que levem em conta a rica pluralidade do social.

Como estudo direcionado, é fundamental reconhecer o valor de uma teoria argumentativa que possa auxiliar na tarefa de se esclarecer à população em geral quais são os motivos expostos pelos Ministros em suas decisões. Nesse sentido, uma maior preocupação com parâmetros argumentativos poderia evitar certos defeitos comuns frequentemente vistos em decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com a leitura dos trechos selecionados, nota-se que certos defeitos argumentativos – em relação aos critérios de avaliação propostos neste trabalho – são encontráveis em decisões do próprio STF (como já ressaltado), muitas vezes em decisões de fundamental importância para medidas políticas de amplo impacto no sistema jurídico e social do país.

Há problemas quanto à coerência argumentativa dos Ministros em alguns casos, de forma a ignorar decisões tomadas anteriormente sobre a mesma matéria; é possível verificar a utilização (e até de forma exagerada) de princípios jurídicos sem a devida definição ou limitação do seu alcance, o que acaba dificultando o controle sobre a aplicação desse princípio.

Nesse sentido, percebe-se que muitas vezes os Ministros realizam consultas ao direto comparado, invocando determinados países como parâmetro, mas sem se preocupar com em fundamentar a escolha por tais países ou por estabelecer critérios claros e objetivos de comparação. Há também situações em que os Ministros emitem opiniões ou escolhas (subjetivas) sem se importar em justificá-las ou estabelecer qualquer padrão da moral social, como se a opinião dele(a) fosse a correta, ou a única que efetivamente importasse.

Assim, é possível concluir que a necessidade de um Direito melhor adaptado ao pluralismo democrático é aquele em que as decisões judiciais são bem fundamentadas e levam em conta os valores plasmados naquela sociedade, em suas diferentes ordens sociais. Com isso, as cortes, como o STF, devem desenvolver uma prática argumentativa mais robusta, a fim de integrar diferentes visões sociais e fundamentar melhor suas escolhas determinantes das soluções jurídicas.

Ora, verifica-se, pelo que foi dito até aqui, que o discurso jurídico em grande medida está muito distante dos cidadãos em geral, pois os discursos dos juristas apresentam “convicções prévias pouco refletidas”, como destacado por António Manuel Hespanha.

A fim de resolver (ou diminuir) tal problema, há quem sustente que as interpretações tomadas pelos juristas poderiam ser mais afeitas ao princípio democrático caso fossem melhor explicitadas aos cidadãos. Esclarecer seus “pressupostos e motivações” de forma “explícita, acessível e transparente” facilitando o debate público sobre as opções interpretativas realizadas seria uma

forma importante de tornar as decisões jurídicas mais próximas ao ideal democrático (HESPANHA, 2013, p. 124).

Aqui, o problema essencial seria o de como tornar o discurso especializado do direito em um saber acessível e controlável, passando de um consenso restrito a um consenso alargado. Para realizar tal tarefa, é possível recorrer à contribuição da teoria argumentativa do direito, no intuito de “tornar explícitos os argumentos usados no discurso jurídico para fundamentar as decisões” (HESPANHA, 2013, p. 125).

Dessa resposta, outra indagação (igualmente importante) surge: dado que existem várias teorias argumentativas do discurso jurídico, como escolher uma dentre elas? A opção por uma delas não é simples, porém, como é fundamental delimitar o objeto da pesquisa, este trabalho tem por finalidade analisar a teoria argumentativa de Manuel Atienza em razão dos seguintes argumentos.

O jusfilósofo espanhol Manuel Atienza realizou estudo sobre alguns dos principais teóricos da argumentação do direito no decorrer do século XX na obra “As Razões do Direito”, em especial sobre os seguintes pensadores: Theodor Viewehg, Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick e Robert Alexy (Atienza, 2013).

Após uma detida análise de tais teorias, o autor decidiu apresentar sua própria teoria de argumentação jurídica. Para Atienza (2014, p. 20), a reflexão sobre o modo de justificar escolhas jurídicas é importante em razão dos seguintes aspectos: as principais teorias jurídicas do século XX deram pouca atenção à prática argumentativa do Direito até então, a maior atenção ao interesse prático na argumentação como instrumento dos juristas, o exercício do Direito nos Estados Constitucionais que exige maior justificação dos agentes públicos e, por consequência, com maior atenção aos argumentos que sustentam escolhas na esfera pública. Neste ponto, ressalta o autor (ATIENZA, 2014, p. 23) que o pluralismo jurídico pressupõe outros instrumentos além da tradicional burocracia e coação, substituindo-os por um maior cuidado com a argumentação para resolver conflitos mediante autocomposição, por exemplo.

2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O DEBATE RACIONAL NO ESPAÇO PÚBLICO COMO MÉTODO

A fim de desenvolver as ideias básicas a respeito da noção de democracia deliberativa, é necessário tratar da democracia como tema geral e de uma rápida observação da situação democrática no século XX.

Embora seja possível e importante estudar o tema de democracia remontando às suas origens greco-romanas, considerando a limitação natural do trabalho de pesquisa, é razoável trabalhar com um escopo mais determinado. Conforme indica Pietro Costa (2012, p. 10):

> É legítimo sustentar que a democracia é um fenômeno essencialmente moderno; um fenômeno que começa a se desenvolver entre Europa e América a partir das revoluções do final do século XVIII: a guerra de independência americana e a revolução francesa. Esta ideia é legítima porque a democracia da qual temos uma experiência direta se desenvolve a partir da grande fratura produzida por essas revoluções. (...).

A partir dessa observação e definindo o interesse no âmbito da democracia deliberativa (uma espécie de democracia *participativa*), é possível direcionar a reflexão às mudanças presentes no debate da democracia entre os séculos XIX e XX (COSTA, 2012, 299).

A segunda metade do século passado acompanhou um forte crescimento (e apoio) de regimes democráticos liberais. Nesse período, a democracia "ganha uma força quase universal como uma ideia política, uma aspiração e uma ideologia" (DAHL, 2021, p. 338). A importância de governos democráticos é bem sintetizada na saborosa passagem (de sutil ironia) atribuída ao primeiro-ministro britânico Winston Churchill, que afirmou em 11 de novembro de 1.947:

> *Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time (…)* (CHURCHILL, 2021).

Isto é, de início é necessário ter plena consciência de que a democracia tem, sim, os seus defeitos. Não faz sentido considerá-la acima de qualquer crítica. Contudo, embora reprovável em certos aspectos, ainda não há melhor alternativa senão a dos governos democráticos.

É imprescindível compreender as virtudes e os defeitos do regime democrático para desenvolver novas soluções eficazes contra os ataques antidemocráticos que são realizados com cada vez mais frequência nos últimos anos.

2.1 ESTADO, IMPÉRIO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE DEMOCRÁTICA

Quando se afirma que a democracia é o pior regime à exceção de todos os outros, o que faz dela um regime ainda tão importante? De acordo com Francis Fukuyama, a moderna democracia liberal resulta de uma combinação de três instituições básicas: o Estado, o Império do Direito (*rule of law*), e a responsabilidade democrática (*democratic accountability*) (FUKUYAMA, 2015, p. 12).

Nesse contexto, o *Estado* é a entidade que representa o monopólio legítimo do poder coercitivo sobre determinado território. O *império da lei* indica a existência de um conjunto de normas que, baseadas em valores da comunidade, devem ser respeitadas pela população e pelos governantes (circunstancialmente detentores do poder). Por sua vez, a *responsabilidade democrática* reforça a ideia de que os atos do governo devem ser sempre direcionados a atender interesses da comunidade, e não do governante. Em outras palavras, qualquer favorecimento pessoal em favor do titular de cargo público há de investigado e punido (FUKUYAMA, 2015, p. 12).

Especificamente quanto à complexa definição de *accountability*, esclarecem ROBL FILHO e TOMIO:

> Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades. (ROBL FILHO; TOMIO, p. 30).

A presença de tais instituições é, em maior ou menor grau, observada em países que adotam a democracia. Além delas, um regime democrático também

pressupõe algumas características: maior sensação de legitimidade dos cidadãos em relação ao governo, o constitucionalismo, a participação e a representação, e os instrumentos de deliberação, negociação e voto (GONZÁLEZ, ROSAS e THALER, 2012, P. 196-203).

Há maior legitimidade porque as pessoas tendem a aceitar melhor as leis estatais que foram aprovadas por seus representantes eleitos; além disso, a previsão constitucional de limitação dos poderes governamentais e dos demais particulares em relação representam verdadeiras garantias em relação ao cidadão; a possibilidade de participação "direta" em alguns casos (como em plebiscitos ou referendos) e de escolher representantes por meio de eleições; por fim, os procedimentos constitucionais estabelecidos para a tomada das decisões políticas mais importantes; tudo isso colabora para que o indivíduo tenha uma impressão bastante favorável aos regimes democráticos.

Ou seja, a ideia de responsabilidade democrática e a possibilidade de participação dos cidadãos nos momentos de decisões políticas fundamentais são elementos fundamentais para garantir o desenvolvimento pleno de um ambiente democrático plural formado a partir de deliberações e de consensos, pois os interesses dos diferentes grupos sociais são efetivamente incorporados aos debates públicos.

Contudo, mesmo considerando tais postulados de ordem racional, os discursos democráticos têm perdido fôlego nas campanhas políticas que se verificam no século XXI: o tom de representação popular amistosa e globalizante não tem produzido os mesmos efeitos. Isto é, embora, como dito, o prestígio da democracia tenha crescido nos pós-segunda guerra mundial, o corrente século tem presenciado fortes afrontas às bases dos regimes democráticos.

É notável certa descrença em relação à democracia nos Estados liberais contemporâneos.

Nesse sentido, há uma recessão democrática desde 2006. Mesmo a "Primavera Árabe", apesar de toda a expectativa do desenvolvimento de novas democracias, resultou em renovada ditatura (no caso do Egito), anarquia em vários países e mesmo o fortalecimento de grupos radicais como o ISIS (FUKUYAMA, 2015, p. 11).

Há também uma grande incerteza a respeito do fortalecimento e/ou retomada da democratização, ou se serão adotadas novas formas de organização

política divergentes da democracia. O que é possível afirmar é que as democracias (como nos Estados Unidos, no Brasil, na Turquia ou na Índia) têm tido baixa performance, como apontam dados econômicos ao apontarem estagnação nas arrecadações e no baixo crescimento econômico.

Além disso, o que é possível perceber pela experiência dos últimos 25 anos, é que não houve um acompanhamento do desenvolvimento *pari passu* dos Estados modernos e das instituições democráticas de modo que as altas exigências da população em relação aos serviços governamentais não puderam ser atendidas. (FUKUYAMA, 2015, p. 12-13).

Ou seja, não se pode ignorar que a defesa de democracia passa pelo questionamento dos resultados (mais) “práticos” para a população, como a repercussão econômica e a prestação de serviços públicos, por exemplo.

É nesse contexto em que se questiona a falta de democracias efetivamente preocupadas com a incorporação das diversas demandas pelos diferentes grupos formadores da sociedade. Indo além, no contexto jurídico, não há uma cultura jurídica pluralista, em que, por exemplo, as cortes incorporem em seus fundamentos problemas e valores em consonância com o que se discute efetivamente naquela sociedade.

Ao retomar a preocupação com o exercício das democracias contemporâneas, analisando um caso específico, é possível considerar a tentativa de “construção” da democracia pelos Estados Unidos em países como Afeganistão e Iraque. Embora tenham realizado eleições (ainda que com várias alegações de fraudes), não conseguiram implementar um Estado moderno, que pudesse defender o seu território de inimigos internos ou externos e que prestasse serviços públicos de maneira impessoal (FUKUYAMA, 2015, p. 14).

Com esse desprestígio da democracia, candidatos e partidos populistas, prometendo “revoluções” milagrosas, inclusive questionando direitos fundamentais e sociais básicos, vêm sendo eleitos ao redor do mundo, e especialmente em países com forte tradição democrática, por exemplo, a eleição de Donald Trump, em 2016, nos Estados Unidos.

O contexto é semelhante: uma democracia já combalida acaba elegendo que se diz “novo” na política e que vai “dizer que o ninguém diz” [ou “mudar tudo isso que está aí”]. Com a eleição, o líder passa então a realizar várias modificações na Constituição (SCHEPELLE, p. 546).

Esse enredo passou a ser mais comum a partir de 2008, com a crise financeira global. Porém, já há sinais claros desse horizonte de ruína democrática antes disso. As razões para justificar esse declínio são divergentes: alguns estudiosos indicam um erro na observação inicial – acabaram se antecipando e declarando como democráticos países que não o eram verdadeiramente; outros, julgam vivermos uma década de grande recessão democrática (SCHEPELLE, p. 546-547).

O mais importante é procurar compreender como as democracias estão sendo fragilizadas. Muitas democracias constitucionais têm sido destruídas por autocratas engenhosos que utilizam os próprios instrumentos democráticos e constitucionais para essa aniquilação (SCHEPELLE, p. 547).

Considerando o panorama apresentado, a fim de aproximar a sociedade do exercício real dos Poderes da República, a maior transparência nas decisões tomadas — o que pode ser feito em justificativas claras e plausíveis — pode ser um instrumento importante para a retomada do sentimento de pertencimento dos cidadãos aos debates públicos mais importantes.

Assim, considerando o contexto das decisões tomadas pelas cortes, é importante refletir sobre a função de argumentação jurídica, enquanto instrumento retórico a serviço da tomada de decisões consensuais, e mais especificamente em um contexto de produção do Direito em ambientes democráticos deliberativos.

2.2 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA EM UMA VISÃO PLURALISTA DO DIREITO

Como destacado nas referências a Hespanha (2013, p. 9), enquanto essa visão monista e estatalista do Direito seja compartilhada pela visão comum dos leigos, ela ainda é bastante forte entre juristas mais tradicionais, ainda não haja fundamentos irrefutáveis para essa visão tradicional.

Ora, partindo da premissa de que o Direito é produção do Estado, mas também das organizações intraestatais (comunidades, por exemplo) e superestatais (como organismos estatais ou conglomerados econômicos), é razoável admitir que não se deve procurar justificar (ou compreender) a atuação jurídica apenas por explicações calcadas na teoria monista e estatalista do Direito.

Pois bem. Há ainda uma segunda razão (talvez mais importante) para se desenvolver uma doutrina assente ao pluralismo jurídico: uma visão mais plural da

produção jurídica deve reconhecer e, na medida do possível, conciliar as diferentes esferas de produção jurídica naquele Estado, o que garantiria maior respeito à incontornável diversidade de valores dos indivíduos e grupos que compõem a ordem jurídica do país. Com afirma o já citado António Manuel Hespanha:

> (...) é aquilo que comunidade reconhece como tal, não apenas por resultar dos processos de manifestação da vontade comunitária próprios do Estado democrático, mas também por ser reconhecido como tal por instâncias jurisdicionais na base de um consenso comunitário inclusivo, reflexivo e estabilizador (HESPANHA, 2013, p. 119).

Resumindo, para que haja um Direito efetivamente democrático, é imprescindível construir uma ciência jurídica baseada no pluralismo jurídico. Essa condição, por sua vez, exige das instâncias judiciárias uma forma de decidir mais porosa, efetivamente preocupada com o debate público, com as diferentes manifestações jurídicas da sociedade, e, sobretudo, com a tomada de decisões mais inclusivas, reflexivas e estabilizadoras.

Como observa Hespanha (2013, p. 123), estudos mais recentes indicam os discursos dos juristas estão repletos de afirmações baseadas em convicções prévias (pré-compreensões) ou em pontos de vista parciais e interessados, e não se baseiam em perspectivas geralmente aceitas ou amplamente consensuais. Nesse contexto, uma medida que poderia facilitar uma maior discussão (e, em certa medida, um controle) sobre as decisões judiciais mais importantes seria a adoção de uma teoria da argumentação, pois, ainda que ela tenha limitações, poderia contribuir para tornar “(...) mais explícitas e claras as razões dos juristas, facilitando a sua verificação (intersubjetiva) por uma comunidade comunicativa mais alargada”, como indica Hespanha (2013, p. 126).

Corroborando tal visão, Manuel Atienza (2014, p. 23-25) afirma que uma teoria da argumentação jurídica é fundamental por uma série de razões.

Duas delas, segundo o autor (ATIENZA, 2014. p. 25-56) são mais importantes para os limites deste trabalho: a ascensão de um constitucionalismo (ou pós-positivismo) mais atento aos valores políticos e sociais inscritos nas Constituições a na sua realização em sociedade, bem como a verificação de uma contínua perda de legitimidade pela autoridade e pela tradição, substituídas pela legitimidade baseada em um consenso democrático.

O constitucionalismo pressupõe novos instrumentos para a realização do Direito e, nesse contexto, a argumentação tem papel fundamental, como indica Atienza:

> *Por lo demás, parece obvio que esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento 'insular'* (ATIENZA, 2014, p. 29).

Por reconhecer expressamente a necessidade da argumentação jurídica para a realização do Direito, o autor propõe alguns critérios de "avaliação" da argumentação jurídica, que serão esclarecidos no decorrer do texto, e que serão úteis para refletir sobre os recursos argumentativos utilizados nos votos dos Ministros e sua (i)legitimidade baseada (ou não) em pontos consensuais e refletidos e que representem interesses de diferentes grupos e comunidades existentes no território nacional.

A preocupação com debates jurídicos de amplo interesse popular — justamente porque suas principais decisões afetam diretamente à sociedade — está em alinhamento com a noção de democracia "participativa", que, nas palavras de Pietro Costa (2012, p. 299):

> A "democracia participativa" pretende ser uma tentativa de reação às promessas não mantidas da democracia representativa; uma tentativa capaz de restituir aos sujeitos uma iniciativa política e uma influência no processo de decisão que parecem hoje comprometidos pelo formalismo do sistema representativo e pelo elitismo dos partidos. Foi nas últimas décadas que a tentativa de valorizar, internamente às instituições democráticas, o momento ativo e participativo dos sujeitos assumiu formas e características peculiares e uma difusão substancialmente planetária. A novidade e a originalidade dessa tentativa não devem, porém, induzir-nos a ver aí um fenômeno privo de raízes e de precedentes, próximos e distantes.

Em outras palavras, a preocupação é com a efetiva participação popular que a noção de democracia (no sentido de privilegiar a integração à atuação do povo) está melhor empregada. Em vez de uma representação genérica (de uma suposta atuação dos representantes eleitos em prol dos interesses da coletividade, o que é uma mitologia jurídica, como explicada anteriormente), os sujeitos representados

pretendem ter maior atuação concreta sobre os processos de decisão e atuação política.

Como esclarecido anteriormente, a proposta do trabalho limita sua análise à influência da noção de democracia deliberativa para o desenvolvimento de diálogos racionais em debates públicos acerca das decisões exaradas pelo Poder Judiciário, pelos magistrados enquanto agentes do Poder Público. Ou seja, não se admite como razoável que os órgãos jurisdicionais devam tomar suas decisões a partir de consulta pública (em uma espécie de “plebiscito judiciário”), o que se indica aqui é que, partindo do pressuposto da democracia deliberativa, que o procedimento de tornar mais amplos os debates em sociedade levem os magistrados e refletirem e a internalizarem a importância de uma fundamentação robusta de suas decisões.

Assim, não se pretende admitir um populismo jurisdicional ou algo semelhante, que possa fazer com os tribunais evitem contrariar opiniões amplamente majoritárias na sociedade, ainda que contrárias a direitos fundamentais, por exemplo. Nesse sentido, a própria defesa bem realizada em termos argumentativos é uma importante defesa contra o populismo (político ou judicial), geralmente baseado em discursos de forte apelo emotivo e pouco resistentes a um escrutínio racional.

Como aponta Barber (2019, p. 130), há divergências a respeito da expressão populismo. Para o autor, a palavra significa algo negativo e no contexto constitucional democrático, um tipo de patologia (constitucional). O populismo representaria uma subversão no exercício de um governo constitucionalmente estabelecido. Subversão, como dito, mas não aniquilação. Ao contrário das ditaduras e das tiranias típicas, um populista não ignora ou subestima o apoio popular. Ele precisa dessa manifestação de apoio. E é em nome desse apoio que ele justifica os atos que afrontam os limites legais democráticos.

Algumas características são fundamentais para compreender o populismo: a primeira delas, a existência de um líder que alega ter uma conexão direta e imediata com o povo. E com base nessa alegada relação, o populista se sente livre para desrespeitar os limites constitucionais impostos ao seu governo (e a todos os demais). Os populistas costumam marcar uma rigorosa separação da população: de um lado, os “cidadãos” que apoiam o governante; do outro, estão aqueles (geralmente identificados entre as minorias) que agem contra os “interesses do povo”. Esses governantes também costumam se valer de uma linguagem

marcadamente emocional e apelativa, evitando discursos racionais mais elaborados (BARBER, 2019, p. 130-131).

Ou seja, os governantes populistas agem para enfraquecer as estruturas constitucionais a fim de evitar possíveis controles à sua atuação. Enfraquecê-las; não destruí-las. O populismo representa uma distorção da democracia, em vez da sua aniquilação. E é justamente esse recurso discursivo de apoio nas instituições democráticas que legitima a sua forma de governar.

A fim de tentar barrar as ameaças do populismo, o constitucionalismo democrático estabelece um procedimento como base e garantia constitucional aos cidadãos a fim de realizar efetivo controle sobre o processo democrático, como ensina Schepelle:

> *Democratic constitutionalism resolves the tension between democracy and constitutionalism by baking into constitutionalism the requirement of a self-sustaining democracy, a system in which the people can continue over time choosing their leaders, holding them to account, and rotating power when leaders disappoint*. (SCHEPELLE, 2018, p. 558).

É possível identificar alguns institutos constitucionais que servem para assegurar à sociedade a preservação da democracia e do sistema eleitoral. Continua a autora:

> *In its simplest form, a constitutional commitment to self sustaining democracy prohibits an elected leader from simply abolishing future elections. […] [It] requires that leaders be prohibited from hampering the institutional pre requisites for free and fair elections, among which are a pluralistic media, a range of effective parties, an independent judiciary, recognition of a legitimate and loyal opposition, neutral election officials, a system of representation that does not unduly dilute the powers of minorities, and legally accountable police and security services, as well as a free and active civil society—all of which should have constitutional protection for a democracy to be considered self-sustaining*. (SCHEPELLE, 2018, p. 558)

Como se observa, além de garantias mais especificamente voltadas ao controle das eleições, a autora reforça a importância de um Poder Judiciário independente — e nesse sentido, de certa forma, sua independência e apoio popular pode decorrer da atuação bem esclarecida em suas justificativas.

Um Judiciário assim é imprescindível para que haja um âmbito determinado de intervenção judicial nos processos legislativos desde que adstritos às

necessidades dos limites democráticos (PRENDERGAST, 2019, p. 249). É assim porque a democracia exige que a própria confecção de suas normas esteja de acordo com o processo (legislativo) democrático, inclusive no que diz respeito à própria ideia de cláusulas pétreas ou de procedimentos mais exigentes de modificação constitucional:

> *The democratic-pluralist endeavor in the modern era is to keep constitutionalism between untrammeled popular will (a mythical position seemingly espoused by populists) and comprehensive constitutionalism (where the ground rules for political competition, and many other areas, are off limits to majoritarian processes of change). The space between these poles is wide and referred to with terms such as "constitutional democracy" and "democratic constitutionalism"* (PRENDERGAST, 2019, p. 250).

Nesse sentido, embora haja uma preocupação séria e necessária em relação à preservação de institutos essenciais à democracia, também é necessário que haja instrumentos para a própria mudança constitucional de forma a permitir mudanças razoáveis e que estejam de acordo com os anseios da população e que respeitem a própria Constituição. Continua o autor:

> *The democratic adjustability of democratic processes is not only to be valued in the people getting to say how they would wish their political will to be counted, but also disincentivizes and counters partisan lock-ups, helping preserve political competition. Sometimes change is warranted to democratic processes not because a superior arrangement is presented, but because a reboot is needed to return the functioning of the existing arrangement. Democracy needs to be able to protect itself, and to present itself as ready and able to do so.* (PRENDERGAST, 2019, p. 251).

Assim, é importante entender que o governo democrático de determinado país deve ter os instrumentos necessários para garantir a democracia mesmo em tempos de líderes populistas. Ademais, os preceitos constitucionais não devem excessivamente rígidos de modo a contrariarem fundamentalmente os anseios legítimos da população.

Os regimes democráticos foram fortemente propagados no fim do século anterior, porém, nas últimas décadas é possível verificar muitas resistências e mesmo ataques a esses regimes. Dessa forma, um instrumento essencial para a democracia como a retórica argumentativa passou a ser utilizada de forma a atacar, muitas vezes, a própria democracia.

Como analisado, o enfraquecimento democrático tem causas que precisam ser analisadas detidamente. Discussões que partem de empecilhos econômicos e chegam à participação da população nos debates jurídicos-políticos carecem de especial concentração e compreensão.

Muitas vezes, a falta de clareza de tais atividades, como a tomada de decisões jurídicas que afetam diretamente a vida das pessoas, serve àqueles que desejam criticar a ordem jurídica e os próprios fundamentos constitucionais estabelecidos.

Nesse sentido, a observância de parâmetros argumentativos mais claros pode servir de ferramenta para tornar as decisões mais acessíveis (e inteligíveis) a uma grande parcela de população. Essa preocupação inclusiva é indispensável para evitar (ou ao menos diminuir) manipulações discursivas e falácias que subvertem as decisões efetivamente realizadas.

Assim, a fim de garantir meios satisfatórios e mais contemporâneos ao sucesso da democracia, é importante, em primeiro lugar, ter consciência clara de como decisões jurídicas são produzidas e do poder do intérprete-juiz no momento de julgar e produzir as normas concretas.

Uma vez conscientes do efetivo poder judicial, é necessário pensar limites ou modos de controle de tais decisões. Com isso não se pretende garantir ampla atuação dos cidadãos em relação ao ato judicial; a preocupação é eminentemente voltada para proibir ou reduzir substancialmente o subjetivismo no exercício da jurisdição.

Um caminho para esse “controle” está na preocupação a um modo mais claro de exposição dos fundamentos da decisão. Decisões mais claras propiciam mais transparência nas atividades judiciais e conferem maior esclarecimento àqueles que serão afetados (ou tenham algum interesse) pela decisão.

Desse modo, pensando na atuação das cortes superiores, comumente criticadas (muitas vezes de forma bastante apressada e superficial) por diversos grupos sociais, e especialmente por grupos ou políticos populistas, é fundamental que elas tenham uma atuação com maior legitimidade e transparência.

Muitas vezes, há situações em que o próprio Poder Judiciário precisa interferir na atuação de líderes populistas, e certamente não é desejável que a atuação seja obscura ou pouco compreensível pela população em geral.

Por isso, a melhor forma de combate ao obscurantismo populista será sempre o esforço pelo esclarecimento das informações corretas e adequadas, evitando distorções discursivas, em especial — considerando o papel do Poder Judiciário em sua atuação jurisdicional — se as posturas tomadas (por meio de decisões judiciais, por exemplo) puderem ser bem esclarecidas ao público.

Assim, tratando a de reconhecer um efetivo pluralismo jurídico, constantemente verificado na história jurídica ocidental (embora nem sempre constante do discurso jurídico oficial), mas compreendendo que há também certos perigos no direcionamento dos debates públicos, uma garantia de melhoria na qualidade do debate seria a observância de regras fundamentais de argumentação jurídica, evitando sofismas ou falhas graves de raciocínio.

2.3 O DEBATE RACIONAL COMO PROCEDIMENTO PARA A TOMADA DE DECISÕES NO ESPAÇO PÚBLICO DEMOCRÁTICO E PLURALISTA

E, a par de tudo o que foi dito, reforça o Dr. Manuel Atienza (2014, p. 28) que o cuidado com a prática da argumentação é fundamental em sociedades que deixam de basear sua legitimidade na tradição e na autoridade para buscar o consentimento dos interessados em um contexto democrático.

Dentre possíveis tipos de democracia, o autor aponta que, no caso da democracia deliberativa, “[...] entendida como um método em que as preferências e os interesses das pessoas podem ser transformados através do diálogo racional e da deliberação colectiva [...]”, haveria efetiva necessidade de cidadãos que soubessem argumentar racionalmente em relação às ações a serem tomadas (ATIENZA, 2014, p. 32).

Neste passo, é necessário bem estabelecer o que se entende por “democracia deliberativa”.

No contexto deste projeto, entende-se que o papel da Constituição em um ordenamento jurídico concreto precisa ser bem esclarecido, a fim de saber qual é a sua efetiva contribuição à consecução dos ideais nela inscritos. Dessa forma, alguns questionamentos têm sido levantados no intuito de esclarecer a função (ou as funções) da Constituição nos Estados contemporâneos. Entre tais questões, o próprio conceito de democracia passou a ser adjetivado, como “representativa”, “comunicativa” ou “deliberativa”, por exemplo (HESPANHA, 2013, p. 252).

Respeitando os limites do objeto proposto, e conforme apontado pela obra do Dr. Manuel Atienza suprarreferida, o ideal de democracia deliberativa é aquele mais próximo ao interesse da análise argumentativa dentre as diferentes teorias democráticas, posto que é baseado na deliberação (enquanto pensamento baseado em premissas racionalmente estabelecidas e contrapostas) e, justamente por isso, teria como importante condição a análise séria das práticas argumentativas para expor as posições distintas dos cidadãos no contexto de uma sociedade plural.

Ademais, a própria ideia de democracia deliberativa tem sido objeto de reflexão por alguns autores com diferentes aproximações, de tal forma que é possível classificá-los em gerações. A primeira geração, baseada nos ensinamentos de Jürgen Habermas e John Elster, “tratou de questões normativas básicas acerca da desejabilidade e viabilidade da democracia deliberativa”; a segunda, tendo como expoentes Amy Gutmann e Dennis Thompson, “ introduziu as possíveis aplicações institucionais da deliberação”; a terceira, por sua vez, “está a incorporar pressupostos excluídos (a assimetria de poder, o interesse próprio das partes) pelas primeiras gerações e a levar as aplicações institucionais ao extremo”, contando com pensadores como James Fishkin (GONZÁLEZ, THALER E ROSAS, 2018, p. 204).

Respeitando tais desdobramentos e aprofundamentos teóricos, a pesquisa aqui apresentada – embora possa pontuar algumas divergências – circunscreve sua análise acadêmica à obra de um específico pensador do tema da democracia deliberativa: o jurista argentino Carlos Santiago Nino.

A opção por esse autor se deve às observações seguintes: em primeiro lugar, o postulado de que as decisões tomadas por deliberação democrática não devem pressupor as decisões unânimes como as mais corretas (pois aqui o populismo poderia oferecer sérios riscos aos postulados democráticos). Assim, a maioria formada ao decidir não garante necessariamente o “resultado ideal”, mas garantiria, por meio de discussões e debates, um maior de imparcialidade, o que seria aperfeiçoado inclusive pela existência de votos contrários (minoritários) (GODOY, 2011, p. 66).

A ênfase do cuidado com a argumentação, aliás, evitaria decisões tomadas por influências emocionais pouco refletidas. Por isso o meio argumentativo seria essencial para conferir maior razoabilidade ao debate. Como bem define Miguel Gualano de Godoy (2011, p. 70), no pensamento de Carlos Santiago Nino “a democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação em uma ação

comunicativa e argumentativa a fim de serem tomadas as decisões moralmente mais corretas". Assim, torna-se evidente a importância da argumentação como instrumento indispensável ao exercício da democracia deliberativa.

Ressaltando a importância da justificação argumentativa, Carlos Santiago Nino afirma que sua teoria reconhece o papel da emoção nas tomadas de decisões, mas que ela ocuparia um papel secundário em relação à argumentação racional no procedimento deliberativo (NINO, 1996, p. 121).

Nesse contexto, sublinhando de um ideal "deliberativo" para a tomada de decisões, considera-se importante refletir sobre critérios claros a respeito dos argumentos "válidos" dentro de uma discussão no espaço público. Por isso, como afirmado anteriormente, é oportuno esclarecer a (possível) contribuição do autor a ser estudado na presente pesquisa (Dr. Manuel Atienza) para fortalecer o exercício argumentativo na tomada de decisões.

É importante observar que, em respeito à delimitação temática, o presente trabalho analisará a importância da argumentação dentro do contexto do Poder Judiciário ao proferir suas decisões. Embora sejam reconhecidos os postulados do pluralismo jurídico, com a possibilidade de se reconhecer instâncias de jurisdição extraoficiais, e o mesmo raciocínio seja aplicável ao modelo de democracia deliberativa, aplicável não apenas em assuntos judiciais. Assim, o recorte da pesquisa incidirá sobre o "modo de como se deve argumentar" nas decisões judiciais a fim de possibilitar resultados fortalecedores de um pluralismo democrático.

3 A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM UM CONTEXTO DE PLURALISMO JURÍDICO

O tema da interpretação e aplicação das leis passa, necessariamente, pela reflexão sobre a forma de decidir (no sentido de tomada de decisão) e sobre a forma de justificar tais decisões (no sentido de expor as razões que o magistrado apresenta como justificadoras da decisão tomada). No presente trabalho, a preocupação recai sobre a forma de justificar as decisões, ou seja, sobre a construção argumentativa exposta pelo juízo em seus atos decisórios.

Assim, uma análise da argumentação jurídica apresentada nos casos concretos (nos seus elementos básicos, como as falácias e os tipos de raciocínio mais comuns) é de essencial importância até mesmo para esclarecer qual foi a interpretação conferida a determinados dispositivos normativos, bem como as razões que justificam textualmente a decisão exarada.

Nesse sentido, a descrição e compreensão da argumentação construída pelos julgadores são essenciais, segundo Cláudia Rosane Roesler (2015, p. 2519), para apontar qual:

> [...] a necessidade de se utilizar elementos de controle racional das decisões judiciais, presentes nas suas justificações, para melhorar o controle social das decisões judiciais. Mais do que uma questão teórica, no entanto, esta é uma relevante questão prática sobre a qual é preciso produzir conhecimento, já que se expressa em decisões importantes e definidoras da regulação social nos estados contemporâneos.

Conforme a autora, o controle social sobre a atuação do Poder Judiciário poderia ser melhor realizado caso houvesse um “controle racional” das decisões, evidenciados em suas justificações.

Outro aspecto que merece atenção é o fato de que, embora haja uma construção ideológica predominante no direito moderno no sentido de se restringir o Direito ao Direito estatal, valendo-se da Lei como fonte primordial, constituindo as bases do chamado Absolutismo Jurídico (GROSSI, 2006, p. 52), entende-se que – mesmo considerando, para fins argumentativos, que o monismo jurídico fosse real e atual - não seria possível desprezar a formação de um direito bastante relevante e com forte influência da doutrina e da jurisprudência, além dos dispositivos da lei.

Nesse contexto, Sérgio Said Staut Júnior (2015, p. 383) afirma, ao apresentar exemplos de construções jurisprudenciais e doutrinárias importantes nos últimos anos, como “(...) toda a rica jurisprudência do STJ em relação à boa-fé objetiva (e o caminhar para um direito que valoriza a lealdade e a eticidade nas relações contratuais)”, que, de fato, “existem (...) evidências e comprovações doutrinárias e jurisprudenciais muito concretas que demonstram a existência e talvez o crescimento, ou a retomada de consciência, deste direito doutrinário e jurisprudencial.”

Ora, é possível vislumbrar que a produção incessante do Direito ultrapassa as barreiras do Estado (pluralismo jurídico) e, além disso, existem casos em que a tal produção ocorre por caminhos não tradicionais (isto é, por meio do Processo Legislativo). Nesse ponto, é importante compreender qual é a função dos juízes ao atuarem o Direito nos casos concretos.

A reflexão acerca das decisões judiciais é tema clássico de estudo pela teoria do direito por tratar da aplicação e interpretação das normas jurídicas. Ademais, as decisões judiciais, enquanto objeto de estudo de interesse bastante atual, podem nos revelar traços fundamentais do processo criativo de produção do direito, pois, conforme afirma Cláudia Rosane Roesler (2015, p. 2518),

> “(...) é importante lembrar que o papel do Poder Judiciário na criação do Direito é um dos pontos centrais das teorias jurídicas contemporâneas e representa uma espécie de ponto de confluência entre as diversas perspectivas teóricas do fenômeno jurídico.”

Dessa forma, é necessário avaliar a complexa atuação do juiz ao decidir, partindo do pressuposto de que a atividade do julgador é marcada por escolhas que não se encontram estritamente previstas e delimitadas totalmente na lei. Desse ponto, surge uma questão essencial: como controlar o exercício de relativa liberdade do julgador ao decidir por meio da argumentação apresentada pelo magistrado em suas fundamentações.

A respeito dessa relativa liberdade ao interpretar o direito é necessário relembrar alguns postulados metodológicos de aplicação do direito (e consequentemente da postura do magistrado em suas decisões) presentes história jurídica ocidental da modernidade.

Uma escola importante para a compreensão do papel da lei e dos estritos limites de atuação do juiz foi a chamada Escola da Exegese, “(...) geralmente reconhecida como uma escola do pensamento jurídico francês, do século XIX, que identifica o direito com a lei proveniente do Estado, especialmente codificada” (STAUT JR., 2015, p. 385).

A lei como fonte primordial do direito, vinculando a atuação judicial à mera declaração do texto legal, segundo uma concepção iluminista e liberal do Estado fortemente estabelecida no século XVIII, fortaleceu o dogma da onipotência do legislador, caso em que o julgador é mero reprodutor do texto legal, o que – em princípio – acarretaria forte respeito ao princípio da segurança jurídica (BOBBIO, 2006, p. 38).

Entretanto, como tem sido esclarecido oportunamente, valendo-se da historiografia jurídica (de acordo com o já indicado alerta de Grossi sobre a função do historiador do Direito), é imprescindível relativizar tal postura.

3.1 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E O PAPEL DO INTÉRPRETE

É necessário considerar um contraponto: uma visão tradicional da interpretação jurídica e do papel dos magistrados e uma mudança em curso a respeito de tal paradigma.

O ideal de um juiz mero esclarecedor da lei, ainda no decurso do século XIX, como a ser relativizado, por ser impossível uma regulamentação adequada de toda a complexidade social a partir de um (ou alguns) texto(s) legislativo(s). Ora, a função do intérprete é fundamental para a aplicação do direito, respeitando as vicissitudes de cada situação.

Nesse sentido, uma visão estritamente positivista, que reduz a atividade judicial à simples reprodução dos dispositivos da lei, não permaneceu alheia a críticas, pois, como aponta Karl Engisch (2008, p. 207):

> Esta concepção da relação entre a lei e o juiz entrou de vacilar no decurso do século XIX. Começa então a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz à lei, por isso que não é possível elaborar as leis com tanto rigor e fazer a sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto à sua aplicação seja afastada. A mais disso, com o

> tempo, deixa-se também de considerar como ideal aquela exigência de vinculação à lei.

Assim, o reconhecimento de relativa liberdade decisional do julgador seria fundamental, pois seria a liberdade “(...) de que precisam para dominar a vida na pluralidade das suas formas e na sua imprevisibilidade.” (ENGISCH, 2008, p. 208).

Nesse contexto, é essencial relembrar o que escreveu o jurista austríaco Hans Kelsen, um dos maiores pensadores do Direito do século XX, sobre a função do julgador, quando trata da interpretação autêntica. Afirma Kelsen (2009, p. 264):

> Uma decisão não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples „descoberta" do Direito ou juris-“dição" (“declaração" do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.

Ainda no século XX, considera-se o enriquecimento do debate – do papel complexo ao juiz no exercício da jurisdição – a partir das lições de Ronald Dworkin, que ao criticar concepções de Lionel Hart sobre o positivismo jurídico, ressalta a importância das decisões por princípios jurídicos em casos considerados difíceis. Dworkin, ao estabelecer algumas distinções entre os modelos de regras e princípios, salienta uma característica que parece fundamental ao elevar o papel do julgador na aplicação dos princípios. Segundo Dworkin (2002, p. 42), os princípios possuem a dimensão do “peso” ou “importância”, de forma que “quando os princípios se intercruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” Nesses casos, a decisão – frequentemente objeto de controvérsia - deve determinar qual é o princípio mais importante, sem a possibilidade de mensuração exata, mas a partir do debate através dos argumentos escolhidos a justificar tal decisão.

Em tais casos mais complexos, a subsunção silogística não é satisfatória, sobretudo quando se faz necessária discussão sobre valores. Tratando do tema de acordo com as categorias lógicas estabelecidas por Aristóteles, muito mais do que a aplicação de argumentos analíticos, cuja conclusão é necessária quando verdadeiras as premissas, a lógica jurídica deve operar pela aplicação de

argumentos dialéticos, casos em que as premissas não seriam verdadeiras ou falsas, mas verossímeis ou plausíveis e a conclusão não seria obrigatória, em vez disso teríamos verdadeira decisão, “(...) que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum” (PERELMAN, 2004, p. 3).

Atente-se, porém, que, na exata medida em que o julgador dispõe de liberdade ao decidir, recai sobre ele a responsabilidade de suas decisões, potencialmente fundamentais ao estabelecimento de precedentes, por exemplo. As razões jurídicas, neste cenário, ocupam um papel proeminente, pois além de esclarecerem as escolhas do juiz quanto aos argumentos mais adequados àquele caso concreto, tais razões passam, na fixação dos precedentes, ao posto de razões da corte, e, portanto, vinculantes. Conforme ensina Perelman (2004, p. 9):

> Quem é encarregado de tomar uma decisão em direito, seja ele legislador, magistrado ou administrador público, deve arcar com as responsabilidades. Seu comprometimento pessoal é inevitável, por melhores que sejam as razões que possa alegar em favor de sua tese.

Nessa análise de fundamentos do raciocínio jurídico, tem-se em conta que as decisões dos julgadores/intérpretes, como se disse sempre assumindo escolhas possíveis a partir do texto legal, não se dirigem ao mero conhecimento da norma que poderia ser extraída do enunciado normativo. A atividade de conhecimento do julgador, não é passiva, mas, sobretudo, ativa, efetivamente estabelecendo novos sentidos a partir do texto da lei, conforme Hespanha (2013, p. 269):

> Um traço comum da teoria mais recente da interpretação é a ideia de que o sentido não é algo de objetivo que se encontre nos textos a interpretar, mas antes o resultado de processos de interpretação (ou leitura), à luz da experiência pessoal e cultural do intérprete, processo em que as interpretações prévias (a tradição interpretativa, bem como a habituação e expectativas que ela gerou) ou as interpretações próximas (contexto, universo de referência, casos paralelos) têm um papel fundamental.

Uma consequência dessa relativa liberdade do julgador é a (provável) existência de julgamentos variados em matérias semelhantes. O caminho para conferir maior legitimidade pelas escolhas realizadas seria o respeito a critérios claros de argumentação jurídica.

Ao contrário dos postulados clássicos do positivismo jurídico, momento em que a interpretação era atividade que se dirigia apenas ao conhecimento da “vontade do legislador”, e cuja ideologia sustentava o ideal de um direito claro, coerente, uníssono, posto que fiel cópia do enunciado legal, é essencial buscar compreender a atuação dos juízes em uma época cujos ideais jurídicos já não parecem tão rígidos e “simples”. O jurista, consciente de seu papel fundamental (ou ainda que auxiliar) na criação do direito, deve compreender que, se de um lado precisa estabelecer a segurança jurídica, construindo decisões robustas e fundamentadas com argumentos adequados ao caso concreto, de outro, igualmente, obriga-se a elaborar sua interpretação jurídica aos problemas concretos levando em conta a pluralidade social, respeitando e observando tais diferenças, pois um direito unívoco, homogêneo, que parte de apenas um setor social não é capaz de estabelecer um discurso jurídico consentâneo aos nossos dias (Hespanha, 2013, p. 272).

Assim, deve-se esclarecer: a atividade do julgador é complexa, pois o ato de interpretar envolve, em larga medida, “criação” (ou “fixação”) do sentido normativo do texto legal, e não mera revelação de seu conteúdo; a decisão que o juiz profere é, em larga medida, fruto de escolhas (e não de conclusões necessárias, caso do raciocínio por argumentos analíticos), que devem vir apresentadas em seus argumentos fundamentadores; a motivação judicial do magistrado deve respeitar o pluralismo de valores e interesses setoriais de certa sociedade, ou seja, não são desejáveis decisões pretensamente universais com argumentos genéricos. Em uma sociedade complexa, a coerência como um valor fundamental do ordenamento deve ser analisada com um contraponto essencial: é possível absoluta coerência em uma sociedade tão diversa? Considerados tais pressupostos, o presente trabalho busca investigar a possibilidade de se estabelecer a jurisprudência uniforme, íntegra, estável e coerente, de inegável valor à segurança jurídica, porém respeitando as essenciais liberdades dos julgadores ao trabalharem com normas mais densas, de maior conteúdo valorativo, respeitando a diversidade existente em uma sociedade complexa.

Portanto, reconhecendo a função criativa da jurisprudência, é necessário estabelecer critérios razoáveis para definir quais seriam os argumentos aceitáveis em um contexto de deliberação democrática dentro do Poder Judiciário.

Esse “controle” sobre a decisão judicial evidentemente deve respeitar a liberdade do julgador ao analisar os fatos relacionados às demandas, mas concomitantemente, deve observar o princípio de segurança jurídica, a fim de garantir coerência, estabilidade e integridade das decisões. Em outras palavras, é essencial reconhecer a natureza discricionária do julgamento – reconhecendo relativa liberdade ao decidir -, ao mesmo tempo em que é necessário controlar, de alguma forma, a produção desse direito dentro de um contexto democrático e pluralista.

Nesse sentido, tamanha liberdade no julgamento pode apresentar problemas ao sistema jurídico e à sociedade em geral, pois é possível que muitos elementos e considerações pessoais do julgador passem indiscriminadamente a servir de fundamentos nas decisões, o que poderia ser bastante limitado na hipótese de um consenso estabelecido sobre quais tipos de argumentos seriam juridicamente aceitáveis.

Por isso, a argumentação jurídica melhor desenvolvida e com critérios claros para sua análise é um instrumento útil para a efetiva crítica das interpretações realizadas de acordo com valores em discussão em determinada sociedade e considerando os seus diferentes grupos.

Ou seja, a argumentação concatena, em sua construção discursiva, elementos como dados, fatos, informações a fim de fortalecer um argumento. Conhecer os fundamentos teóricos da argumentação (ou ao menos ter uma noção dos principais tipos de argumentos) é essencial para a compreensão do Direito em seu momento de concreta aplicação (seja para os juristas ou para os cidadãos em geral).

Ademais, no contexto de um Estado Democrático de Direito, a argumentação jurídica nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário são fundamentais para cumprir com o dever de sua textual motivação.

Para desenvolver a noção de argumentação e os tipos de análise possíveis, Manuel Atienza (2014, p. 94-95) esclarece, antes de tudo, que a argumentação é uma consequência da “competência comunicativa racional” humana, dado que a expressão de argumentos tem por fim sustentar uma tese.

De forma simples, as construções argumentativas são constituídas dos seguintes elementos: o uso da linguagem, estabelecendo (em exercício lógico) algumas premissas e regras que direcionam a uma conclusão.

Considerada tal noção prévia de argumentação, Manuel Atienza desdobra a explicação separando três concepções de argumentação: elas marcam um diferente ponto de vista que pode ser tomado a respeito da noção de argumentação.

É possível concentrar a análise nos argumentos em si (o que seria feito pela concepção formal), avaliar criticamente a matéria (ou conteúdo) dos argumentos apresentados (o que seria objeto da concepção material) ou concentrar a análise no uso persuasivo da linguagem (o que seria tratado na concepção pragmática).

A concepção formal trata da argumentação como uma série de enunciados em conjunto, observando suas relações lógicas encadeadas. Em outras palavras, trata das afirmações e suas inferências tendo em vista a validade (formal) do argumento (ou do conjunto de argumentos) (ATIENZA, 2013, p. 171). Aqui, deve ficar claro, não há análise do conteúdo em si dos enunciados; a preocupação recai somente sobre as relações lógicas entre as premissas e a conclusão.

Seriam os seus elementos, portanto: premissas, conclusão e inferência. De forma prática, uma premissa é um enunciado que estabelece uma condição (se alguém cometer um crime...),

Neste caso, a análise formal do argumento pode ser apresentada da seguinte forma: uma premissa, que é uma declaração condicional e contém duas proposições, uma suposição e uma consequência; a segunda premissa é a declaração da suposição da declaração condicional; e a conclusão é a declaração da consequência. A conclusão é a relação estabelecida entre as instalações e a conclusão (ATIENZA, 2013, p. 173).

No domínio formal, a validade da conclusão é assegurada por uma "regra de inferência", o *modus ponens*, que parte de uma "declaração condicional" e da "declaração do seu antecedente" para chegar a uma conclusão que é a declaração da consequência.

Esta regra de derivação é assim apenas formal, uma vez que não "prescreve, ordena ou permite comportamentos", mas apenas fornece uma "garantia" de que a transição de uma declaração para outra é formalmente válida. Assim, Atienza observa que, uma vez que nesta concepção "os elementos materiais e pragmáticos são abstraídos, a validade formal ou a correção de um argumento não diz nada (ou muito pouco) sobre a sua possível solidez e carácter persuasivo" (2013, p. 174).

Assim, o argumento mais comum na aplicação da lei é o silogismo subjuntivo, que é uma forma de *modus ponens*. Neste sentido, os argumentos mais característicos podem ser divididos em quatro tipos: o argumento *a contrario sensu*, *a priori*, *a fortiori* e por redução ao absurdo.

O argumento *a contrario sensu* é utilizado para evitar aplicar uma consequência legal a um caso que não está expressamente previsto na regra.

O argumento *a priori* ou por analogia é utilizado quando a lei não é sobre o assunto, então a solução é procurada num caso semelhante.

O argumento *a fortiori* ou "com maior razão" é utilizado para reforçar um argumento anterior, ou também quando um caso não expressamente previsto na lei é apoiado de forma ainda mais intensa para o novo caso nas razões pelas quais a lei foi criada.

Finalmente, os argumentos por redução ao absurdo podem ser utilizados para excluir uma interpretação particular da regra, porque pode levar a algo que é inaceitável e, portanto, absurdo (ATIENZA, 2013, p. 179) Contudo, outros argumentos podem também ser utilizados na fundamentação da decisão legal para aparecem outros argumentos com a intenção de promover uma justificação externa, independentemente de a premissa ser normativa ou factual.

No que diz respeito ao subjuntivo, deve notar-se que a subsunção é a regra geral na argumentação nas decisões judiciais, formando a justificação interna da decisão. Esta situação implica menos problemas de interpretação quando a premissa normativa do argumento é representada por uma "regra de ação" que proíbe, ordena ou permite a conduta.

Além disso, há a premissa factual que, em conjunto com o passado (o facto de ter ocorrido), produz a conclusão. Contudo, se a premissa normativa do argumento for uma "regra final" que proíba, ordene ou permita às partes alcançar um determinado objetivo, o argumento é mais complexo e o juiz tem mais discrição. As regras finais são dirigidas para o futuro, portanto mais abertas (ATIENZA, 2013, p. 183).

Finalmente, não se deve ser contra a lógica no raciocínio jurídico, mas contra o "imperialismo da lógica" que sem ela existe arbitrariedade. A lógica é útil para a argumentação jurídica, mas não é um instrumento suficiente para a investigação e aplicação de argumentos (ATIENZA, 2013, p. 186).

A segunda concepção da argumentação é a substantiva, que não diz respeito à forma mas ao conteúdo que faz com que os argumentos sejam certos ou errados. Assim, para ser considerada uma boa argumentação, deve seguir os elementos formais e, no entanto, conter certas condições substantivas, de acordo com Atienza (2013, p. 117).

À luz da abordagem substantiva da argumentação, a argumentação não consiste em "*uma serie de proposiciones estructuradas de una determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de deerecer razones (buenas razones) sobre como es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre como debe alguien actuar en él*". (ATIENZA, 2013, p. 275). Parte das premissas e da conclusão, não como declarações formais pertencentes a uma estrutura, mas em razão do seu conteúdo de "verdade e correção" ("lógica material") (ATIENZA, 2013, p. 276). O foco é nas razões, nos argumentos para uma ou outra interpretação.

Nesta perspectiva, o raciocínio jurídico é entendido como uma teoria de premissas através das quais os juízes apresentam (ou deveriam apresentar) o seu raciocínio para justificar decisões, embora por vezes não haja uma distinção clara entre o contexto da descoberta (fatores sociais, psicológicos, económicos e outros fatores que explicam a decisão) e o contexto da justificação (razões que a justificam). Contudo, a fundamentação da decisão mostra que o juiz admite que não há razões que expliquem a sua conclusão que não sejam devidamente justificadas. Se não fundamentar completamente a decisão, haverá apenas uma aparência de justificação, o que não é aceitável (ATIENZA, 2013, p. 277).

O raciocínio do juiz é, assim, de natureza prática e visa motivar as suas ações através da justificação no sentido estrito, que se baseia em premissas que são normas ou valores. As razões dos argumentos são assim as premissas, não no estado de meras declarações linguísticas, mas à luz do seu conteúdo, para que possam ser qualificadas como verdadeiras ou corretas para o caso a ser julgado (ATIENZA, 2013, p. 261).

As razões legais são premissas que derivam do sistema, as chamadas razões sistemáticas, ou seja, as declarações legais, e as outras, chamadas extrassistemáticas, são formadas por elementos que o próprio sistema contribui para as fixar (como é o caso das premissas factuais).

No que respeita às razões sistemáticas, as normas que formam o sistema jurídico podem ser divididas em constitutivas (regras e princípios) e regulatórias (ATIENZA, 2013, p. 281).

A primeira função como razões operacionais na argumentação, onde as regras são razões imperativas, formais e independentes da substância, enquanto os princípios são razões não imperativas, substantivas e dependentes da substância. Os princípios, por sua vez, podem ser razões de correcção se forem princípios no sentido estrito, ou razões de propósito se se referirem a diretrizes. As regras constitutivas, por seu lado, funcionam como fundamentos auxiliares e são representadas por regras que conferem poderes ou são meramente constitutivas, como é o caso das presunções (ATIENZA, 2013, p. 281).

É de notar que, na concepção substantiva da argumentação, as noções de relevância e peso das instalações ocupam um lugar central. Assim, a relevância de uma premissa não é apenas mostrar que se trata de um caso especial de um esquema geral a ser analisado, mas três elementos devem estar presentes: Aplicabilidade, Interpretação e Validade. A relevância da aplicabilidade tem um carácter formal e é representada pelo silogismo subjuntivo, no qual a premissa normativa deve enquadrar-se nos factos. A relevância da interpretação da premissa, por outro lado, diz respeito ao processo de interpretação de modo a chegar ao seu conteúdo para que este possa ser adequadamente compreendido. Finalmente, a relevância de a declaração de premissa ser válida, ou seja, as premissas normativas devem ser regras válidas e as premissas factuais devem ser sujeitas a critérios externos para confirmar que são verdadeiras (ATIENZA, 2013, p. 283).

O peso ou força das premissas refere-se a casos difíceis em que existe uma lacuna normativa ou a situação não está adequadamente prevista na regra (lacuna axiológica). A solução é voltar aos princípios, que são razões não obrigatórias, a fim de ponderar todas as razões e, com base na ponderação, compreender o que carrega mais peso.

Como expõe Atienza (2013, p. 363), a terceira concepção do raciocínio é nomeada *pragmática*. Aqui, é considerado o raciocínio como um processo e não há separação dos significados formais e substantivos. Esta dimensão diz respeito a uma atividade linguística destinada a convencer um público de uma solução para um problema. A argumentação é vista como uma atividade, e a retórica e a dialética podem ser compreendidas nesta concepção.

A argumentação jurídica envolve uma ação que envolve persuasão. Para tal, a dialética é apresentada como a arte da conversa e a sua teoria é concebida com base na contradição799 dos interlocutores que debatem; e a retórica "é a arte da persuasão pela linguagem, é também a teoria e o ensino dos meios verbais - linguagem escrita ou oral, que tornam um discurso persuasivo para o seu destinatário" (ATIENZA, 2013, p. 366).

A dialética considera a argumentação como aquela que produz efeitos importantes, ou seja: a atividade de argumentar é moldada por momentos (e não por declarações), e os participantes passam por etapas nas quais apresentam seus argumentos, usando a linguagem, e no final atingem o objetivo do diálogo ou decidem terminá-lo (ATIENZA, 2013, p. 367), como acontece, por exemplo, nos debates orais de sala de aula e processos judiciais.

A Retórica, por outro lado, entende a argumentação como uma atividade em que um orador se dirige a uma audiência oralmente ou por escrito com o objetivo de persuadir a audiência.802 Na retórica jurídica, podem ser distinguidas cinco etapas nas quais se realizam as operações: *inventio*, para estabelecer o estado do caso e buscar argumentos com base no texto da lei; *dispositio*, que visa organizar o discurso; *elocutio*, que consiste em apresentá-lo de forma atraente; memoria, que envolve o estudo para memorização; e *actio*, que envolve o estudo das regras de apresentação (ATIENZA, 2013, p. 369).

Com relação ao debate dialético, deve-se observar que ambos os participantes (o participante e o adversário) desempenham um papel ativo, a contradição é um tema central. As intervenções dos debatedores são breves, o discurso dialético progride em uma "espiral", está mais relacionado à filosofia, para a "descoberta da verdade". E as regras da dialética são também regras de conduta cuja observância pode ser confiada a um juiz (ATIENZA, 2013, p. 367).

Em contraste, na retórica apenas uma das partes, chamada de orador, fala; as demais são consideradas ouvintes ou receptores passivos, e a persuasão é o tema central. O discurso retórico é unidirecional, e a retórica tende a ser guiada pela literatura, psicologia e outros valores. As regras da retórica têm um caráter técnico (pode ser obedecido ou não, pode ser usado ou não), o papel central deve ser a persuasão do público, ou seja, a persuasão.

Entretanto, retórica e dialética também têm coisas em comum, a saber: ambas colocam o argumento no centro e o entendem como uma "atividade social"

que tem como "objetivo alcançar algo entre os participantes". Deve-se notar também que certos discursos podem ser em parte dialéticos e em parte retóricos (ATIENZA, 2013, p. 373).

Finalmente, Atienza afirma que uma concepção puramente pragmática da argumentação jurídica, que não leva em conta as dimensões formal (lógico-dedutiva) e substantiva, é insuficiente porque não capta questões centrais de argumentação e, em particular, não compreende que o discurso jurídico não é apenas sobre aceitação, mas também sobre outros valores como justiça, verdade e certeza (ATIENZA, 2013, p. 374).

Em termos de características, afirma-se que a argumentação se apresenta como um "processo discursivo e racional" que visa apresentar razões e argumentos ao ouvinte a fim de chegar a uma determinada conclusão, deixando-o livre para aceitar ou rejeitar a declaração. Portanto, a argumentação também tem a característica de ser sempre dirigida a um público e não pode ser julgada como falsa ou verdadeira, mas como mais ou menos convincente, dependendo se recebe mais ou menos apoio do público. Entretanto, o raciocínio garante que uma declaração não seja contaminada por arbitrariedade ou opinião pessoal, mas se baseie nos motivos e dados apresentados.

Neste contexto, é assinalado que existem falácias que constituem argumentos que parecem ser bons, mas não o são (ATIENZA, 2014, p. 352). Elas representam violações argumentativas, comportamentos que violam as regras da argumentação, que por sua vez podem ser por intenção ou culpa. As falácias também podem ser divididas de acordo com as regras de argumentação que violam em formais (lógico-dedutivas), substantivas (metodológicas) e pragmáticas (ocorrem em diálogos e têm um status mais elevado em retórica) (ATIENZA, 2013, p. 370).

O interesse no estudo da argumentação está relacionado ao crescimento da pesquisa no campo da filosofia com o objetivo de explorar a linguagem. É importante no campo do direito, política, crítica de arte, literatura, na definição de estratégias na gestão empresarial e em outras áreas onde o objetivo é gerar ou fortalecer o poder persuasivo de um público. Este cenário teve como importante ponto de partida o trabalho de Perelman e Olbrechts-Tyteca junto com Toulmin nos anos 50 (ATIENZA, 2016, p. 32).

Destaca-se o "Giro Argumentativo", que moldou a filosofia do direito nas últimas décadas e que permite entender o direito como um "*conjunto de los*

fenómenos jurídicos, desde el punto de vista argumentativo, de la persuasión racional" (ATIENZA, 2013, p. 11).

No campo do direito, a argumentação representa uma função importante, entre outras, com o desenvolvimento de uma teoria jurídica da argumentação, que se mostra ligada à substituição do "paradigma científico pela ideia de uma jurisprudência mais abrangente". Em outras palavras, defende uma jurisprudência que começa a encontrar ferramentas não apenas para explicar como se chega a uma decisão jurídica, mas para justificá-la: em suma, o teórico jurídico começa a perguntar menos sobre como(?) e mais sobre o porquê(?) (SHECAIRA, 2016, p. 42).

O raciocínio está ligado à prática jurídica porque diz respeito à experiência jurídica, ao modo de agir, à aplicação da lei. Às vezes é erroneamente referido na doutrina como "raciocínio jurídico", "método jurídico" ou mesmo "lógica jurídica". Neste sentido, é importante explicar que o raciocínio não se limita à lógica, e esta é a origem da atual "teoria do raciocínio jurídico", uma vez que o raciocínio jurídico não é compreendido apenas através da lógica formal, que é apenas um elemento necessário, mas nem sempre suficiente (SHECAIRA, 2016, p. 44).

Conquanto seja denominada teoria da argumentação jurídica, a palavra "teoria" não deve ser entendida em oposição à prática, pois as teorias da argumentação816 estão fortemente relacionadas à prática no sentido de que se preocupam com a aplicação judicial ou administrativa da lei e a correção racional dos argumentos utilizados nos discursos de raciocínio destas decisões jurídicas (SHECAIRA, 2016, p. 45).

O raciocínio jurídico pode ser compreendido nos três conceitos apresentados por Atienza, sem que eles sejam incompatíveis. Assim, cada uma das abordagens, seja formal, substantiva ou pragmática, está "ligada a um valor fundamental dos sistemas jurídicos", ou seja, certeza na concepção formal, verdade e justiça no substantivo, e aceitação e consenso no pragmático. O ideal da motivação judicial poderia assim ser expresso como sendo o de colocar as boas razões em uma forma adequada para que a persuasão possa ser alcançada (ATIENZA, 2013, p. 113).

Assim, argumentar é "sempre uma ação envolvendo uma linguagem", "sempre pressupõe um problema" e pode ser caracterizado como "um processo" (uma atividade de argumentar e como "o produto ou resultado dele". É, portanto, uma atividade racional que não só é dirigida a um objetivo, mas também estabelece critérios para sua avaliação (ATIENZA, 2013, p. 94-97).

A argumentação é de interesse para todas as áreas da sociedade; entretanto, ela é de maior importância para o direito em estados democráticos governados pelo Estado de direito, pois os advogados neste período estão mais preocupados com aspectos argumentativos, que podem ser justificados pelos seguintes fatores: as teorias jurídicas mais importantes do século 20 deram maior atenção à dimensão argumentativa do direito. Century não prestou a atenção necessária à dimensão argumentativa do direito; a aplicação do direito em estados constitucionais "parece consistir em argumentos de forma relevante", a orientação argumentativa é enfatizada; as mudanças nos sistemas jurídicos dos estados constitucionais levam a um aumento da importância da argumentação, ou seja Ou seja, a constitucionalização do direito desempenha um papel na melhoria da quantidade e qualidade das razões das decisões, seja na jurisprudência ou na administração; a especificidade da educação jurídica, que enfatiza o caráter argumentativo e não apenas o conteúdo jurídico; e o declínio "da importância da autoridade e da tradição como fontes de legitimação do poder", uma vez que uma sociedade democrática "precisa de cidadãos que sejam capazes de argumentar racional e competentemente sobre ações e decisões na vida comum" (ATIENZA, 2013, p. 21).

O Direito representa um fenômeno complexo que pode ser compreendido a partir de diferentes abordagens, das quais vale a pena destacar a estrutural, a funcional e a ideacional (ATIENZA, 2013, p. 19).

O primeiro entende a lei como um conjunto de regras e a identifica com o normativismo legal. O segundo, por outro lado, considera o direito à luz da função que desempenha no meio social, o que corresponde a uma "atitude realista e sociológica" que considera o direito como o comportamento dos executores, ou seja, a "lei em ação". A terceira abordagem corresponde a uma lei modelo, uma "lei justa", em outras palavras, "uma proposta do que deve ser entendida como lei racional" (ATIENZA, 2013, p. 20).

Neste sentido, seguindo o Atienza, assume-se que as perspectivas estruturais, funcionais e ideais não são excluídas e que a lei "as pressupõe e de alguma forma as une e as torna efetivas". Assim, embora o direito não consista apenas em argumentos, a argumentação se mostra extremamente importante diante dos "fenômenos jurídicos nas sociedades democráticas", pois fornece aos

advogados "instrumentos" que lhes permitem "orientar sua atividade e dar-lhe sentido" (ATIENZA, 2013, p. 19).

Assim, a lei em todas as suas dimensões pode ser vista como uma "teia muito complexa de decisões - ligada à solução de certos problemas práticos - e de argumentos, ou seja, razões a favor ou contra estas (ou outras) decisões" (ATIENZA, 2013, p. 20).

É importante salientar que a expressão "justificação" da decisão judicial nas teorias do raciocínio jurídico deve ser entendida em contraste com a explicação ou descoberta, já que seu interesse é muito maior no contexto da justificação das decisões do que em seu contexto de descoberta.

Desta forma, o direito não só pode ser definido ou entendido como argumentação, mas a tendência argumentativa ajuda explicitamente a construir uma melhor teoria e prática do direito.

4 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO PROPOSTA POR MANUEL ATIENZA

A teoria da argumentação jurídica se preocupa com o estudo dos argumentos que servem de base para justificar as decisões. Uma contribuição importante para a aplicação do direito pode ser feita examinando a teoria da argumentação do filósofo espanhol Manuel Atienza.

Manuel Atienza é professor de filosofia do direito na Universidade de Alicante, estudioso da teoria da argumentação jurídica e autor de numerosas obras sobre o tema. Em particular, deve-se notar que o pensamento de Atienza ocupa um lugar importante no cenário teórico da filosofia jurídica atual e tem três características principais, a saber "a atenção ao aspecto argumentativo do fenômeno jurídico, entendendo a prática do advogado essencialmente como uma operação interpretativa e argumentativa"; além disso, "a rejeição da perspectiva positivista de que é necessário isolar o fenômeno jurídico de fenômenos sociais relacionados, como a moral ou a política, para fazer jurisprudência"; e, finalmente, "o abandono da questão da cientificidade do discurso dogmático do direito como uma questão de honra para a legitimidade de seu papel social" (SHECAIRA, 2016, p. 87).

Neste contexto, é importante analisar os principais pontos do pensamento de Manuel Atienza em relação à teoria do raciocínio jurídico. O autor explica que ele propôs construí-la com base no que ele chamou de teorias padrão, a fim de superar quaisquer limitações que elas possam ter. Assim, ele partiu da análise de outras teorias e chamou seu estudo de "teoria do mosaico", ou seja, a teoria desenvolvida por Atienza foi composta em grande parte de partes retiradas de obras de outros autores e reunidas entre si para formar um todo mais ou menos unificado (ATIENZA, 2013, p. 34).

Atienza explica que seu objetivo não era desenvolver uma teoria original, mas um estudo que fosse "útil aos advogados". Ele mencionou que a originalidade está "na seleção das partes" de cada teoria e na "forma de combiná-las" (ATIENZA, 2013, p. 35), encorajando assim a reflexão à luz dos principais autores contemporâneos que se aproximam do raciocínio jurídico, a fim de entender que não se trata de uma concepção única que englobe o raciocínio.

Além disso, Atienza argumenta que as teorias da argumentação jurídica visam refletir sobre os argumentos utilizados no contexto jurídico, o que por sua vez

pode ocorrer em três momentos diferentes: na produção do direito, na aplicação do direito e na dogmática do direito.

Na primeira área, a argumentação ocorre na fase pré-legislativa, onde surge uma necessidade da sociedade que precisa ser legislada, ou também na fase legislativa, onde uma questão é discutida no legislativo ou executivo. Nesta fase, os argumentos são feitos política e moralmente em vez de legalmente. Atienza explica que as teorias atuais de argumentação não abordam esses cenários (2016, p. 7).

A segunda área onde são utilizados argumentos legais é na aplicação de regras legais para resolver conflitos, seja em sentido restrito pelo Judiciário, seja em sentido mais amplo por órgãos administrativos ou mesmo indivíduos. Neste sentido, é importante distinguir se o raciocínio se refere aos fatos do caso ou à lei discutida na disputa, pois a teoria predominante do raciocínio trata da aplicação da lei, os chamados "casos difíceis", que envolvem a interpretação da própria lei. É importante enfatizar, no entanto, que a maioria das disputas apresentadas aos tribunais ou autoridades administrativas se relacionam com fatos e, portanto, são excluídas da discussão destas teorias de argumentação jurídica (ATIENZA, 2016, p. 8).

Em um terceiro momento, os argumentos jurídicos são relevantes para a dogmática jurídica, que, como atividade complexa, pode ser associada ao cumprimento de três funções, a saber, o fornecimento de critérios para a produção da lei, a aplicação da lei e a "ordenação e sistematização da ordem jurídica" (ATIENZA, 2016, p. 10).

Teorias de raciocínio jurídico que lidam com dogmáticas jurídicas estão mais preocupadas com a aplicação da lei para fornecer elementos que facilitem as decisões legais. A dogmática difere da aplicação da lei na argumentação jurídica na medida em que a primeira trata de argumentos de casos em abstrato, enquanto a segunda utiliza argumentos para resolver casos no concreto. Os dois, no entanto, estão inter-relacionados e se complementam, especialmente nos casos difíceis em que os agentes da lei recorrem a dogmatismos (ATIENZA, 2016, p. 9-12).

A teoria de Atienza parte de um conceito de argumentação que requer e simultaneamente permite diferentes concepções internas de seus elementos em vez de um único modo de relação e que engloba as dimensões formal, substantiva e pragmática. Tal pensamento torna possível tornar a atividade justificativa dos advogados mais rica e mais realista.

É possível ver que a teoria acima demonstra ser normativa em sua intenção de contribuir para a melhoria da prática jurídica, apresentando exigências para sua correção, mas também quer estar mais próxima dos mecanismos reais de construção de argumentos. Neste sentido, é importante entender como analisar e avaliar a argumentação jurídica, e também como proceder para argumentar, como entende Manuel Atienza (2016, p. 16).

4.1 ANÁLISE, AVALIAÇÃO E CONSTRUÇÃO DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A dimensão argumentativa do direito é uma teoria complexa na qual os conceitos devem ser considerados num triplo viés, a saber: formal (que parte de um problema de lógica formal com uma solução dedutiva), material (que parte de um problema que deve ser explicado à luz da ciência, tecnologia, moral e direito para justificar, por exemplo, os fatos ou ações) e pragmático (que se concentra no caminho para convencer alguém de algo) (ATIENZA, 2014, p. 103).

Com base nisso, é necessário seguir um caminho definido por três grandes questões: como analisar a argumentação legal, como avaliar a argumentação legal e como argumentar legalmente. Destas questões, a análise e avaliação da argumentação pode ser entendida como "ex post", já que pressupõe uma argumentação que já foi apresentada. A argumentação, por outro lado, é apresentada "ex ante" (ATIENZA, 2013, p. 423).

Primeiro, trata-se da "análise da argumentação jurídica", ressaltando que ela envolve várias tarefas, inclusive: "apresentando os argumentos e o raciocínio "869 quando se trata de argumentação complexa composta de vários argumentos; "mostrando quais elementos" da argumentação podem ser distinguidos a fim de obter uma apresentação adequada; e "analisando cada uma dessas partes em detalhes" a fim de entender quais têm mais importância na argumentação (ATIENZA, 2013, p. 424).

Nesta linha, Atienza diferencia argumentação, argumentos e linhas de argumentação e define que a argumentação "*é o conjunto de pasos, atos de enguaje e enunciados que median entre planteamiento de una pregunta inicial -el problemma que da lugar a la argumentación - y la respuesta a la misma - la solución*" (ATIENZA, 2013, p. 425). Já o argumento "*es una razón a favor o en contra de una determinada*

tesis". E a linha de argumento "*es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defensor una tesis o a atacarla*" (ATIENZA, 2013, p. 425).

Também importante para a 'análise' da argumentação jurídica é o 'conteúdo proposicional', que é composto pelas justificativas (na forma de declarações linguísticas) que incluem declarações factuais e normativas. Finalmente, a dimensão pragmática, que inclui o problema a ser resolvido e as possíveis soluções. Neste, sentido as próprias perguntas feitas durante o processo são importantes (ATIENZA, 2013, p. 426).

Em relação à "análise do raciocínio jurídico", Atienza (ATIENZA, 2013, p. 431) afirmou que no discurso jurídico justificatório é importante identificar os tipos de questões que configuram a controvérsia da reivindicação, que podem ser referidas como questões controversas e casos difíceis, representados pela seguinte tipologia: Perguntas de Procedimento; Perguntas de Evidência; Perguntas de Qualificação; Perguntas de Aplicabilidade; Perguntas de Validade; Perguntas de Interpretação; Perguntas de Discrição; e Perguntas de Ponderação (ATIENZA, 2013, pp. 438-439).

Deve-se notar que, dada sua complexidade, o ponto a ser discutido no raciocínio jurídico pode ser classificado sob mais de um dos temas apresentados e pode ser combinado de diferentes maneiras. Portanto, é essencial identificar o cerne da disputa, ou seja, o objeto da argumentação jurídica, a fim de analisar o conteúdo da referida argumentação (ATIENZA, 2013, p. 440).

Desta forma, a análise da argumentação jurídica vai no sentido de delimitar a disputa e o entendimento que as questões expostas estão relacionadas a ela.

No tocante à dimensão argumentativa, Atienza afirma que, além de compreender a argumentação jurídica realizada através de sua análise, é importante responder à questão de "como avaliar a argumentação jurídica", se "um argumento é bom ou ruim" (ATIENZA, 2014, p. 99). Neste sentido, ele aponta que avaliar um argumento "não é exatamente o mesmo que avaliar uma decisão ou uma ação; nem deve ser confundida a avaliação de argumentos teóricos e as crenças ou teorias que os avaliam" (ATIENZA, 2013, p. 547). Assim, há decisões boas que são mal fundamentadas e decisões erradas com bom raciocínio.

Argumentos e decisões podem ser considerados bons ou ruins em duas áreas: no sentido técnico, quando são capazes de apresentar argumentos eficazes para atingir o objetivo, e no sentido moral, quando este raciocínio tem argumentos moralmente bons. O que é um bom ou mau argumento depende, portanto, do

contexto do caso específico. Entretanto, isto não significa que não existam critérios objetivos para tal avaliação (ATIENZA, 2013, p. 548).

Antes de analisar os critérios de avaliação da argumentação jurídica nas decisões judiciais, vale mencionar que os céticos assumem que a lei tem um caráter indeterminado, de modo que não há critérios objetivos para avaliar a qualidade dos argumentos. Em particular, eles justificam isto com o argumento de que em casos difíceis não há consenso sobre a solução da disputa e, portanto, é inadmissível estabelecer critérios (ATIENZA, 2013, p. 550).

Atienza explica que este argumento cético pode ser atacado de quatro maneiras: o fato de haver desacordo sobre qual é a resposta certa para um caso não significa que ele não exista; mesmo que a objetividade seja estruturada de forma diferente no direito do que em outras ciências, onde às vezes não há uma resposta única para um problema, isto não significa que o direito não tenha objetividade (possibilidade de estabelecer critérios); A falta de consenso sobre a solução do caso não é sinônimo de falta de acordo sobre os critérios de avaliação do raciocínio, mas sobre sua aplicação; e a negação de critérios objetivos de avaliação implica a impossibilidade de criticar as decisões judiciais (ATIENZA, 2013, p. 551).

O autor, por sua vez, assume que existem critérios que dão à lei uma certa objetividade no sentido de permitir uma avaliação do raciocínio jurídico levado à decisão do juiz, a saber: universalidade, coerência, aceitabilidade das consequências, moralidade social e moralidade justificada (ATIENZA, 2013, p. 554).

A universalidade serve como um requisito de avaliação tanto para problemas normativos quanto factuais, um momento contido na justificação interna. Na abordagem normativa, ela se revela como um critério lógico no qual a premissa mais importante é derivada da regra, que é um preceito da ordem geral e constitui a razão decidendi. No contexto factual, a generalidade também é evidente, pois a premissa factual encontra sua base em uma declaração de natureza universal, mesmo que tenha um "caráter probabilístico", ou seja, tal premissa é utilizada nos casos em que as mesmas circunstâncias ocorrem (ATIENZA, 2013, p. 555).

A universalidade é um requisito a ser observado tanto em relação aos problemas normativos quanto em relação aos problemas fáticos. Na verdade, a própria ideia de universalidade é essencial ao Direito no sentido de se estabelecer um tratamento universalmente igualitário, que só deverá ser afastado por razões concretas que justifiquem tratamento excepcional (ATIENZA, 2013, p. 554)

A noção de universalidade é, inclusive, equivalente à noção de “regra formal de justiça”, como desdobramento do próprio imperativo kantiano no sentido de se estabelecer as regras de comportamento a partir de condutas que possam ser tomadas como universalmente válidas.

Em outras palavras, a *universalidade* impõe que a premissa normativa (a *ratio decidendi*) não pode ser *ad hoc* (ATIENZA, 2013, p. 555), ou seja, ela deve ser aplicável a todos os casos se encontrem em situações semelhantes.

A universalidade não se confunde com a generalidade. Uma norma pode ser bastante específica (por exemplo, os tipos penais para condutas típicas praticadas por servidores públicos), afastando-se claramente da generalidade, contudo, ainda assim, a universalidade — como imperativo de tratar todos aqueles que estejam em situação semelhante — deverá ser observada. Qualquer tratamento excepcional deve ser devidamente fundamento e extensível aos demais sujeitos que estejam em semelhante situação.

Coerência, como critério de avaliação, refere-se à compatibilidade da decisão com "valores, princípios e teorias". Deve-se enfatizar que a coerência normativa emana do sistema jurídico e é dependente do contexto, pois os princípios e valores não são os mesmos em todas as jurisdições nem em todos os sistemas jurídicos e variam dependendo do contexto. A coerência narrativa, por outro lado, leva em conta a experiência acumulada em outros casos e permite que um fato seja considerado comprovado, sendo o melhor baseado em um conjunto de fatos probatórios, "leis científicas, relações causais, máximas de experiência, etc., que nos permitem explicar o mundo" (ATIENZA, 2013, p. 556).

A coerência, por sua vez, deve ser entendida como a relação de compatibilidade das decisões e dos seus fundamentos com base em valores, princípios e teorias. São coerentes os argumentos que podem ser agrupados sob um grupo de princípios e valores expostos em determinado ordenamento. (ATIENZA, 2013, p. 558)

Uma distinção importante: enquanto o critério da coerência é observado em decisões anteriores, para que se verifique a permanência/continuidade de certas escolhas valorativas, o critério da aceitabilidade das consequências é dirigido para a cogitação dos resultados futuros que podem ser fundados naquela decisão. Neste caso, por exemplo, poderia ser citada a análise econômica na tomada de decisão.

Ou seja, considerando os possíveis sentidos de determinadas normas jurídicas, a interpretação que prevalece deve ser aquela mais consentânea com os princípios e valores do sistema.

O ideal de coerência estaria ligado à ausência de contradições lógicas, mas não apenas. A coerência seria observada um nível acima do problema lógico, em um nível da análise de valores. Isto é, mesmo que houvesse alguma incompatibilidade lógica, ainda assim a argumentação seria coerente se apresentasse claramente (e sem contradições) os seus valores anteriormente estabelecidos em casos anteriores (ATIENZA, 2013, p. 555).

Além disso, a coerência justifica a forma do argumento quando a interpretação não pode ser exclusivamente dedutiva porque as premissas não contêm informações suficientes para que o intérprete possa tirar uma conclusão, ou quando as informações originais são contraditórias. No primeiro caso, acrescenta informações por analogia; no segundo, elimina o que é incompatível; em ambos os casos, mantém apenas o que mantém a identidade com o sistema, ou seja, "coerência" (ATIENZA, 2013, p. 556-557).

O terceiro critério de avaliação do raciocínio jurídico nas decisões judiciais é a adequação das consequências, que dizem respeito a questões normativas e factuais. Isto avalia as implicações para o futuro, considerando não apenas o resultado dessa decisão, mas também outras que podem ocorrer e que estão ligadas a ela por conexões causais. Atienza ressalta que é uma atividade complexa e que é difícil estabelecer limites, pois os órgãos judiciais não têm meios suficientes para "antecipar efeitos e estados futuros" (ATIENZA, 2013, p. 558).

A moralidade social também influencia o raciocínio nas decisões judiciais, pois o juiz não pode ignorar o que é considerado pela comunidade; esta ideia permite uma decisão convincente e está até ligada a ideais democráticos. Atienza defende que este critério de moralidade social não é satisfatório porque não é fácil identificar a opinião majoritária; que mesmo as opiniões majoritárias podem conter preconceitos; que a invocação da democracia não é justificada por critérios objetivos; que as constituições dos Estados constitucionais democráticos "contêm um código moral", à luz das declarações de direitos; e que a lei não apresenta razões de natureza justificativa, portanto, nem a moral social, tais critérios só podem vir de uma "moral racional", que não corresponde necessariamente à moral social (ATIENZA, 2013, p. 560).

Em outras palavras, o critério da moral social exigiria que os julgadores, ao analisarem argumentos morais (com noções valorativas), partissem de concepções da sociedade a respeito dos valores, e não de seu juízo particular, atividade bastante complicada. De forma complementar, o critério da moral justificada serviria para situações em que a solução da moral social seja insuficiente ou perigosa (por exemplo, certos juízos morais baseados em opiniões preconceituosas comuns [e majoritárias] na sociedade). Nestas situações, o julgador deveria recorrer a princípios consensuais de acordo com certas regras mais ou menos idealizadas (ATIENZA, 2013, p. 562).

Quanto ao critério de moralidade justificada para avaliar o raciocínio jurídico, Atienza não o considera adequado para uso no quadro geral e levanta objeções ao seu uso, a saber: não é necessário recorrer a este critério por causa do positivismo e a consequente separação entre lei e moralidade. Entretanto, ele afirma que alguns sustentam que um apelo à moralidade é possível quando o sistema se refere a conceitos morais como dignidade humana, liberdade, igualdade, etc., e, portanto, tal conteúdo deve ser buscado na filosofia moral e política. Isto levanta a questão de se estes conceitos devem ser interpretados dentro da lei ou se critérios externos, como a moralidade social, podem ser utilizados. Pode-se observar que, na argumentação das premissas (sejam elas normativas ou factuais), elas estão ligadas à ideia de que o magistrado deve obedecer à lei, o que revela a natureza moral (ATIENZA, 2013, p. 560).

A segunda objeção ao uso da moralidade justificada está na afirmação de que "não é possível fazê-lo". Trata-se de duvidar do que é uma moralidade justificada e se ela existe. Para Atienza, isto se explica melhor pelo "construtivismo" defendido por Rawls, Habermas e Nino, no qual "os princípios de uma moral justificada são seriados e estabelecidos por consenso por um grupo de atores que falaram em seguir certas regras mais ou menos idealizadas". Também é salientado que "a objetividade moral é análoga, mas não equivalente à objetividade científica". O raciocínio do julgamento pode conter um componente moral, e o raciocínio jurídico considera o aspecto normativo como essencial (ATIENZA, 2013, p. 561).

Além dos critérios objetivos de generalidade, coerência, razoabilidade das consequências, moralidade social e moralidade justificável, a razoabilidade também se mostra como um fator importante na avaliação do raciocínio jurídico nas decisões judiciais, especialmente quando há contradições ou inadequações entre os fatores

acima. Entretanto, o conteúdo da razoabilidade representa o "limite do que é justificável" e "legalmente permissível". Deste ponto de vista, envolve a noção de equilíbrio e equilíbrio entre ideias opostas, a fim de encontrar pontos de consenso entre elas. Envolve também a aceitação através da articulação entre ideias opostas, levando em conta os fatores do caso (ATIENZA, 2013, p. 563-564).

Para explicar 'como analisar' e 'como avaliar', Atienza aponta a importância de entender 'como argumentar'. Ele começa por observar que é uma questão ambígua que pode ser entendida como 'como argumentar' ou 'como argumentar de fato' (ATIENZA, 2013, p. 424).

Pode-se perceber que a argumentação jurídica visa resolver problemas jurídicos que, embora assumam muitas formas, têm as seguintes características comuns Nos problemas práticos decorrentes de disputas reais ou potenciais, destacam-se os fatores afetivos, que se relacionam com os aspectos comportamentais e motivacionais, e os fatores práticos, que se relacionam com a correta aplicação das ferramentas processuais; Além disso, existem problemas bem estruturados, onde o estado inicial e o objetivo são claros, e mal estruturados, onde não há tal distinção; os problemas são estabelecidos em um ambiente institucional que rege o processo de resolução; os problemas legais têm uma relação com a moralidade porque a solução não é exclusivamente técnica; a linguagem traduz o problema e a solução.

Atienza argumenta que para resolver um problema de argumentação jurídica, ou seja, para determinar "como argumentar", é importante distinguir quatro fases, o que ele chama de "como argumentar": Identificar e analisar o problema, propor uma solução, revisar e revisar a solução e escrever o texto. Ele ressalta que essas divisões não são lineares, pois há interações entre elas, e que elas também variam dependendo se a argumentação jurídica é exercida por juízes (Judiciário), advogados ou legisladores (ATIENZA, 2013, p. 647).

A primeira parte refere-se à identificação e análise do problema, ou seja, o estabelecimento do "estado de coisas". O caminho varia dependendo de quem é responsável pela argumentação, ou seja, o juiz (em que instância), os advogados ou o legislador. Entretanto, sua tarefa é analisar e avaliar os argumentos já presentes, o que pode ser feito através da representação gráfica de setas, a indicação dos pontos em disputa (questões processuais, provas, qualificação, validade e outros), promovendo assim a avaliação dos argumentos (ATIENZA, 2013, p. 647).

A segunda fase diz respeito à solução proposta, que é a tarefa do juiz dar a resposta correta e precisa ao caso com base nos argumentos e teses apresentadas pelas partes. A estratégia que o juiz poderia usar é a "busca retrógrada", ou seja, ele determina a resposta que acha correta e busca os elementos do processo para ver se há elementos sólidos para sustentá-la. O advogado proporá a solução que seja legalmente plausível e que beneficie seu cliente (ATIENZA, 2013, p. 648).

Segue-se a terceira etapa de revisão e revisão com o objetivo de analisar a solidez das etapas anteriores. Nesta etapa, o juiz teria que conduzir uma argumentação para contrapor argumentos contra sua própria resposta e para promover sua avaliação. Se ele entender que as objeções são plausíveis, entenderá que sua solução não é a mais correta e terá que revisá-la, reformando-a ou propondo outra (ATIENZA, 2013, p. 648-649).

Finalmente, na sequência dessas etapas preparatórias, é apresentada a redação do texto e, em seguida, prossegue a elaboração do discurso. Neste ponto, duas distinções importantes podem ser destacadas, a saber: as partes do discurso e a apresentação do discurso. Quanto às partes do discurso, Atienza aponta que são as disposições e seguem uma seqüência908 que vai desde o *exordium* até a *narratio*, a *divisio*, a *argumentatio* e finalmente a *peroratio* (ATIENZA, 2013, p. 649).

O discurso é apresentado por meio da linguagem jurídica, que é uma linguagem técnica, funcional, que tem suas próprias peculiaridades; deve ser sóbrio e impessoal e ter o propósito de resolver o problema apresentado de forma clara e convincente. As regras para alcançar isto são baseadas em retórica, clareza, precisão e concisão. Atienza recomenda que o ensaio não seja muito longo (ATIENZA, 2013, p. 651).

Concluindo a ideia de "como argumentar", Atienza aponta que a boa argumentação não é apenas uma questão técnica, mas também uma questão ética, ou seja, tem um significado técnico e ético. Ele explica que as regras éticas também são regras argumentativas e que no discurso há uma conexão entre os elementos racionais, emocionais e éticos que objetivam persuadir. Na argumentação jurídica, por exemplo, considera-se que o juiz não está cumprindo as regras éticas e,

portanto, não está argumentando bem se usa um tom depreciativo para apresentar os argumentos de uma das partes, se se comporta de forma inadequada ou mesmo se age sem a devida imparcialidade (ATIENZA, 2013, p. 652).

Após abordar o pensamento de Atienza sobre a "análise" e a "avaliação" da argumentação jurídica, apresentando a classificação das questões e os critérios para avaliar a objetividade da argumentação jurídica, bem como identificar o processo de "como argumentar", é importante apresentar o projeto da teoria da argumentação jurídica que o jurista radicado na Espanha defende.

Atienza parte da premissa de que a lógica formal dedutiva não pode cobrir todos os aspectos da argumentação jurídica. Assim, ele explica que na década de 1950 surgiu a teoria da argumentação jurídica, cujos representantes Viehweg, Perelman e Toulmin são considerados precursores, e MacCormick e Alexy, os principais representantes da chamada teoria padrão. Com base nas considerações destes autores, Atienza desenvolveu, portanto, seu próprio projeto de teoria da argumentação jurídica.

Neste sentido, Atienza argumenta que a teoria da argumentação jurídica deve ser entendida sob três dimensões: "*considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma". [...] se trataria de ver qué es lo que explica la teoria en cuestión, como lo explica y para qué, esto é, qué finalidad instrumental o no, manifesta o latente, cumple*" (ATIENZA, 2014, p. 204).

Em relação ao assunto, então, Atienza parte do pressuposto de que a teoria padrão da argumentação jurídica é inadequada e desenvolve uma teoria alternativa que leva em conta quatro aspectos: Que o raciocínio jurídico deve dar relevância à argumentação dos fatos; que a teoria do raciocínio jurídico deve atender aos argumentos relacionados à produção do direito; que, no que diz respeito à aplicação do direito, a teoria do raciocínio não deve basear-se apenas na jurisprudência e esquecer a solução dos problemas; e, finalmente, que a teoria do raciocínio não deve ter um caráter puramente prescritivo, mas deve ter também uma tendência descritiva (ATIENZA, 2014, p. 204-207), com o seguinte desenvolvimento:

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao assunto, Atienza considera que a argumentação jurídica deve dar importância aos fatos e não apenas aos aspectos normativos, uma vez que grande parte da argumentação ocorre fora dos tribunais. Desta forma, deveria haver uma maior convergência entre as teorias da

argumentação, seja no direito ou em outros campos, seja na academia ou na vida cotidiana. Isso aproximaria a argumentação jurídica não apenas da teoria jurídica, mas também da sociologia e de outras pesquisas empíricas (ATIENZA, 2014, p. 205).

No segundo aspecto relevante ao assunto, Atienza argumenta que a teoria da argumentação jurídica deve analisar os argumentos feitos na fase formativa da lei e não apenas aqueles que surgem na interpretação, aplicação da lei e dogmatismo jurídico. Ele afirma uma interação entre a teoria da legislação e a teoria da argumentação jurídica, que estão ligadas por uma racionalidade linguística (o remetente deve transmitir a mensagem - a lei - fluentemente ao destinatário) e uma racionalidade jurídico-formal (a nova lei deve se encaixar harmoniosamente no sistema jurídico); uma racionalidade pragmática, na qual a conduta dos destinatários deve estar de acordo com a lei; uma racionalidade teleológica, uma vez que a lei deve atingir objetivos sociais; e uma racionalidade ética, uma vez que a conduta prescrita pela lei e seus objetivos pressupõem valores que podem ser justificados eticamente. Portanto, a racionalidade na aplicação da teoria do raciocínio jurídico depende da racionalidade da legislação, uma vez que juízes, advogados no processo ou dogmática jurídica, apresentam seus argumentos e procedem a partir do que foi estabelecido por lei no Parlamento, que é responsável pela elaboração de normas legais (ATIENZA, 2014, p. 205).

O terceiro aspecto em relação ao assunto diz respeito à aplicação da lei, onde a teoria da argumentação deve levar em conta que este processo consiste não apenas na aplicação das normas legais, mas também na revisão dos critérios para a correção dos argumentos, que devem funcionar dentro de um modelo complexo de racionalidade prática, a fim de resolver os problemas legais que dizem respeito a esta disputa. Uma teoria de argumentação que lida com os argumentos destinados a resolver o conflito, pois isso é importante tanto em nível prático quanto teórico (ATIENZA, 2014, p. 206).

Na quarta e última área, o tema da teoria da argumentação deve ser descritivo (e não apenas prescritivo) por natureza, capaz de captar os argumentos que realmente acontecem na vida jurídica, e isto acontece de duas maneiras: primeiro, no contexto da justificação, há necessidade de um método para "descrever" como as decisões devem realmente ser justificadas, ou seja: "tanto no contexto da descoberta como no contexto da justificação, pode-se ter um duplo tipo

de discurso: descritivo e prescritivo". No segundo sentido, o estudo do raciocínio jurídico não se limita ao contexto da justificação, mas também ao contexto da descoberta (ATIENZA, 2014, p. 207).

A segunda dimensão da teoria da argumentação jurídica proposta por Atienza diz respeito à metodologia, ou seja, a apresentação da argumentação e os critérios de correção. O autor afirma que uma teoria de argumentação jurídica deve ter um "método que permita que o processo real de argumentação seja adequadamente representado [...], assim como critérios [...] para julgar a correção [...] dessas argumentações e seus resultados, as decisões legais " (ATIENZA, 2014, p. 207-208).

Ele afirma que a principal crítica à teoria padrão do raciocínio jurídico é que ela não desenvolveu um procedimento para argumentação e se limitou a recorrer à lógica formal dedutiva, e que este mecanismo por si só não se mostra suficiente para representar o raciocínio, uma vez que não se limita a um argumento a favor e a um argumento contra. Ele explica que a noção lógica da argumentação serve para indicar se existe ou não "uma conexão necessária ou dedutível entre uma proposta (as premissas) e uma ou mais outras (as conclusões)". *Pero parece que esto no es suficiente para reconstruir lo que habitualmente entendemos por argumento o por buen argumento*" (ATIENZA, 2014, p. 208).

Quanto à apresentação de argumentos, Atienza afirma que a argumentação não é linear, mas se mostra complexa, como a trama de um tecido. O procedimento para uma melhor argumentação jurídica, portanto, seria representar os argumentos por meio de um diagrama que permita observar seus aspectos: o sintático, por meio da relação que os argumentos mantêm entre si; o semântico, que reflete o significado das afirmações; e o pragmático, ou seja, indicando a natureza do ato de fala que é realizado pela enunciação (ATIENZA, 2014, p. 208-210).

Assim, o raciocínio jurídico pode ser visto como um processo de solução de um problema jurídico e consiste em uma série de atos, que Atienza divide em cinco momentos, a saber (1) Primeiro, o problema a ser resolvido é identificado como um caso difícil; (2) após determinar se existe uma falta (lacuna) ou um excesso de informação (contradição) na situação, se as premissas contêm todas as informações necessárias para se chegar a uma conclusão, o raciocínio adota um processo dedutivo; (3) posteriormente, são estabelecidas as hipóteses para resolver o

problema, com novas premissas contendo as informações necessárias para se chegar a uma conclusão.

No decorrer do processo de argumentação (4), as hipóteses de solução devem ser justificadas, ou seja, os argumentos que falam a favor da interpretação apresentada devem ser apresentados. Se o problema é de informação insuficiente, os argumentos "declarados e estruturados" constituem uma argumentação análoga. Se, por outro lado, o problema resulta de demasiada informação, a argumentação ocorre através da redução do absurdo (ATIENZA, 2014, p. 212-214).

E na fase final da argumentação (5) para passar das hipóteses (que são as novas premissas), agora confirmadas ou justificadas, para a solução. Vê-se assim que emergem duas formas de argumentação: a analogia e a redução do absurdo, que por sua vez se justificam por um número indeterminado de argumentos factuais "de afirmações ou conjuntos de afirmações a serem utilizados para justificar as ações a serem tomadas no âmbito dessas duas formas e as possíveis combinações dessas duas formas " (ATIENZA, 2013, p. 59).

A metodologia da argumentação jurídica de acordo com a teoria de Atienza inclui assim a apresentação de argumentos e não apenas a lógica formal dedutiva como estabelecida e os critérios que avaliam sua exatidão. Neste ponto, ele critica a teoria padrão porque pressupõe que os critérios de correção são baseados na racionalidade prática, o que é insuficiente, especialmente em casos difíceis. Atienza argumenta que a noção de racionalidade prática deve incluir justiça e racionalidade, que fornecem critérios para a resolução de casos difíceis em particular. Assim, a teoria do raciocínio jurídico não poderia "*tener un carácter puramente o essencialmente formal, sino que tendría que incorporar necesariamente contenidos de naturaleza política y moral*" (ATIENZA, 2014, p. 216).

Depois de apresentar o objeto e o método da teoria do raciocínio jurídico de Atienza, é importante estabelecer a finalidade da teoria enumerando três funções que ela deve cumprir: caráter teórico ou cognitivo; caráter prático ou técnico; e orientação política ou moral.

Através de sua função teórica, a teoria do raciocínio jurídico deve contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas jurídicas ou outras, a fim de proporcionar uma melhor compreensão do fenômeno jurídico, bem como da prática do raciocínio. Assim, o direito é entendido simultaneamente como um sistema de regras (teoria do direito) e como um sistema de procedimentos (teoria da

argumentação jurídica), e a integração entre os dois poderia construir uma teoria da sociedade (ATIENZA, 2014, p. 217).

A função prática ou técnica significa que a teoria da argumentação jurídica deve fornecer orientações úteis para a criação, interpretação e aplicação do direito. Portanto, para que a teoria da argumentação cumpra esta função instrumental tanto na prática como na dogmática jurídica, ela deve estar equipada com um método para apresentar argumentos e estabelecer critérios para correção. Também deve cumprir a função prática de construir um "sistema jurídico especializado". Outro objetivo prático diz respeito à doutrina jurídica, na qual a teoria da argumentação jurídica deve enfatizar "aprender a pensar" e "aprender a argumentar" como advogado e não se limitar ao conhecimento do direito positivo (ATIENZA, 2014, p. 217-218).

A terceira função, referida como política ou moral, está relacionada a uma concepção mais crítica dos direitos em estados democráticos sob o Estado de direito. Atienza argumenta que a teoria da argumentação jurídica deve preocupar-se com uma ideologia "política e moral" em relação aos direitos consagrados nos Estados democráticos sob o Estado de direito, ou seja, uma postura mais realista, pois há casos difíceis e trágicos, bem como os fáceis (ATIENZA, 2014, p. 218).

Pode-se concluir que a argumentação jurídica desempenha um papel central na cultura jurídica, especialmente porque a prática jurídica nos estados constitucionais exige a justificação de decisões e a argumentação é indispensável para isso. Além deste componente do constitucionalismo, há também uma sociedade complexa e um "pluralismo jurídico" que leva ao "uso de mecanismos como arbitragem, mediação e negociação", o que pressupõe "um aumento do componente argumentativo" (ATIENZA, 2014, p. 220). A lei é, portanto, argumentação.

Nesse sentido, a argumentação jurídica tem um caráter justificatório, no qual a atividade jurídica envolve a argumentação através da apresentação e fundamentação de argumentos. Além da importância da argumentação jurídica no sentido de Atienza, que envolve bons argumentos apresentados de maneira apropriada que devem levar à condenação, também deve ser mencionada a importância da interpretação nas decisões judiciais por meio da hermenêutica jurídica.

Estabelecida a importância da argumentação jurídica como meio de tornar mais acessíveis os discursos jurídicos a apresentada a importância, em particular, da teoria da argumentação jurídica elaborada por Manuel Atienza, o passo seguinte é o de tratar dos critérios para a avaliação dos textos jurídicos argumentativos.

Antes de tratar dos critérios, porém, é oportuno que atentar que há boas decisões com argumentação débil e decisões ruins com argumentação bem desenvolvida (ATIENZA, 2013, p. 547). O foco desta pesquisa não é o de avaliar se as decisões em si (se são boas ou ruins), mas sobretudo de apresentar quais são os critérios propostos por Manuel Atienza e como tais argumentos podem contribuir em um contexto de decisões abertas uma visão pluralista do Direito em um contexto democrático deliberativo.

De todo modo, o ideal em um Estado de Direito é que as decisões judiciais sejam boas (quanto ao seu conteúdo) e bem fundamentadas (na sua construção discursiva justificadora) (ATIENZA, 2013, p. 548).

A fim de estabelecer parâmetros e tipos de argumentos que sejam valiosos na argumentação jurídica, Manuel Atienza separou um conjunto de argumentos habituais no universo jurídico. É importante ressalvar o que se entende por qualidade dos argumentos. Argumentos bons são aqueles que convencem a todo um auditório? Bons argumentos são aqueles que estão observando as regras do discurso racional (ATIENZA, 2013, p. 550).

Assim, os textos argumentativos justificadores das decisões tomadas pelos magistrados devem ser bem construídos para que seja possível realizar um certo controle “amplo” sobre o que se decide (mas sobretudo sobre o “modo” como se justifica o tomada de decisões).

É nesse contexto que os critérios objetivos propostos por Atienza podem ser utilizados na avaliação dos argumentos, os já citados: universalidade, coerência, razoabilidade das consequências, moralidade social e moralidade justificada. O critério da universalidade significa que a premissa normativa do argumento deve ser uma regra de caráter universal - para casos similares, as mesmas soluções. O critério de coerência afirma que não deve haver contradições, tanto lógica como narrativamente (as informações devem ser reconstruídas para formar um todo coerente) e normativamente (valores e princípios de uma ordem devem ser consistentes).

No que diz respeito à adequação das consequências, deve-se lembrar que este critério representa principalmente uma limitação orientada para o futuro das ações dos argumentadores e expressa que a opção que permite as melhores consequências normativas e sociais considerando os potenciais casos futuros. Tal postura pode evitar um casuísmo excessivo, restringindo a aplicação do Direito dentro de parâmetros que sejam razoavelmente aplicados, como regra, à maioria dos sujeitos.

O critério da moralidade social, em um contexto pluralista, impõe a consideração da opinião pública entre os seus diferentes grupos e interesses, o que, no caso dos juízes, contribui para maior legitimidade de suas decisões (já que não são eleitos pelo povo). Deve-se ter em mente que este critério, aplicado de forma pouco refletida, pode representar sérios problemas, como é o exemplo de opinião pública majoritária que determina a perseguição e extinção de minorias.

Por isso, é muito importante analisar e incorporar os valores sociais nas decisões para evitar apenas a expressões das pessoas que ocupam os cargos judiciais, contudo, é necessário refletir sobre a moralidade e considerar os fundamentos de tais escolhas morais.

Assim, o critério seguinte, conhecido como moralidade justificada, estabelece que os valores morais inerentes ao jurista devem ser observados, vez que estão incorporados nas decisões mesmo que inconscientemente. Deve-se ressaltar que estes valores devem ser apresentados a partir de uma moralidade ponderada, resultante de um consenso entre os atores que os discutiram de acordo com certas regras mais ou menos ideais e relacionadas aos fundamentos — e para que haja um consenso do razoável é fundamental a justificativa argumentativa bem estabelecida.

Além dos critérios apresentados, é fundamental destacar que todos eles devem ser tratados a partir da razoabilidade (ATIENZA, 2013, p. 572). Por isso, é fundamental um equilíbrio que leve em conta todos os elementos de uma situação para que se atinja o aceitável a partir dos pontos de acordo entre as exigências opostas, de modo que o resultado possa ser justificado a partir do debate e do esclarecimento feito em termos do razoável.

4.2 CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO E IMPORTÂNCIA NA DEFINIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Como destacado no item 2.1 deste trabalho, algumas decisões tomadas no contexto do Supremo Tribunal Federal apresentam problemas argumentativos, se consideradas a partir dos critérios de análise sustentados por Manuel Atienza. Nesse sentido, é oportuno fazer um recorte de decisões tomadas no âmbito do STF para demonstrar em quais casos isso pode ocorrer, ainda que não haja pretensão de quantificar esses casos — o que não constitui objeto deste trabalho —, mas simplesmente para exemplificar o uso argumentativo por alguns Ministros do STF se submetido aos critérios de avaliação da teoria argumentativa de Manuel Atienza.

A análise proposta é qualitativa, especialmente direcionada a compreender os argumentos expostos pelo Ministros e compará-los aos critérios avaliativos propostos pelo Dr. Manuel Atienza, e já apresentados anteriormente.

É interessante observar como, muitas vezes, os Ministros atribuem determinados sentidos a “princípios” jurídicos sem justificativa adequada e suficiente sobre tais princípios (se é que existem) de fato significariam. O primeiro exemplo foi colhido de um julgamento muito importante que modificou o entendimento até então vigente de o condenado criminalmente só deveria iniciar o cumprimento da pena depois de esgotadas as vias recursais, com o trânsito em julgado da ação penal condenatória. A mudança de posicionamento teve por orientador, do Ministro-Relator Teori Zavascki, no Habeas Corpus nº 126.292 (SP), que assim argumentava:

> “Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.”

De acordo o trecho apresentado, é possível perceber que o Ministro opõe dois princípios. Um deles está previsto expressamente no artigo 5º, LVII, da CF – o

da presunção de inocência; o outro (princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado) não está previsto na Constituição Federal e sequer é acompanhado de uma definição mais detalhada. O que significaria exatamente tal princípio? Qual seria a sua justificativa? O que se tem é a mera indicação do (suposto) princípio e da afirmação de que ele seria aplicável ao caso. Ora, como decisão fundamental e com gravíssima repercussão na esfera penal, na apresentação discursiva há completa ausência de argumentação na conceituação do princípio e do motivo pelo qual ele seria aplicável ao caso.

De acordo com os pressupostos avaliativos indicados, é possível inferir que o julgador não observa o requisito do discurso moral (seja ele social ou justificado), isto é, falta a justificativa por trás dos valores que tornam concreto aquele princípio. Não há nenhum sentido definido e que pode ser apresentado concretamente à sociedade sobre o que seria o "princípio da efetividade da jurisdição penal". Também quanto ao critério da aceitabilidade das consequências, há um problema a se resolver: a argumentação deve esclarecer os critérios para que possa determinar a aplicação do mesmo fundamento aos casos futuros. Aqui, é impossível saber a quais casos futuros esse princípio seria aplicável, dada a obscuridade do sentido a ele atribuído.

O já citado caso da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298 traz um exemplo a ser considerado, nas palavras do Ministro Luiz Fux:

> "No caso em tela, a análise comparada do juiz das garantias demanda a observância de outras questões, como, por exemplo, (i) a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para a recepcionar o "Juiz de Garantias" (e.g. contingente processual, bem como os recursos humanos e financeiros disponíveis); (ii) a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise; (iii) as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta."

Mais detidamente, é possível verificar duas ideias básicas: o primeiro argumento seria pela impossibilidade de se admitir a nova lei porque, em princípio, o sistema judiciário brasileiro não seria capaz de absorvê-la por falta de recursos financeiros. O argumento que, em princípio é plausível, encontra um óbice nos

critérios de avaliação. Uma análise mais cuidadosa do critério da coerência, no sentido de se exigir do Ministro a mesma postura que ele já tomou ao decidir questões relevantes e que teriam importante financeiro no sistema judiciário.

Ao julgar matéria que envolvia grande investimento financeiro, o magistrado não demonstrou a mesma postura cautelosa em relação ao erário. Pelo contrário, ao pedir vista dos autos na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.393, suspendendo o julgamento da questão indefinidamente (desde 2012) o Ministro contribuiu para que as vantagens continuassem a ser pagas, ainda que importassem em grande esforço financeiro para custeá-lo e mesmo que fossem posteriormente declaradas inconstitucionais. Ora, a cautela com os recursos financeiros vale para um caso e não vale para o outro? Qual seria a justificativa? Como se vê, o critério da coerência não foi obedecido.

A mesma decisão, como destacado acima, traz uma interessante referência à necessidade de análise do direito comparado. E a própria análise realizada pelo Ministro é bastante curiosa em termos argumentativos. Em primeiro lugar o fundamento apresentado:

> Em uma análise comparada perfunctória, percebo que existe uma diversidade superlativa em relação a esse tópico. Em países que adotam o sistema acusatório no microssistema processual penal, há variações consideráveis em relação à distinção de competências entre os juízes que acompanham a investigação e os juízes que acompanham o julgamento. Há países, como a França, em que o juiz que acompanha as investigações tem competências investigativas que seriam inimagináveis no sistema brasileiro. Em outros sistemas europeus, o Ministério Público não se encontra em total independência do Poder Judiciário, podendo inclusive juízes pedirem remoções para ofícios ministeriais, o que de certa forma justificaria melhor o arranjo do juiz de garantias. Outros países, como a Inglaterra, não fazem qualquer distinção entre as fases pré-processual e processual, podendo um mesmo juiz acompanhar o processo desde a investigação até a sentença, mesmo nos casos não abarcados por júri.

Sobre o parágrafo apresentado, algumas observações são essenciais. Em primeiro lugar, sobre a injustificada escolha – ao menos em termos argumentativos – da comparação do sistema brasileiro aos sistemas europeus. Não está evidenciado o motivo da escolha dos países que serviriam de parâmetro comparativo.

Ademais, a explicação sobre o sistema de cada país (Inglaterra e França indicados expressamente) e dos “outros sistemas europeus” é feita de forma

absolutamente superficial. Não há qualquer aprofundamento sobre o contexto de funcionamento das instituições estrangeiras ou sequer explicação que justifique a comparação do papel que cada instituição desempenha no contexto do seu país. Seria correto fazer uma comparação quanto “a total independência” (ou não) do Ministério Público em relação ao Poder Judiciário? Existem as mesmas instituições nos países citados? E com as mesmas funções? Aqui, há um problema argumentativo básico. Não há elementos necessários e suficientes para comparar o funcionamento das instituições. Afirmar que há (ou não) (in)dependência entre Ministério Público e Poder Judiciário, no entanto, sem apresentar dados concretos – por exemplo, como previsão legal, práticas verificadas em estudos especializados etc. – é uma mera redução conveniente baseadas em escolhas arbitrárias e convenientes.

Partindo para uma análise referente à aplicação de um mesmo princípio e o conteúdo que se lhe atribui, é interessante comparar as duas manifestação abaixo, ambas produzidas pelo Ministro Alexandre de Moraes. A primeira delas foi proferida na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548 (DF):

> A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente “o cidadão poder se manifestar como bem entender”, e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado. (...)
> O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (Kingsley Pictures Corp. v. Regents, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Ressalte-se que mesmo as declarações errôneas estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

Ainda a respeito de liberdade de expressão, mas agora no contexto do Inquérito nº 4.781 (DF):

> O objeto deste inquérito é clara (sic) e específico, consistente na investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denunciações caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi* ou *injuriandi*, que atinjam a honorabilidade institucional do Supremo Tribunal Federal e de seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos

> Ministros, inclusive com a apuração do vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

O último trecho se refere a uma importante (e muito debatida) decisão tomada pelo Ministro no chamado Inquérito das *fake news*. Nesse contexto, é interessante observar como a leitura do direito de liberdade de expressão que o Ministro expressa, com forte e profunda convicção não encontra a mesma base no segundo caso. O problema aqui consistiria na falta de esclarecimento argumentativo que esclarecesse a aparente contradição a respeito dos limites da liberdade de expressão na decisão de um caso e na decisão do outro. Nesse passo, o problema estaria adstrito à falta de coerência na argumentação judicial.

Como derradeiro exemplo para análise, vale a leitura de trecho da manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário de nº 635.659 (SP):

> 4. Por isso, vou adiante para propor um critério quantitativo que sirva como referencial para os juízes. O Instituto Igarapé, em Nota Técnica – que me foi entregue pelo grande brasileiro e ex-Ministro da Justiça José Gregori – firmada por especialistas de áreas diversas – e que incluem o ex-Ministro da Saúde e médico José Gomes Temporão, a psicanalista Maria Rita Kehl e o economista Edmar Bacha – alertam que critérios objetivos muito baixos aumentariam o problema e propõem, como adequado para a realidade brasileira, uma quantidade de referência fixa entre 40 gramas e 100 gramas. Observo que 40 gramas é o critério adotado pelo Uruguai e 100 gramas o critério adotado pela Espanha. Em Portugal, país com uma bem sucedida experiência de mais de uma década na matéria, o critério é de 25 gramas.
> 5. Minha preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições. Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante. Presunção que pode ser afastada pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto. Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado.

Inicialmente, curioso notar a indicação de direito comparado sem uma análise mais detida e contextualizada da questão. Não há clareza sobre os motivos que o levaram a escolher tais países como parâmetro e muito menos razões para decidir porque a experiência nesses locais poderia ser importante (e adaptável) à situação brasileira.

Além disso, é possível notar claramente que o Ministro relata certa "preferência pessoal" em relação a uma determinada quantidade sem clara justificativa sobre o motivo da escolha. Alguns dados são apresentados anteriormente, mas não há a explicação da escolha por aquele peso especificamente. Isso para não falar de uma muito questionável "inovação" judicial, posto que há qualquer definição legal no sentido de limitação por quantidade na definição de usuário ou de traficante de drogas nos tipos penais que regulamentam a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão teórica acerca do Direito tem, entre outras funções, a de sugerir mudanças importantes, sobretudo com o fim de ajustar as práticas jurídicas e os seus institutos dogmáticos às necessidades sociais. Uma das mais importantes premissas da teoria do Direito tradicional é o do estatalismo como marca predominante do ordenamento jurídico, tal como é possível verificar no reconhecimento das normas jurídicas a partir da sanção jurídica, elemento que dependeria da atuação estatal no uso legítimo da força.

Contudo, uma análise mais detida da história jurídica ocidental demonstra que, justamente em sentido contrário, o tom fundamental da organização jurídica nas diversas sociedades é coexistências de grupos sociais com normas sociais distintas, em uma verdadeira visão no sentido do *realismo* do fenômeno jurídico.

O fato de se reconhecer o pluralismo jurídico como realidade e tônica da organização jurídica nas sociedades em diferentes contextos históricos — ainda que boa parte da doutrina tradicional insista em um formal monismo estatalista — é fundamental para que a teoria do Direito repense e reorganize vários dos instrumentais, a fim de se adaptar aos anseios das sociedades contemporâneas (plurais e com evidentes distinções entre os grupos sociais que as compõem).

Em vez de uma generalizada confusão (o que pode parecer quando se afirma que o Direito é produto de diferentes grupos sociais e não apenas do ente Estado) ou de uma aparente anomia, porém, as sociedades contemporâneas detêm instrumentos para adaptar seus ordenamentos jurídicos e suas práticas jurisdicionais a tais necessidades de organização.

Assim, é razoável admitir que as soluções para os problemas jurídicos não são definitivas e inequívocas ou que devem ser pensadas a partir de um único padrão de ser humano, em uma conformação genérica de sujeito jurídico. Ora, se as sociedades são complexas e compostas por diferentes grupos sociais, evidentemente que a produção concreta do Direito deve estar preparada para abarcar tal realidade. Isto é, devem ser preparados novos caminhos e meios para se obter decisões jurídicas com reconhecida limitação (de que não são a única solução possível) e que enfrentem problemas e anseios sociais reais, que levem em consideração valores morais presentes na sociedade e os conflitos em questão no

momento de se optar pela interpretação a ser realizada, pelo sentido a ser constituído.

Na condição de tópico essencial à própria Teoria do Direito (ou também chamada Introdução ao Estudo do Direito), a interpretação jurídica e a correspondente aplicação do Direito aos casos concretos levados a juízo não podem ficar alheias a essa imprescindível revisão teórica.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que os aplicadores/intérpretes do Direito não são meros coadjuvantes em sua função, no sentido de apenas "reproduzirem" ou "extraírem" sentidos jurídicos que já venham pré-estabelecidos pelos legisladores. As teorias hermenêuticas contemporâneas insistem na interpretação como uma construção do sentido em que o intérprete possui papel importante. Não se trata de um mero figurante, mas sim (ao menos) de um coadjuvante, senão protagonista.

Diante desse reconhecimento, como efeito imediato, é importante tomar como ponto de partida que o sujeito intérprete traz a sua visão de mundo e a sua experiência como elementos se reúnem aos demais para a realização da atividade interpretativa. Com isso, o intérprete se torna também responsável pela produção dos sentidos normativos.

Assim, eventuais construções discursivas evasivas ou tendencialmente generalizadoras não podem ser aceitas como habituais (tais como, *é evidente que...*), sobretudo quando decisões exigem escolhas morais. Em vez de pressupor que o intérprete, muitas vezes, apenas reproduz a moralidade que já se encontra nos textos normativos, é fundamental considerar que os seus juízos morais também são importantes e devem ser evidenciados nos momentos de decisão.

Por isso, não se espera que o julgador se abstenha de análises ou construções argumentativas que não tratem de valores morais (ou que lhes apresentem como consensuais e como óbvios, como um dado social); muito pelo contrário, o desejável é que o magistrado revele suas opções e construa sua fundamentação por meio de argumentação clara e sólida para justificar tais operações.

O benefício de tal postura é, em primeiro lugar, o de garantir maior acessibilidade às decisões judiciais. Sentenças, por exemplo, melhor fundamentadas e preocupadas com determinadas prescrições sobre como organizar

seus argumentos e evitar falácias tendem a evitar argumentos esdrúxulos e a serem mais compreensíveis aos leitores.

Tal condição não é suficiente para que as decisões sejam materialmente "melhores", porém é muito importante para que os debates jurídicos (que comumente não ficam restritos apenas a um debate puramente teórico-jurídico e acabam envolvendo análises morais importantes) sejam melhor compreendidos além da esfera jurídica.

Nesse sentido, a prática do Direito estaria mais alinhada à sua (necessária) legitimação democrática. Se decisões tomadas, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal envolvam (e com frequência isso ocorre) temas que passam pela discussão moral em sociedade (e.g., descriminalização no uso de substâncias entorpecentes, aborto), fundamentações mais preocupadas com parâmetros argumentativos mais claros — como os propostos por Manuel Atienza — tendem a ser mais acessíveis, o que facilitaria um maior debate público sobre as decisões a serem tomadas.

Além disso, parâmetros de avaliação argumentativa como os definidos por Atienza podem determinar maior atenção (e maior empenho) na construção argumentativa das decisões exaradas. Por exemplo, utilizando os critérios da universalidade, da coerência, da moral (social e justificada), os julgadores terão um ônus de justificar suas escolhas por meio de argumentação que exija um trabalho de integração com decisões anteriores (evitando, por exemplo, mudanças abruptas e contraditórias na jurisprudência).

Em um contexto democrático, cuja preocupação deve ser a de reconhecer a escolha majoritária dentro de padrões razoáveis (por exemplo, com respeito aos direitos das minorias), é essencial que a justificativa das decisões seja apresentada de forma compreensível, não apenas no cuidado com a linguagem excessivamente rebuscada, mas especialmente na clareza dos argumentos que determinaram a escolha pela solução definida judicialmente.

Dessa forma, ao construir determinados significados e expô-los de forma clara, os juízos tomados pelos magistrados passam a ser abertos, observáveis e "controláveis" pelo debate público ampliado, extravasando os limites do campo dos juristas, pois se uma determinada decisão envolve escolhas morais importantes, não há qualquer justificativa para que apenas juristas e alguns poucos sujeitos (considerando a proporção de magistrados em relação ao número total da

população brasileira) detenham o poder de fazer tais escolhas e que essas decisões se tornem vinculantes às vidas de milhões de cidadãos.

O raciocínio é o seguinte: se os tribunais e juízos são órgãos que compõem a estrutura estatal e a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que a forma de governo será a republicana (em que a eleição dos representantes se dá por meio do exercício do direito ao sufrágio) e o país se constitui em Estado democrático de Direito, espera-se que os agentes ocupantes dos cargos de exercício da jurisdição cumpram o seu ofício em prol da sociedade, considerando os interesses sociais, comprometidos com os valores em debate no espaço público.

O referido controle, deve estar claro, não significa que os tribunais e juízes devem julgar conforme a vontade de uma maioria estabelecida em cada caso. Há diversos casos, aliás, em que a função do Poder Judiciário deve ser justamente a de decidir contrariamente à vontade da maioria, se tal decisão contramajoritária estiver amparada em direitos fundamentais ou em direitos humanos. Por isso, “controle” significa possibilidade de análise detida, de acesso aos reais fundamentos da decisão, para que, então, seja possível levar a discussão da decisão a esferas mais amplas, em verdadeiro exercício democrático.

Ademais, o simples debate sobre tais decisões e os seus fundamentos não necessariamente contribuem para o debate público. Nesse sentido, é muito importante que os debates sejam propostos e tratados a partir do trabalho dialético (ou dialógico), apresentando as razões e verificando criticamente cada uma delas, eventualmente propondo alternativas ou apontando falhas no raciocínio exposto pelo julgador. Essa postura é adequada à noção de democracia deliberativa, por considerar que o espaço público deve ser o campo, por excelência, da argumentação racional quando se trata de escolhas que tenham impacto socialmente relevante.

A noção de democracia deliberativa, nesse contexto, é fundamental quando se trata de reconhecer que as sociedades contemporâneas são constituídas por diferentes grupos sociais (todos com suas particularidades e regras próprias) e que, para que seja possível a convivência em certa harmonia, imprescindem de meios de solução para o reconhecimento de determinadas normas jurídicas como válidas por toda a sociedade (e não apenas entre pequenos grupos sociais).

Assim, a aplicação concreta do Direito por meio dos órgãos jurisdicionais também deve observar um cuidado argumentativo no sentido de tornar tais decisões acessíveis a um maior debate público.

Nesse sentido, os critérios delineados por Manuel Atienza têm a finalidade de avaliar as argumentações jurídicas concretas

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Retórica**. Aristóteles prefácio e introdução de Manuel Alexandre Júnior; tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BARBIER, N. W. **Populist Leaders and Political Parties**. German Law Journal, Vol. 20, 2019. Disponível em https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/populist-leaders-and-political-parties/BA883B7AE8798F07E88F85FB66111741

BITTAR, Eduardo. C. B. **Introdução ao estudo do Direito**: humanismo, democracia e justiça. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARDOSO, Zelia de Almeida. **Iniciação ao Latim**. 6ª ed. São Paulo: Ática, 2009.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. Trad. de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. 1ª ed. 2ª reimpressão. – São Paulo: Contexto, 2016.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação e discurso**. Bakhtiniana, Rev. Estud. Discurso vol.9 no.1 São Paulo Jan./July 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-45732014000100005

FUKUYAMA, Francis. **Why Is Democracy Performing So Poorly?**. Journal of Democracy. Vol. 26, nº 11, 2015. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/why-is-democracy-performing-so-poorly/>

GODOY, Miguel Gualano de. **A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas**. In: Revista Co-herencia. Vol. 8, Nº. 14. Medellín, 2011.

GONZÁLEZ, I. et al. **Filosofia política**. In: GALVÃO, Pedro (Org.). Filosofia: uma introdução por disciplinas. Lisboa: Edições 70, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GROSSI, Paolo. **Absolutismo jurídico** (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). Revista Direito GV. Vol. 1. Nº 2., 2005. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/download/35235/34035/68252

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. São Paulo: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2ª ed. rev. e atual. trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Traduzido por Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica**: técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **The constitucion of deliberative democracy**. Yale University, 1996.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 3ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRENDERGAST, David. **The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism**. German Law Journal, vol. 20, 2019. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Accountability e independência judiciais**: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Rev. Sociol. Polit. [online]. 2013, vol.21, n.45, pp.29-46. ISSN 0104-4478. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Entre o paroxismo de razões e razão nenhuma**: paradoxos de uma prática jurídica. Revista quaestio juris, 2015. Disponível em: http://www.e- publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20940. Consulta em 09/07/2019.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 3ª ed. [Reimpr.]. – Rio de Janeiro: LTC, 2010.

SCHEPELLE, Kim Lane. **Autocratic Legalism**. The University of Chicago Law Review, 2018. Disponível em: https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. – Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

STAUT JR, Sérgio Said. **Quem tem o poder de dizer o direito**: os princípios jurídicos entre legisladores e juristas. In: CUNHA, J. S. Fagundes. O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? – 3. ed. Porto Alegre.: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a sua linguagem**. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.