

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA ARGUMENTATIVA PARA UM DIREITO PLURAL E DEMOCRÁTICO

CONTRIBUTION OF THE ARGUMENTATIVE THEORY TOWARDS A PLURAL AND DEMOCRATIC LAW

Rafael de Oliveira Gogola

Especialista em Direito e Processo Civil pelo Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Assistente no curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Editor adjunto da Revista Direito UTP.

Resumo: O trabalho destaca a necessidade de uma ordem jurídica reconhecida e efetivamente pluralista e democrática. Para o desenvolvimento dessa nova compreensão e organização do Direito são apresentados e criticados alguns dos pressupostos da teoria clássica do Direito. Posteriormente, é apresentada a teoria argumentativa como um instrumento essencial para essa mudança de perspectiva da teoria jurídica e são indicadas as suas importantes contribuições nessa mudança de paradigma da teoria do Direito.

Palavras-chave: Argumentação Jurídica. Decisão judicial. Democracia. Pluralismo Jurídico. Teoria do Direito.

Abstract: The paper highlights the need for a recognized and effectively pluralist and democratic legal order. For the development of this new understanding and organization of Law, some of the assumptions of the classical Theory of Law are presented and criticized. Subsequently, argumentative theory is presented as an essential instrument for this change in perspective of legal theory and its important contributions in this paradigm shift in the theory of law are indicated.

Keywords: Legal Argumentation. Judicial decision. Democracy. Legal pluralism. Legal. Theory.

INTRODUÇÃO

Para melhor compreender o intento do trabalho é importante fracioná-la em algumas questões essenciais: (1) O que efetivamente seria uma ordem jurídica pluralista e democrática e qual a sua importância no contexto jurídico brasileiro? (2) Ademais, como uma teoria argumentativa (por melhor que seja) poderia contribuir para esses ideais de pluralismo e democracia? (3) Entre tantas possíveis teorias argumentativas, quais motivos justificam a escolha do pensamento do Dr. Manuel Atienza como objeto de estudo e como possível resposta aos imperativos democráticos e plurais? Essas reflexões serão examinadas ao longo do trabalho de pesquisa tendo como pressupostos as seguintes preocupações teóricas.

Conforme escreveu o Dr. António Manuel Hespanha na obra "Pluralismo Jurídico e Direito Democrático", 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." (HESPANHA, 2013, p. 10).

Ora, se o direito deve ser visto como plural, toda a dogmática jurídica também precisa ser repensada para adequar-se a este paradigma, pois os instrumentos técnicos para a

interpretação e aplicação do direito (ou dos direitos, em um contexto jurídico pluralista) devem estar alinhados à visão essencial da natureza do fenômeno jurídico (HESPANHA, 2013, p. 10).

Neste ponto, surge uma questão fundamental: se existem vários direitos em uma mesma sociedade, é correto admitir que todos são necessariamente válidos para todos os cidadãos? A resposta é negativa. Embora 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 Hespánha (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 Hespánha:

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 neutras e geralmente aceites. (HESPANHA, 2013, p. 123).

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.

A IMPORTÂNCIA NO CONTROLE DA PRODUÇÃO JURÍDICA REALIZADA PELAS CORTES

A propósito, em parte corroborando algumas das observações do Dr. António Manuel Hespanha, o professor Dr. 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”.

Na sequência, 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, as decisões em 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.

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 pelo Dr. António Manuel Hespanha. 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 pelo Dr. José Rodrigo Rodriguez.

Assim, 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 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 qualquer exposição, este trabalho tem por finalidade apresentar, de maneira introdutória, a teoria argumentativa do Dr. Manuel Atienza em razão dos seguintes atributos.

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, 2016).

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.

E, a par de tudo o que foi dito, reforça o Dr. Manuel Atienza (2014, p. 25) 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. 26).

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

No contexto deste trabalho, 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 introdução aqui realizada por este trabalho – 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.

Do mesmo modo, 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 incide sobre o “modo de como se deve argumentar” nas decisões judiciais a fim de possibilitar resultados fortalecedores de um pluralismo democrático.

Portanto, as contribuições do jurista espanhol Dr. Manuel Atienza podem auxiliar a fixar critérios razoavelmente seguros para a construção dos discursos jurídicos argumentativos no exercício do Poder Jurisdicional.

OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE MANUEL ATIENZA

Para compreender o alcance de tal contribuição, é necessário observar que toda e qualquer teoria argumentativa deve ser observada em suas diferentes concepções: formal, material e pragmática (ATIENZA, 2013, p. 13). Tais concepções podem ser assim delineadas: a concepção

formal, afeita à lógica dedutiva clássica, trata das relações entre as premissas e conclusões como operação formal do pensamento; a concepção material, por sua vez, procura esclarecer a definição dos “diferentes” pesos dos argumentos, pois, em casos complexos, entre algumas soluções possíveis, é necessário pensar sobre os critérios utilizados para definir os “substancialmente melhores” argumentos, está relacionada à atribuição de valor a cada argumento; por fim, a concepção pragmática está ligada ao aspecto suasório, deixando de lado o discurso “formal” para compreender os efeitos produzidos pelo argumentante em relação ao seu auditório. Tal ideia pode ser relacionada ao efeito retórico da argumentação (ATIENZA, 2013, p. 13).

Após esclarecer em linhas gerais as diferentes concepções sobre o tema, o autor citado propõe alguns critérios “mais importantes (e mais problemáticos)” para a avaliação (*evaluación*) da argumentação jurídica concreta (ATIENZA, 2016, p. 554). Os critérios de avaliação argumentativa para Manuel Atienza seriam: *universalidade, coerência, aceitabilidade das consequências, moral social e moral justificada*.

A ideia de universalidade estaria ligada ao ideal de critério uniforme (universal), em outras palavras, a *ratio decidendi* deve ser observada em todos os casos semelhantes. 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, 2016, p. 555).

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.

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, 2016, p. 562).

Assim, elencar tais critérios oferecidos pelo autor, submetê-los à análise rigorosa pode revelar suas eventuais virtudes (ou defeitos) na tentativa de “regulamentar” a produção argumentativa judicial com parâmetros claros e razoáveis, a fim de reforçar o convencimento dos jurisdicionados ou, pelo menos, garantir-lhes respostas judiciais mais claras e íntegras por serem melhor fundamentadas, do ponto de vista argumentativo.

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 conseqüentemente da postura do magistrado em suas decisões) presentes história jurídica ocidental da modernidade.

AS CONSEQUÊNCIAS DE SE COMPREENDER O DIREITO (E AS DECISÕES JUDICIAIS) COMO PRÁTICA DISCURSIVA E CRIATIVA

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 em forte respeito ao princípio da segurança jurídica (BOBBIO, 2006, p. 38).

Entretanto, é necessário considerar um contraponto. 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 lembrar o que escreveu o jurista austríaco Hans Kelsen, um dos maiores pensadores do direito do século XX, sobre a função do julgador, ainda que destacasse a importância de uma “pureza de método” em que o intérprete deveria se abster de juízos políticos no momento de “conhecimento” (estudo) do direito, afirma que a função dos juízes não é a de mera declaração do texto legal. Assim, afirma Kelsen (2009, p. 264):

“Uma decisão não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter 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 carácter simplesmente declarativo, mas um carácter 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 inter cruzam (...), 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 Hespánha (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, unívoco, posto que fiel cópia do enunciado legal, é essencial buscar compreender a atuação dos juizes 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.

UM POSSÍVEL CAMPO DE ESTUDOS: A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE ARGUMENTATIVO EM DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMO ÓRGÃO QUE PROFERE MUITAS DECISÕES MONOCRÁTICAS

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 temos 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) proferida¹.

¹ Os autores indicam as prerrogativas, no texto original, como agenda setting, position taking e decision making.

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 expungar 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.

Depois de conhecer alguns aspectos da dinâmica do STF que contribuem para decisões individuais do Ministros, em vez de uma decisão colegiada da corte, é importante passar para a análise dos argumentos apresentados em algumas importantes decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese do que foi anteriormente exposto – tendo em vista sua natureza introdutória –, é possível concentrar as ideias da seguinte forma: considerando a realidade da atuação do Poder Judiciário brasileiro ao fundamentar suas decisões (o que evidentemente deve mais específico em pesquisas determinadas que envolvam o tema) indica alguns pontos iniciais importantes – forte individualização e desatenção com as razões de decidir (*rationes decidendi*), apelando para fortes convicções individuais em detrimento de critérios objetivos e já observados na jurisprudência (muitas vezes daquela mesma corte).

Um espaço de estudos que permita desenvolver critérios argumentativos pode auxiliar, como exposto, fundamentalmente em dois elementos: maior acesso e compreensão do público em geral às decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário e maior preocupação argumentativa de controle do próprio campo jurídico em relação à redação de decisões com fundamentação que recorra a falácias ou a argumentos débeis.

Algumas questões podem ser colocadas para subsidiar futuras pesquisas: os parâmetros de avaliação da argumentação jurídica sobre decisões judiciais apresentados por Manuel Atienza podem contribuir (e de que forma) para o fortalecimento de um Direito pluralista e democrático? Os parâmetros de avaliação argumentativa (universalidade, coerência, aceitabilidade das consequências, moral social e moral justificada), propostos pelo referencial teórico, de fato, podem contribuir para realizar um controle das decisões jurídicas? Tal controle realizado para garantir a previsibilidade e maior inteligibilidade das decisões tomadas no âmbito da função jurisdicional não pode acabar cerceando a construção argumentativa dos magistrados? Concretamente, um exercício argumentativo com fundamentos e critérios claros potencializa a tomada de decisões racionais, afastando apelos aos aspectos meramente emocionais? Por fim, o cuidado em cumprir o ônus argumentativo possibilitaria ao julgador enfrentar razões contrárias de forma séria e objetiva, ampliando o respeito a posicionamentos distintos dentro da própria sociedade?

Como sustentado neste trabalho, algumas das respostas (ainda que preliminares) estão sugeridas no texto – e nessa função pretendem fazer instigar e fomentar um diálogo a respeito dos tópicos propostos. O que é certo, entretanto, é que o debate a respeito da construção argumentativa das decisões judiciais é essencial para pensar em um possível caminho para uma atuação mais próxima de um “fazer jurídico” mais democrático e pluralista, porquanto mais inteligível e mais preocupação com a racionalização e ampliação do debate.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **“The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory.”** In.: GLOBAL CONSTITUTIONALISM, v. 7, p. 236-262, 2018.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Prefácio, introdução, 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, 2016.
- ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- 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**. - 1ed. 2ª reimpressão. – São Paulo: Contexto, 2016.
- 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. **Primeira lição sobre direito**. São Paulo: Forense, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.
- 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.
- NINO, Carlos Santiago. **The constitution 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.
- 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/quaestiojuris/article/view/20940>. Consulta em 09/07/2019.
- SALMON, Wesley C. **Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 3ª ed. [Reimpr.]. – Rio de Janeiro: LTC, 2010.
- SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. – Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Contraponto, 2016.
- 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.