

Nagibe de Melo Jorge Neto

UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

**Fundamentação,
Legitimidade e Justiça**

2^a edição
revista e atualizada

2019

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO: ALGUMAS DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

Dizer o que é a decisão judicial parece bastante simples. De modo geral, parece não haver qualquer problema em defini-la. A matéria não é objeto de estudo ou problematização sob este ângulo e seria estranho ou sem sentido uma pergunta do tipo “o que é a decisão judicial?”, mesmo que essa pergunta fosse dirigida a um estudante de Direito. A decisão judicial pode ser definida simplesmente como a decisão que os juízes ou outros órgãos do Poder Judiciário tomam no curso de um processo judicial, civil ou penal.

Esta é uma definição do ponto de vista do Direito processual, a partir de uma perspectiva do Direito positivo. Do ponto de vista do Direito processual faz sentido abordar ainda os requisitos da decisão judicial, seus elementos constitutivos, tratar das hipóteses de nulidade, da forma como deve ser construída etc. A partir dessa perspectiva estamos definindo não o ato linguístico enquanto ato de que participam, por meio do discurso, as partes da relação processual, o juiz e, eventualmente, os tribunais. Estamos definindo a decisão judicial a partir, simplesmente, de sua configuração normativa, a partir do ordenamento jurídico e não a partir das operações linguísticas que acabam por lhe constituir. Sendo assim, a decisão judicial estaria sendo vista como um ato normativo que faz parte de um conjunto de outros atos normativos, o ordenamento jurídico, e que é produzido de acordo com esse mesmo sistema normativo.

Sem dúvida nenhuma que essa é uma perspectiva elementar e de grande importância para a compreensão da decisão judicial, mas

é certamente incompleta para uma mais profunda compreensão do fenômeno. Antes de ser um ato normativo, a decisão judicial é um ato linguístico, uma vez que ocorre por meio da linguagem e utiliza-se de signos linguísticos. A filosofia da linguagem ou filosofia analítica que se desenvolveu a partir da primeira metade do século XX impactou de modo importante todas as ciências humanas, dentre elas o Direito. Já não é possível um estudo das normas jurídicas, por exemplo, dissociado da compreensão da linguagem.

A filosofia da linguagem deu-nos a percepção de que o pensamento, a comunicação e, portanto, o conhecimento humano somente são possíveis por meio da linguagem¹. Como são mediados pela linguagem, o conhecimento e a comunicação estão também condicionados e limitados por ela. Conhecer qualquer objeto, inclusive as normas jurídicas e as decisões judiciais, é, de certo modo, conhecer a relação possível do objeto com a linguagem, o modo como ele está limitado e condicionado pela linguagem. Nas palavras de Streck, “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento”². Para Manfredo Oliveira, “a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo”³.

O objetivo do presente capítulo é esclarecer e delimitar alguns termos e conceitos que serão utilizados ao longo do trabalho, aqueles que estão intimamente relacionados com o objeto do trabalho. O presente trabalho tem por objetivo oferecer uma teoria da decisão judicial como ato argumentativo-pragmático. Nesse sentido, todos os capítulos são, em alguma medida, justificativa para o uso do termo “ato argumentativo-pragmático”. Mas, antes mesmo de oferecer essa justificativa, é preciso delimitar alguns conceitos. Caso contrário,

1. Para uma visão detalhada da filosofia da linguagem e seus principais desenvolvimentos no último século cf. OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001; e SOAMES, SCOTT. *Philosophy of language*. Princeton: Princeton University Press, 2010.
2. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 160.
3. OLIVEIRA, Manfredo. Op. cit. p. 13.

é impossível saber com precisão o que se quer justificar, em que sentido ou a partir de qual perspectiva se defende o que se defende. Em primeiro lugar, se faz necessário um esclarecimento dos termos semântica, sintática e pragmática, tomados de empréstimo da teoria dos signos. Esses termos parecem bastante adequados para iluminar três perspectivas diferentes da decisão judicial.

Em seguida, esclareceremos o significado de “ato argumentativo-pragmático”, como a estabelecer uma hipótese, já que o restante do trabalho estará como a justificar o uso dessa expressão. Em que sentido afirmamos que a decisão judicial é um ato argumentativo-pragmático? Por fim, estabeleceremos um corte epistemológico relacionado ao conteúdo da decisão. A decisão judicial ocupa-se de fatos, de normas ou de fatos e normas conjuntamente. A teoria desenvolvida neste trabalho ocupa-se do ato argumentativo-pragmático que estabelece o Direito, da decisão judicial na parte que soluciona a controvérsia jurídica. Embora muito do que será dito acerca da argumentação jurídica e do modo como se constrói a decisão judicial seja válido tanto para resolução das controvérsias fáticas como jurídicas, a análise dos fatos e da prova, o problema da verdade judicial, merece estudo em separado.

Sendo assim, cabe a pergunta: como pode ser compreendida a decisão judicial a partir de uma perspectiva que englobe a concepção linguística?

1.1. AS DIMENSÕES SEMÂNTICA, SINTÁTICA E PRAGMÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL: UM PARALELO COM A TEORIA DOS SIGNOS

O estudo da linguagem está ligado, em grande parte, ao estudo dos signos. Entende-se signo como o objeto escrito, falado ou gestual, que designa outro objeto concreto ou abstrato. O estudo dos signos desenvolve-se em muitos ramos, abrangendo disciplinas que vão da filosofia à comunicação social, passando pela literatura, sob a denominação de semiótica⁴.

4. Para uma ideia acerca da abrangência da semiótica cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003, onde o autor oferece uma abordagem unificada

A SEMÂNTICA DA DECISÃO JUDICIAL: INDETERMINAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE¹

Quando enxergamos a decisão judicial sob o seu aspecto puramente semântico, ou seja, a partir da relação que se estabelece entre os signos linguísticos que constituem a decisão e os objetos que são representados por esses signos, vemos a decisão mais como um ato intelectual subjetivo, realizado de modo solipsista, que como um ato produzido em conjunto por meio da comunicação intersubjetiva. O julgador seria o produtor da decisão judicial a partir de sua atividade intelectual, esteja essa atividade intelectual mais relacionada com a faculdade da vontade ou com a faculdade da razão. Essa concepção ignora, contudo, o papel das partes que participam da relação processual e do discurso que tem lugar entre as partes e o juiz no processo judicial e que redundará na produção da decisão judicial.

Em um aspecto puramente semântico, a decisão judicial poderia ser definida como a operação pela qual o julgador interpreta os objetos do mundo (fatos e normas) para oferecer solução jurídica a um caso concreto. É aqui que surge com toda a força o problema hermenêutico. Utilizamos o termo hermenêutica como ciência da interpretação, especialmente, ciência da interpretação das normas

1. Parte das ideias deste capítulo foi desenvolvida como aproveitamento à disciplina Hermenêutica Jurídica, ministrada pela prof.^a Dr.^a Juliana Diniz, no programa de pós-graduação em Direito da UFC, no segundo semestre de 2013 e posteriormente publicada em JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? In: *Direito Constitucional: novo Direito constitucional*. Org. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015(col. Doutrinas Essenciais, vol. 7). p. 1323-1346.

jurídicas, sem desconhecer o amplo alcance filosófico do termo². Chamamos problema hermenêutico ao conjunto de questões acerca das possibilidades e limites da interpretação jurídica, que envolve a interpretação feita pelos juristas em geral e, em particular, pelos juízes. O juiz deve ater-se à literalidade do texto? O juiz pode construir regras a partir de princípios³? A democracia tolera uma visão não-interpretacionista da Constituição⁴? Os julgadores devem adotar uma interpretação formalista⁵ ou substancialista da Constituição?

2. Segundo Palmer, “[P]orque evoluiu nos tempos modernos, o campo da hermenêutica tem sido definido pelo menos de seis maneiras diferentes. Desde o começo que a palavra significou ciência da interpretação, referindo-se especialmente aos princípios de uma exegese de texto adequada. Mas o campo da hermenêutica tem sido interpretado (numa ordem cronológica pouco rigorosa) como: 1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguística; 4) uma base metodológica dos *Geisteswissenschaften*; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos, utilizados pelo homem para alcançar o significado subjacente aos mitos e símbolos”. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 43.
3. Sobre a diferença entre regras e princípios e o debate acerca das possibilidades hermenêuticas envolvidas no preenchimento da textura aberta dos princípios cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. [Tradução: Nelson Boeiras]. São Paulo: Martins Fontes, 2002; NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013; e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
4. Segundo Ely, “[h]oje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não-interpretacionismo’ – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucional*. [tradução: Juliana Lemos]. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.
5. Sobre o formalismo e os debates ao redor do formalismo cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103. O formalismo caracteriza-se basicamente pelo respeito à literalidade do texto normativo, enquanto o substancialismo procura o espírito ou o sentido por trás do texto. Segundo Schauer, “[u]ma concepção vê o vício do formalismo como uma recusa por parte do tomador de decisão, formulada em termos de obediência a regras claras, em reconhecer a feitura de qualquer tipo de escolha. Regras, no entanto, quando seguidas, podem negar liberdade de escolha ao tomador de decisão. Regras são capazes de limitar a escolha, e tomadores de decisão são capazes de acatar essas limitações. Essas limitações decorrem, na maioria das vezes, da linguagem literal da

O objeto deste capítulo é apresentar o debate acerca do que se poderia chamar de poder hermenêutico dos juízes, ou seja, o poder que decorre das possibilidades que os julgadores têm enquanto intérpretes das normas. Este debate tem estado no centro dos estudos da teoria do Direito, da filosofia do Direito e da hermenêutica jurídica há pelo menos duzentos anos. Já de saída põe-se a questão de saber se os juízes apenas interpretam ou criam o Direito. Ou em toda interpretação estaria escondido um ato de criação? Kelsen chamou a interpretação feita pelos juízes de interpretação autêntica, por ser a interpretação feita por quem, ao interpretar e aplicar, cria o Direito. Segundo Kelsen, “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”⁶. Para Kelsen, as decisões judiciais encerram sempre algum grau de indeterminação e criatividade. Os juízes seriam, portanto, criadores da norma jurídica.

O problema hermenêutico, por outro lado, está intimamente ligado à questão da legitimidade da decisão judicial e seus instrumentos de controle. Ele igualmente encerra o problema do ativismo judicial. Até que ponto os juízes estariam autorizados a adotar uma postura ativista ou, seja, que vá além das possibilidades interpretativas mais evidentes? Além de um aspecto político, relacionado à separação de poderes, que aqui será meramente tangenciado⁷, o ativismo tem

formulação de uma regra, pois considerar uma regra como sendo algo diferente da formulação da regra, ou pelo menos o sentido da formulação da regra, é equivalente a negar a própria ideia de regra”. SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico*: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

6. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 394. E ainda: “Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pelo ciência jurídica”. Idem, ibidem. p. 388. Bem como: “Da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito”. Idem, ibidem. p. 965.
7. Para uma abordagem mais ampla do aspecto político que envolve o problema da separação dos poderes cf. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. [tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005; BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. [tradução: Aduato Villela e Geraldo de Carvalho]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de

É importante destacar que o consequencialismo vai estar sempre inserido em um jogo argumentativo que segue regras próprias. As consequências advindas de uma ou outra decisão, os valores que serão promovidos ou enfraquecidos deverão sempre ser demonstrados por dados minimamente objetivos, mas estarão sujeitos a um embate argumentativo. Em última análise, será a argumentação, as razões e as contrarrazões oferecidas para fundamentar as decisões judiciais, ainda que essas razões sejam consequencialistas, que serão capazes de legitimar a atividade criativa dos juízes. Mesmo uma abordagem consequencialista não dispensa a consideração às regras lógico-argumentativas como instância de legitimação da atividade criativa dos juízes.

2.7. A INSUFICIÊNCIA DOS MÉTODOS HERMENÊUTICOS

Parece suficientemente demonstrado que os métodos hermenêuticos desenvolvidos ao longo dos últimos séculos não conseguiram estabelecer com clareza um critério de justiça e correção da decisão judicial, conseqüentemente não conseguiram estabelecer razoavelmente um critério de legitimação da decisão judicial. Disso não decorre absolutamente que tais métodos não sejam de fundamental importância para a compreensão do Direito e para o esclarecimento das possibilidades interpretativas da norma e da aplicação da Lei. Apesar desses esforços, o certo é que sempre resta um espaço de discricionariedade ao julgador e há muitas divergências seja sobre a oportunidade e justiça do método hermenêutico proposto, seja sobre a correta aplicação dos métodos, mesmo quando há razoável consenso sobre qual método utilizar.

Streck reconhece que “a discussão acerca da hermenêutica jurídica, é dizer, do modo-de-fazer-Direito-cotidianamente, está forjada na ideia de que é possível atingir a verdade, a *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*, a fiel *mens legislatoris...*”¹³⁷. Esse é precisamente o paradoxo do problema hermenêutico. De um lado, tem-se a ideia de que é possível atingir a verdade e a justiça como entes de existência

137. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.153.

independente da construção ou intervenção humana; de outro, temos o reconhecimento de que nenhum método é completamente eficaz para o descobrimento da verdade ou da justiça. Kelsen é incisivo quanto a este último ponto. Para ele, “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”¹³⁸.

Kelsen é absolutamente cético quanto à possibilidade de, frente às diversas possibilidades de significação verbal de uma norma, apenas uma delas possa ser destacada como correta. Para ele, o problema da interpretação correta não é sequer “um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”¹³⁹. De notar-se que o problema da interpretação correta traz em si o problema da decisão judicial correta, já que a decisão judicial nada mais é que a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica. Segundo Kelsen, “[a] tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)”¹⁴⁰. A diferença entre o poder de escolha do legislador e o poder de escolha dos juízes, segundo Kelsen, seria apenas uma diferença quantitativa e não uma diferença qualitativa, na medida em que os juízes estão mais vinculados à lei que os legisladores à Constituição¹⁴¹.

Como vislumbrou Kelsen há quase cem anos, o problema acerca da decisão judicial correta é um problema político. Isso significa, todavia, que tal problema esteja fora da esfera de preocupação do Direito ou que não possa ser resolvido segundo critérios racionais? Em verdade, a filosofia da linguagem, sobretudo a pragmática linguística, e as teorias da argumentação jurídica abriram espaço para a resposta negativa a essas questões. No contexto do pós-positivismo, o político tem uma importante dimensão jurídica, assim como o jurídico tem uma importante dimensão política. Quando as cortes decidem sobre direitos e princípios estão influenciando e conformando políticas pú-

138. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* [tradução João Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 392.

139. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 393.

140. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 393.

141. Idem, *ibidem*.

ônus argumentativo não só com relação aos argumentos oferecidos pelas partes, mas também com relação aos argumentos oferecidos pela decisão recorrida. No exemplo mencionado, se a decisão de segundo grau reformar a decisão de primeiro grau, deverá oferecer razões capazes de, pelo menos em tese, infirmar as premissas (3) ou (7), devendo rebater todas as premissas utilizadas pelo julgador de primeiro grau que não fiquem logicamente invalidadas pelos argumentos usados pela decisão de segundo grau.

Alguns tópicos atrás definimos argumento como “uma série conectada de sentenças, declarações ou proposições (chamadas premissas) com que se pretende dar razões de algum tipo a uma sentença, declaração ou proposição (chamada conclusão)”⁷⁸. A questão jurídica é a controvérsia que envolve a não aceitação da premissa ou da conclusão utilizada no argumento. Se a aceitação da conclusão ou de uma de suas premissas foi contestada pela parte ré, é dever do juiz desincumbir-se do ônus argumentativo e oferecer argumentos capazes, pelo menos em tese, de justificar o uso das premissas ou a aceitação da conclusão.

Uma vez que o juiz se desincumba do ônus argumentativo, a decisão estará adequadamente fundamentada. Isso não quer dizer, contudo, que a decisão estará correta ou, tampouco, que a decisão será a única decisão correta, mas que os argumentos utilizados pela decisão terão sido utilizados adequadamente, de uma perspectiva lógico-argumentativa e que, por isso, será fácil submetê-los ao escrutínio das partes, da comunidade acadêmica e dos demais órgãos do Poder Judiciário. Por meio desse exercício argumentativo transparente seria possível alcançar maior legitimidade na atividade criativa dos juízes.

3.2. DECISÃO JUDICIAL COMO DISCURSO RACIONAL

No tópico anterior vimos que, quando decidem, os juízes argumentam, ou seja, oferecem razões que possam justificar suas conclusões. Os advogados, quando fazem seus pedidos aos juízes, também oferecem razões que possam justificar esses pedidos. Tanto juízes

78. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding arguments: an introduction to informal logic*. 8 ed. Belmont: Wadsworth, Cengage Learning, 2010. p. 3.

como advogados estão envolvidos, de modo ligeiramente diferente, no mesmo jogo de linguagem: eles argumentam, tentam justificar suas posições e convencer, imediatamente, aos demais participantes da relação processual e, mediamente, a sociedade em geral que seus pontos de vista são os mais adequados para a solução da controvérsia posta em julgamento. A decisão judicial é, portanto, um ato argumentativo. Mas isso não descreve suficientemente o fenômeno.

Uma teoria que descreva a decisão judicial simplesmente como ato argumentativo seria uma teoria claramente insuficiente. Isso porque a argumentação não acontece isoladamente. É impossível argumentar sozinho. A argumentação de alguém consigo próprio é um ato subjetivo, um pensamento intelectual que ainda não foi exteriorizado. A argumentação é, por excelência, um ato intersubjetivo, uma vez que é preciso que se dê entre, pelo menos, duas pessoas. A argumentação acontece no contexto de um discurso, entendido por discurso, nesta primeira aproximação, qualquer conjunto de atos de comunicação entre pessoas, com um fim determinado. Sendo assim, uma teoria da decisão judicial minimamente abrangente deve abarcar também o contexto em que acontece a argumentação, ou seja, o discurso.

O estudo do discurso humano tem uma sólida e extensa base filosófica que remonta a Aristóteles. No *Órganon*, obra monumental em que funda as bases e os critérios do pensamento racional, Aristóteles classifica os discursos humanos, pelo menos os mais importantes, em quatro tipos: analítico, dialético, retórico e poético. Segundo Dalla-Rosa, “discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar sua própria esfera”⁷⁹. Para Höffe, a silogística, a dialética aristotélica, a retórica e a poética “são modos nos quais se apresenta o saber humano, ou seja, formas de racionalidade”⁸⁰.

O discurso analítico ou lógico-formal parte de premissas tidas como absolutamente certas (certeza apodítica), está presente nas ciências matemáticas e na lógica formal e tem como objetivo

79. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002. p. 25.

80. HÖFFE, Otfried. *Aristóteles* [tradução Roberto Hofmeister Pich]. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 51.

a verdade. No discurso analítico não há propriamente descoberta de algo novo, já que ele parte de premissas verdadeiras para uma conclusão que é apenas um desdobramento ou uma explicitação daquelas premissas. Já o discurso dialético parte de premissas apenas prováveis. As premissas são possíveis, verossímeis ou factíveis, mas não há certeza absoluta quanto a elas. Parte-se dessas premissas para se chegar a uma conclusão ou desenvolver uma teoria. O discurso dialético está presente mesmo nas ciências exatas, como a física ou a química, e dele depende o desenvolvimento das ciências, pois adquire-se o conhecimento a partir do que é apenas provável ou verossímil. Ao estabelecer uma hipótese para a extinção dos dinossauros, por exemplo, os estudiosos partem de premissas a maioria delas apenas provável. De igual modo, ao descrever a partícula que ficou conhecida como bóson de Higgs, o cientista britânico Peter Higgs partiu de um modelo conceitual não completamente demonstrado, conhecido como modelo padrão, que descreve apenas em parte a física das partículas subatômicas. Essa teoria foi posteriormente confirmada a partir de experimentos complexos realizados no Grande Colisor de Hadrons (Large Hadron Collider – LHC) da Organização Europeia para a Pesquisa Nuclear, o CERN (Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire), possibilitando, portanto, a confirmação de conclusões que foram desenvolvidas, *a priori*, pelo discurso dialético.

O discurso retórico parte das convicções do público, não importando se essas convicções são prováveis, verossímeis ou razoáveis, e teria lugar, segundo Aristóteles, nos discursos deliberativos, jurídicos ou epidícticos⁸¹. O objetivo do discurso retórico é convencer a assembleia, o auditório, o corpo de jurados e não, pelo menos imediatamente, alcançar ou descobrir a verdade. Nesse sentido, o discurso dialético

81. “As espécies de retórica são três em número; pois outras tantas são as classes de ouvintes dos discursos. Com efeito, o discurso comporta três elementos: o orador, o assunto de que fala, e o ouvinte; e o fim do discurso refere-se a este último, isto é, ao ouvinte. Ora, é necessário que o ouvinte ou seja espectador ou juiz, e que um juiz se pronuncie ou sobre o passado ou sobre o futuro. O que se pronuncia sobre o futuro é, por exemplo, um membro de uma assembleia; e o que se pronuncia sobre o passado é o juiz; o espectador, por seu turno, pronuncia-se sobre o talento do orador. De sorte que é necessário que existam três gêneros de discursos retóricos: o deliberativo, o judicial e o epidíctico”. ARISTÓTELES. *Retórica*. 2 ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005. p. 104.

tem maior compromisso com a verdade que o discurso retórico. O discurso poético parte do gosto, dos hábitos mentais e da imaginação do público e seu objetivo é transmitir sentimentos e emoções e não desvendar a verdade. Como destaca Dalla-Rosa, “toda atividade discursiva visa, ao final, obter a credibilidade necessária do destinatário para que os resultados propostos sejam aceitos”⁸².

Nem todos os discursos aristotélicos estão preocupados em serem racionais, como se vê do discurso poético, que normalmente obtém resultados adequados porque os destinatários do discurso aceitam a fantasia da obra artística; por um momento, suspendem a descrença e concordam em serem iludidos pela obra de arte. Quando estamos diante de uma obra de arte ficcional, não nos importa a veracidade do que se expõe, ao contrário, aceitamos como verdadeira, por exemplo, para que possam ser suscitados em nós emoções e sentimentos que ultrapassam a racionalidade imediata, a Terra Média, tal como descrita pelo escritor britânico J. R. R. Tolkien em sua obra “O Senhor dos Anéis”, ou a galáxia muito, muito distante, descrita pelo cineasta George Lucas em “Guerra nas Estrelas”. As modernas teorias da argumentação e do discurso, contudo, estão centradas no problema da racionalidade. Fundamentalmente tentam responder à seguinte pergunta: qual o papel da razão no discurso? Qual a contribuição do discurso para a verdade?

3.2.1. Razão e verdade

A noção de razão ou a racionalidade sempre esteve ligada à lógica, à verdade, ao pensamento. A palavra grega *logos*, como nos explica Abbagnano, é “a razão enquanto 1.º substância ou causa do mundo; 2.º pessoa divina”⁸³. *Logos* é traduzido no latim por *verbum*, palavra, mas também por *ratio*, razão, e deriva o termo *lógico*, assim tomamos lógico ou racional, muitas vezes, por sinônimos. É ainda Abbagnano quem nos diz que os significados fundamentais da palavra razão são: (a) “referencial de orientação do homem em todos

82. DALLA-ROSA. Op. cit. p. 30.

83. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. [tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 630.

Voltaremos ao consenso e à interpretação mais adequada como critério de correção da decisão judicial no próximo capítulo, onde esses conceitos serão mais alentadamente explorados. Por ora, merece ser destacado que *consenso* e *interpretação mais adequada* ou *interpretação correta* são conceitos que se relacionam na teoria da decisão judicial que estamos apresentando, têm como fundamento a racionalidade da decisão. Como e em que medida de dá essa relação, será objeto de análise nos próximos capítulos.

3.3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy tem tido larga influência na metodologia jurídica contemporânea, sobretudo do Brasil. Influência mais acadêmica que na prática cotidiana dos juízos e tribunais, ressalte-se. Alexy não se limita a uma teoria da decisão judicial. A pergunta central de Alexy é pela metodologia a ser utilizada nos casos em que normas jurídicas e axiomas empíricos não oferecem respostas com base no raciocínio exclusivamente dedutivo. Citando Karl Larenz, Alexy afirma que a aplicação das normas jurídicas não se resume a uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas¹²⁸. Esse é precisamente o grande problema da metodologia do Direito contemporânea. Se o Direito é racional, quais métodos racionais podem e devem ser utilizados para solucionar casos em que a norma jurídica posta não é suficiente como premissa maior, em um silogismo categórico¹²⁹?

Quando ocorre de a decisão de um caso singular não se seguir logicamente nem das normas pressupostas nem dos enunciados

128. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica*. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 33.

129. O silogismo categórico é aquele que tem apenas três termos, chamados termos maior, médio e menor. Os termos maior e médio são as premissas e o termo menor, a conclusão do argumento. O exemplo clássico é o seguinte: (1) Todos os homens são mortais; (2) Sócrates é homem; ∴ (3) Sócrates é mortal. Em um raciocínio jurídico seria: (1) Todos que matam alguém devem ser punidos com as penas do art. 121, do Código Penal; (2) Sócrates matou alguém; (3) Sócrates deve ser punido com as penas no art. 121, do Código Penal. Como vimos de demonstrar, o silogismo categórico é uma simplificação muito grosseira do raciocínio jurídico.

Capítulo 4

A DECISÃO JUDICIAL COMO ATO ARGUMENTATIVO-PRAGMÁTICO: FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA, LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA

No presente capítulo, sintetizaremos os argumentos expostos à luz das teorias estudadas para propor critérios de fundamentação, legitimidade e justiça da decisão judicial. O objetivo da teoria da decisão judicial que tentamos desenvolver é descrever a decisão judicial de modo a facilitar o entendimento de algumas questões fundamentais do Direito contemporâneo como os limites da atividade criativa dos juízes, o debate acerca da melhor interpretação e dos métodos hermenêuticos, os limites do ativismo judicial e suas consequências para a separação dos Poderes. A teoria pode oferecer melhores respostas ao problema da legitimidade do Poder Judiciário para a decisão de questões hermenêuticas típicas do que se convencionou chamar de pós-positivismo. Além disso, traz elementos mais seguros para a crítica das decisões judiciais, a partir dos critérios que apresentaremos neste capítulo.

Até aqui desenvolvemos os argumentos à luz de duas dicotomias relacionadas a dois aspectos distintos e complementares da decisão judicial, um objetivo e o outro subjetivo. A primeira dicotomia diz respeito a como decidir e se é possível decidir racionalmente questões jurídicas. A segunda, diz respeito a quem decide o Direito a aplicar no caso concreto. O aspecto objetivo, relacionado à primeira dicotomia, diz respeito ao modo como se processa a operação intelectual que resulta na decisão judicial e está relacionado a como se decide ou, pelo menos, como se justifica a decisão judicial. O aspecto subjetivo,

relacionado à segunda dicotomia, diz respeito aos sujeitos que participam dessa operação intelectual ou da produção da decisão.

Quanto ao aspecto objetivo, que diz respeito ao processo intelectual de tomada de decisão, ao longo deste estudo revisamos duas posições clássicas e antagônicas entre as quais oscilam as concepções acerca da natureza da decisão judicial: uma a vê como um ato de vontade discricionário; a outra, como um ato de conhecimento. Quanto ao primeiro aspecto concluímos, a partir da teoria da argumentação, notadamente da teoria da argumentação de Robert Alexy, que a decisão judicial é um ato de conhecimento, fundado na razão.

O segundo aspecto que guiou nossa análise diz respeito aos autores da decisão judicial. Normalmente, a decisão judicial é estudada e apresentada como um ato intelectual isolado, uma atividade solipsista, sendo considerada um ato cognitivo exclusivo do julgador, onde as partes contribuem, no máximo, como fornecedoras de dados a serem levados em conta na operação mental do juiz. Em lugar dessa concepção intelectual solipsista, propomos que a decisão judicial deve ser entendida como fruto de um processo discursivo em que, além do julgador, as partes têm papel ativo e decisivo. Pode-se vislumbrar a decisão judicial como produto de um discurso entre as partes de um processo judicial e o juiz (*discurso interno*) e, em uma perspectiva mais ampla, como produto de um discurso entre as partes do processo judicial, o juiz e todas as demais instâncias judiciais que participaram do processo, seja como instâncias revisoras, seja por já terem decidido casos semelhantes (*discurso externo*). Além disso, esse discurso se desenvolve a partir e ao redor das questões jurídicas que são postas em julgamento. O ato cognitivo, portanto, está limitado pela controvérsia nos termos em que se apresenta.

Poder-se-ia argumentar que o discurso interno não coincide nem guarda qualquer relação com o discurso externo já que os casos postos a julgamento são sempre diferentes. Esse argumento é facilmente afastado pela percepção de que as premissas que são utilizadas na argumentação de casos jurídicos semelhantes normalmente são as mesmas. Devendo-se ainda observar que as premissas usadas em decisões das cortes superiores têm larga influência sobre os órgãos judiciais inferiores.

CONCLUSÃO

Esperamos ter construído, ao longo deste trabalho, um raciocínio fundado em argumentos suficientemente sólidos para apoiar algumas teses acerca da natureza da decisão judicial e seus critérios de análise crítica e controle. Nosso objetivo foi contribuir para a melhor compreensão da decisão judicial e da atividade jurisdicional como atos que se inserem em um discurso argumentativo amplo. Isso tem consequências sérias para as questões que envolvem os poderes dos juízes e sua legitimidade e também, de algum modo, para a teoria do Direito e da democracia. Convém sintetizar e enumerar as principais teses defendidas ao longo do trabalho, de modo a visualizá-las em um todo tão coerente e ordenado quanto possível:

1. A decisão judicial é um ato linguístico composto de um conjunto de signos, as palavras. Em paralelo com a semiótica, podemos dizer que há pelo menos três aspectos a partir dos quais a decisão judicial pode ser estudada.

1.1. O aspecto semântico da decisão judicial diz respeito à relação da decisão com os objetos que designa; está intimamente ligado à questão da interpretação das normas e dos fatos trazidos a julgamento. Uma teoria semântica da decisão judicial estaria ocupada dos métodos de interpretação ou dos critérios para valoração da prova.

1.2. O aspecto sintático refere-se à relação da decisão com os outros signos ou com outras normas; logo, está ligado mais intimamente aos aspectos processuais, em saber como a decisão judicial é condicionada ou afetada pelas normas do Direito processual. A decisão judicial enquanto norma que é produzida seguindo o comando estabelecido por outras normas.