UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA

O PAPEL DO DISCURSO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-POSITIVISTA:
BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Salvador
2010

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA

O PAPEL DO DISCURSO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-POSITIVISTA: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira

Salvador
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA

O PAPEL DO DISCURSO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-POSITIVISTA:
BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação _____ como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Bahia, pela seguinte Banca Examinadora:

Prof. Nelson Cerqueira _____
Doutor em Direito pela Universidade Indiana, Estados Unidos.

Prof. Ricardo Maurício Freire Soares _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Brasil.

Prof. Willis Santiago Guerra Filho _____
Doutor em Ciência do Direito pela Universidade Bielefield, Alemanha.

A meus pais, Cláudio e Renée, que nem infindáveis páginas seriam suficientes para agradecer.

A meu avô Rubem, por me inspirar a pensar o direito, uma palavra de eternidade.

AGRADECIMENTOS

A Cyro, pela paciência e carinho em cada palavra.

A Prof. Nelson Cerqueira, que com sua sapiência e tranquilidade me mostrou os melhores caminhos para a conclusão desta pesquisa.

A Prof. Ricardo Maurício, pela confiança e ajuda durante a realização do curso de mestrado.

A Prof. Rodolfo Pamplona, o Capitão, por sua amizade e pelo acolhimento na Universidade Federal da Bahia, cuidando e incentivando para que eu cumprisse esta caminhada.

Aos amigos do CAIA (Bernardo, Cláudio, Davi, Edval, Fernanda, Rafa, Tagore e Vicente), companheiros de mestrado, família onde impera o companheirismo e a alegria.

Aos amigos que viveram junto comigo as emoções e os desafios, em especial, Nine e Bruna. Nine por contribuir substancialmente para a superação desta etapa, me apoiando na revisão do trabalho. Bruna por entender e respeitar a sua rival.

Por fim, à Universidade Estadual de Santa Cruz, minha instituição de origem, pela qual guardo uma profunda gratidão e amor.

O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades.

Hannah Arendt

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo delinear o papel do discurso jurídico no pós-positivismo, utilizando-se de análise de acórdãos selecionados do Supremo Tribunal Federal. O pós-positivismo surge no berço da pós-modernidade com uma exigência das múltiplas facetas sociais contemporâneas e se estabelece como superação do paradigma positivista para afirmação de uma nova forma de interpretar e aplicar o direito. Considera uma perspectiva mais valorativa, inserindo no processo decisório elementos além da letra da lei, a exemplo dos princípios, dos precedentes judiciais e de informações técnicas pertinentes aos fatos levados à decomposição do juiz, tudo em busca de uma decisão mais justa e razoável. Neste cenário ingressa o discurso jurídico como instrumento materializador dessa nova ótica do direito, através da construção argumentativa que possibilita ao julgador ligar o sistema de regras e princípios aos procedimentos, mais especificamente, o processo judicial. Para comprovação da hipótese levantada na pesquisa, foi realizada pesquisa bibliográfica que forma o lastro teórico, com base nos autores Robert Alexy, Theodor Viehweg, Chaim Perelman e Neil MacCormick, bem como, foram analisados três acórdãos intencionalmente selecionados, para uma abordagem prática da questão central. Concluiu-se que o papel do discurso jurídico no direito pós-positivista é funcionar como facilitador de uma lógica diferenciada de raciocínio e legitimador de decisões judiciais.

Palavras-chave: Discurso jurídico. Teoria da Argumentação. Pós-positivismo.

ABSTRACT

The present work has as objective to delineate the paper of the legal speech in the one after-positivism, using itself of analysis of sentences selected of the Supreme Federal Court. After-positivism dimencions appears in the cradle of after-modernity with a requirement of the multiple social contemporaries and if it establishes as overcoming of the positivista paradigm for affirmation of a new form to interpret and to apply the right. It considers a value perspective, inserting in the power to decide process elements beyond the letter of the law, the example of the principles, the precedents judicial and information pertinent techniques to the facts taken to the decomposition of the judge, everything in search of a decision more reasonable joust and. This scene it enters the legal speech as materializador instrument of this new optics of the right, through the argumentative construction that makes possible the judge to bind to the system of rules and principles to the procedures, more specifically, the action at law. For evidence of the hypothesis raised in the research, bibliographical research was carried through that forms the theoretical ballast, on the basis of the authors Robert Alexy, Theodor Viehweg, Chaim Perelman and Neil MacCormick, as well as, had been analyzed three sentences intentionally selected, for a practical boarding of the central question. One concluded that the paper of the legal speech in the right after-positivism is to function as facilitator of a differentiated logic of reasoning and legislator of sentences.

Keywords: Legal Speech. Argumentative Theory. After-Positivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... ..... Erro! Indicador não definido.

1 PÓS- MODERNIDADE E PÓS-POSITIVISMO: TENDÊNCIAS DO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO..... .... Erro! Indicador não definido.

1.1 O PENSAMENTO PÓS-MODERNO.....**Erro! Indicador não definido.**

1.2 PÓS-POSITIVISMO: NA ESTEIRA DA PÓS-MODERNIDADE.....**Erro! Indicador não definido.**

2 DISCURSO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES E PANORAMA TEÓRICO..... Erro! Indicador não definido.

2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....**Erro! Indicador não definido.**

2.2 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: THEODOR VIEHWEG, CHAIM PERELMAN, NEIL MACCORMICK E ROBERT ALEXY.....**Erro! Indicador não definido.**
2.2.1 Theodor Viehweg e a Tópica.....**Erro! Indicador não definido.**
2.2.2 O pensamento de Chaim Perelman.....**Erro! Indicador não definido.**
2.2.3 O pensamento de Neil MacCormick.....**Erro! Indicador não definido.**
2.2.4 Robert Alexy: discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.....**Erro! Indicador não definido.**

3 DISCURSO JURÍDICO E PÓS-POSITIVISMO..... Erro! Indicador não definido.

3.1 O DISCURSO JURÍDICO E O USO DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO.....**Erro! Indicador não definido.**

3.2 O DISCURSO JURÍDICO E A HERMENÊUTICA.....**Erro! Indicador não definido.**

3.3 O DISCURSO JURÍDICO E O PENSAR PROBLEMÁTICO DO DIREITO.....**Erro! Indicador não definido.**

4 O DISCURSO JURÍDICO, O PÓS-POSITIVISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... Erro! Indicador não definido.

4.1 ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS DO STF – ADI 2240-7 BA.....**Erro! Indicador não definido.**

4.2 ANÁLISE DE POSICIONAMENTO DO STF – ADI 223-6.....**Erro! Indicador não definido.**

4.3 ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS DO STF – HC 73662-9 MG.....**Erro! Indicador não definido.**

CONCLUSÃO..... Erro! Indicador não definido.

REFERÊNCIAS..... Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo um estudo do discurso jurídico numa ótica pós-positivista, procurando observar o seu papel na construção de um novo paradigma do pensamento jurídico e em que medida o uso do discurso contribui para a caracterização e efetivação do direito pós-positivista. Para tanto, analisaremos algumas decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal, observando o seu discurso de acordo com os pontos levantados ao longo dos capítulos desenvolvidos.

De uma análise da superação do paradigma positivista, do reconhecimento de um direito que não trabalha somente com o que está na lei mas, também, com o que é justo e razoável, desenvolvemos a pergunta central: Qual o papel do discurso jurídico no pós-positivismo?

Na tentativa de responder à questão central, figuram os objetivos específicos, desenvolvidos ao longo dos capítulos: compreender o fenômeno que se vem designando como pós-positivismo, destacando situações emergentes no direito atual; compreender o conceito de discurso jurídico, analisando os principais teóricos da temática (Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Neil MacCormick e Robert Alexy); inter-relacionar o conceito desenvolvido com as características levantadas do pós-positivismo; e, por fim, analisar as decisões do STF selecionadas, em seu inteiro teor, sob uma perspectiva prática do papel do discurso jurídico.

Será utilizado, primordialmente, o conceito de discurso jurídico desenvolvido por Robert Alexy[1], entendendo-o como espécie de discurso que se diferencia pelo uso do argumento jurídico e que é resultado do processo de interpretação, superando o texto expresso da lei e amparando-se em valores e princípios implícita ou explicitamente contidos no ordenamento jurídico. O discurso jurídico de que tratamos não é apenas a aplicação imediata das disposições legais, mas também esforço argumentativo para proporcionar abertura do direito, valendo-se de outros

---

[1] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.211.

instrumentos dessa ciência (princípios, precedentes judiciais), buscando respostas mais pragmáticas e que se aproximem dos reais anseios sociais.

O estudo aqui proposto coaduna-se com uma perspectiva de macroanálise do direito, do seu conjunto de regras e princípios no todo do ordenamento jurídico e o seu correspondente discurso como o fio condutor para a sua realização no compasso do estado democrático constitucional. É priorizada a análise do discurso jurídico como elemento constitutivo do direito pós-positivista e das características desse modelo de realização prática do pensamento jurídico nas decisões do STF, que foram escolhidas como objeto de estudo por serem um espaço delimitado, porém de rica argumentação.

O discurso jurídico deve ser compreendido como o resultado de um processo hermenêutico que, para além da letra da lei, insere valores, princípios existentes na ordem jurídica, transformando-os em uma linguagem racional para o alcance do resultado pretendido pelo direito, que é efetivação da justiça.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho comportou duas fases: na primeira, realizamos pesquisa bibliográfica sobre o desenvolvimento do pensamento jurídico pós-positivista, abarcando inevitavelmente o pensamento positivista, a fim de consolidar as bases factuais e conceituais da obra. Foi realizada a fundamentação teórica a partir da obra de Robert Alexy (Teoria da argumentação jurídica) e de autores como Theodor Viehweg (Tópica e retórica), Chaim Perelman (A nova retórica) e Neil MacCormick (Argumentação jurídica e teoria do direito). Por fim, na segunda fase, efetuou-se pesquisa documental dos acórdãos do STF selecionados na página de internet daquela Corte, dos quais foram escolhidos três documentos por amostragem intencional, optando-se por um tipo de raciocínio que servisse ao propósito de demonstrar o papel da argumentação para a efetivação de elementos do pós-positivismo, analisando-os em seu inteiro teor.

Mesclando essas duas técnicas numa abordagem teórica e prática do fenômeno jurídico, o trabalho vem apresentado em quatro capítulos, que explanamos a seguir.

O capítulo 1 trata de uma digressão no ideário da pós-modernidade e nas mudanças sociais que imediatamente decorrem deste momento histórico. A expressão pós-modernidade, popularizada pela obra de Jean François Lyotard[2], não é unívoca, pelo contrário, mobiliza opiniões diversas e contraditórias, mas surge aqui neste trabalho como uma análise indispensável para o desenvolvimento de nossa linha de pensamento.

Por ser o direito uma ciência social aplicada, que tem a pretensão de organização social[3], e propondo-se a estudar um fenômeno atual – como é o pós-positivismo –, faz-se necessário compreender a realidade contemporânea, onde apontamos as mudanças já caracterizadas, que subsidiam a ideia de superação do modelo social da modernidade, sob o cunho da pós-modernidade.

O pós-positivismo, expressão utilizada para designar a maneira como vem sendo examinado e concebido o direito, também é objeto de análise no primeiro capítulo. Diante da insuficiência do positivismo e da superação histórica do jusnaturalismo, constroi-se uma nova concepção teórica que associa as características dos movimentos anteriores e concretiza novas formas de interpretação e aplicação do direito.

Numa sequência lógica, procuramos estabelecer marcos do pós-positivismo, apontando características para a construção de um conceito. As características que analisamos no primeiro capítulo são: a consideração dos princípios na interpretação e aplicação do direito; a hermenêutica jurídica e seu uso para a legitimação de um direito principiológico; o pensamento problemático do direito; e o discurso como legitimação de um direito pós-positivista. Cada uma dessas características auxilia tanto na elaboração de um lastro teórico de compreensão do pós-positivismo como, também, no desenvolvimento dos demais capítulos.

O pós-positivismo é o berço em que ganha destaque a hermenêutica jurídica, com a tarefa de abarcar, no processo de efetivação do direito, princípios e valores

---

[2] LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.
[3] NOGUEIRA, Rubem. *Curso de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p.05.

existentes na ordem jurídica, para além das interpretações meramente legalistas. Nesse ínterim, analisaremos o discurso jurídico como instrumento de realização prática do processo interpretativo, que deve sair do plano meramente interno – processo cognitivo de interpretação – para o plano externo, que é o próprio discurso, isto é, a transformação em linguagem organizada, atendendo, ainda, às exigências da ciência jurídica.

No capítulo 2, nos restringiremos ao estudo do discurso jurídico, delineando a sua conceituação a partir da obra de Robert Alexy[4], sem, contudo, deixar de fazer uma análise de outros autores que tratam da temática, a exemplo de Theodor Viehweg[5], Chaim Perelman[6] e Neil Maccormick[7].

A escolha desses autores justifica-se por terem elaborado obras fundamentais para o estudo do discurso jurídico.

Theodor Viehweg inaugura, no pós-guerra, a volta do estudo da argumentação jurídica, pretendendo retomar o modo de pensar tópico na ciência do direito. Já Chaim Perelman escreve sobre "a nova retórica"[8] juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, trabalho indispensável para a compreensão da argumentação jurídica como uma teoria. Conceitos apresentados, como o de auditório universal e relevante, e a diferenciação entre persuasão e convencimento, contribuem relevantemente para o estudo aqui elaborado.

Já Neil MacCormick e Robert Alexy são autores que aparecem com o retorno da teoria da argumentação nas duas últimas décadas do século passado. Juntamente com o surgimento do pós-positivismo como novo paradigma a se estabelecer, o discurso jurídico volta a ganhar atenção, e esses dois autores destacam-se com as suas obras. Alexy, em especial, na sua "Teoria da argumentação jurídica", faz uma

---

[4] ALEXY, *op. cit*.
[5] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência:* uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2008.
[6] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA Lucie. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
[7] MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
[8] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*

importante sistematização e decomposição a partir do discurso prático geral, colocando o discurso jurídico como caso especial daquele. A definição de discurso jurídico proposta por Alexy e a correlação com a lei válida, com a dogmática jurídica e com os precedentes são pontos que contribuem para conceitos e proposições presentes nos capítulos subsequentes.

O capítulo 2, portanto, é dedicado à sistematização do pensamento dos principais teóricos do discurso jurídico, procurando destacar na obra conceitos que servem à tentativa de esclarecer o papel do discurso jurídico no direito pós-positivista.

Desenvolvidas as premissas conceituais e analisados os principais teóricos, passaremos, no capítulo 3, a fazer um cruzamento entre o discurso jurídico e aquelas características do pós-positivismo levantadas no capítulo 1. Com essa conjunção dos elementos levantados, procuramos apresentar aquele que é, para nós, o papel do discurso jurídico no pós-positivismo.

Partimos da hipótese de que cada um dos elementos apontados como caracterizadores do pós-positivismo dependem necessariamente do uso da argumentação para se realizarem na prática. Ou seja, de que o discurso jurídico é que possibilita o rompimento da lógica positivista para uma nova caracterização e concretização do direito.

Na sua relação com os princípios, com a hermenêutica jurídica e com o pensar problemático, o discurso constroi o que acreditamos ser a sua função no direito pós-positivista: legitimar decisões judiciais com argumentos positivados ou não, permitir a superação da lógica clássica de decisão e funcionar como elemento de controle da atividade judicial, pela exigência de coerência dos fundamentos constantes de uma decisão.

A fim de comprovar a validade da hipótese formulada, optou-se por desenvolver no capítulo 4 um estudo de decisões marcantes do STF, posteriores à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A decisão judicial, em sua fundamentação, pode ser distinguida em dois aspectos: justificação interna, que avalia se a parte dispositiva decorre imediatamente dos preceitos citados para a fundamentação, e a

justificação externa, que tem como objeto a verdade, correção ou aceitabilidade das premissas da justificação interna. É a esse segundo aspecto da decisão judicial que iremos nos ater, já que na justificação externa é que reside o verdadeiro campo do discurso jurídico[9].

A opção pelas decisões do Supremo Tribunal Federal se justifica por sua posição de órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário, pela força vinculante que possui na atualidade e por se tratar de decisões colegiadas, sendo esse aspecto fundamental para a compreensão de legitimação através da construção discursiva. O fato de as sentenças emitidas pelo STF serem produtos de debates e de um conjunto de decisões – e, portanto, de argumentos –, é que nos permite a análise e as possíveis conclusões que pretendemos.

A teoria da argumentação hoje dominante, campo de estudo do discurso jurídico por excelência, centra-se nas questões denominadas "casos difíceis" – expressão cunhada por Ronald Dworkin[10] para se referir às questões que admitem mais de uma interpretação jurídica possível e factível –, ou seja, aquelas para as quais há mais de uma resposta jurídica, que se relacionam imediatamente com a interpretação do direito e que são objeto das decisões dos órgãos judiciais superiores. Esses aspectos é que nos levam à opção por decisões do STF, que deverão ser analisadas no conjunto de votos dos ministros da casa e, também, na análise da parte dispositiva das decisões.

Partindo dessa concepção, entrecortando trechos de decisões e pontos levantados nos primeiros três capítulos, apresentamos as colunas mestras do nosso estudo para a compreensão do discurso jurídico como legitimador das decisões judiciais, através de uma construção argumentativa que permita a superação da lógica positivista, sem, contudo, retirar a juridicidade da sentença e, principalmente, alçando-a socialmente legítima.

---

[9] ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.20.
[10] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* 2. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127.

A parte final deste trabalho relaciona a pesquisa teórica com a pesquisa dos acórdãos do STF, de onde se inferem algumas conclusões acerca do papel do discurso jurídico no direito pós-positivista como instrumento para o estabelecimento de um novo paradigma.

Assim, chega-se às considerações preliminares que julgamos indispensáveis para o conhecimento das bases metodológicas e estruturais do presente trabalho, de modo a se refletir acerca do papel do discurso jurídico no pensamento jurídico contemporâneo.

1 PÓS- MODERNIDADE E PÓS-POSITIVISMO: TENDÊNCIAS DO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

1.1 O PENSAMENTO PÓS-MODERNO

O processo civilizatório instaurado com a conjunção entre a modernidade e o capitalismo e, portanto, com a redução das possibilidades da modernidade às possibilidades do capitalismo, entrou num período crítico no pós-guerra, culminando na superação de todo um paradigma vigente para o que atualmente denominamos pós-modernidade[11]. Para Zygmunt Bauman e outros autores[12], não há uma superação, já que não existe um novo modelo definido, mas apenas um paradigma moderno em crise.

Apesar das inúmeras e diferentes opiniões, a pós-modernidade tem a sua relevância pelo amplo espectro de mudanças que vem provocando na sociedade e, por conseguinte, no direito.

Difícil seria elencar todos os traços característicos deste período pós-moderno, já que os estudiosos apontam diversas tendências emergentes. Porém, relevante se faz compreender algumas delas, indispensáveis para esclarecer e entender o pós-positivismo, fenômeno jurídico que surge no berço da pós-modernidade.

Boaventura de Sousa Santos[13] aponta como elementos componentes de um perfil pós-moderno as práticas econômicas transnacionais; a translocalização de pessoas; a marginalização do Estado Nacional; o consumismo; o narcisismo; a

---

[11] A expressão pós-modernidade encontra dissenso, não sendo utilizada pela totalidade dos autores. Aqui utilizamos a expressão como forma de destacar o atual, em especial, fazer a ligação com o âmbito jurídico da temática que se situa, não por coincidência, no pós-positivismo.

[12] Há autores que se recusam a conceber a superação do paradigma moderno e denominam a conjuntura atual como “modernidade líquida” (Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade liquida*. Tradução Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001), “modernidade tardia” (Cf. GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003), ou, ainda, “hipermodernidade” (Cf. LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004).

[13] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.19-20.

desterritorialização das relações; e a superação de conceitos dicotômicos, como reforma/revolução, capitalismo/socialismo, público/privado.

Já Anthony Giddens[14] e outros autores[15] colocam como crucial para a compreensão da pós-modernidade a ciência e a sua relação com a tecnologia; a engenharia genética; a cibernética; os estudos de não-linearidade e complexidade; o desenvolvimento e difusão do computador e da capacidade de simulação da realidade; a geração da realidade virtual; a supremacia da imagem como entretenimento e também como um novo dispositivo epistemológico; a comunicação global etc. Em comum, elementos que rompem com uma lógica clássica de relações intersubjetivas, para relações motivadas pelas máquinas, impondo uma nova maneira de pensar a vida em sociedade.

De uma análise primeira dos elementos destacados, vemos como traço comum o sobrepujamento das relações fundadas na existência de um território, seja no plano econômico, seja no plano social, ou, ainda, na cultura e arte. Em todos eles, estabelece-se uma relação supranacional que ultrapassa o território e alcança nações diversas daquela referencial. Há a velocidade de comunicação, de informação, de deslocamento e de transferências financeiras para que sejam satisfeitas as exigências de superação da barreira territorial e realizem-se as relações para além desse limite.

Em comentário à obra de Kafka, Nelson Cerqueira[16] menciona que a desterritorialização é produto do próprio modernismo, transformando-se em códigos para o pós-modernismo. Há, portanto, uma multiplicação e proliferação de códigos sociais, que decorrem de um "fenômeno de interpretação de problemas micropolíticos"[17]. Daí ouvirmos falar em guetos, como expressão sinônima de microcosmos sociais (*hippies*, afro-descendentes, *punks*, *freaks* etc.), que nada mais

---

[14] GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. São Paulo: Editora Jorge Zahar, 2003.
[15] *Cf.* BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Tradução de Mauro Gama e Claúdia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. Ver também SHINN, Terry. Entrevista. Entrevistador: Pablo Rubén Mariconda. *Sci. stud.,* v.6, n.1, São Paulo, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-31662008000100007&script=sci_arttext> Acesso em: 20 nov. 2009.
[16] CERQUEIRA, Nelson. *A crítica marxista de Franz Kafka*. Salvador: Editora Cara, 2005, p.123.
[17] *Ibidem*, p.123.

são do que o produto dessa multiplicação de códigos sociais, de uma não-identificação com um território, uma pátria, mas sim, com uma microcomunidade cultural.

Por decorrência lógica, se há práticas transnacionais e translocalização de pessoas, produz-se também a marginalização do Estado-nação, deixando ele de ser referência para a sociedade, já que esta não mais se atém ao seu espaço-território. Desde quando as instituições políticas, com suas metas e resultados, tornam-se menos importantes para a existência dos cidadãos inseridos na globalização, há um natural divórcio entre ambos, desencorajando o Estado a atuar numa série de nichos de sua responsabilidade. Como consequência direta deste desprestígio do Estado-nação, Zygmunt Bauman[18] aponta o crescente abandono, pelos Estados, de uma série de funções, gerando o fenômeno das terceirizações, bem assim a ocupação desse espaço conduzida pelas relações de mercado.

Surge, então, a necessidade de repensar o Estado-nação e os seus ideários, sobretudo a soberania, que entra em crise no seu conceito clássico. Não se trata de ceder soberania ou colocá-la à margem das novas tendências, mas, de reconstruí-la frente à incontida transnacionalização das práticas econômicas e sociais e o intenso fluxo daí gerado. Os Estados, no paradigma pós-moderno, necessitam criar novos mecanismos que o coloquem na ordem hodierna, assegurando a sua soberania.

A desterritorialização produz, também, uma possível crise de identidade do indivíduo pós-moderno, provocada por todas essas alterações e pela velocidade com que ocorrem. O indivíduo, no mundo pós-moderno, deve estar muito mais preparado para adaptar-se às rápidas mudanças, posto que ocorre um imediato e profundo esquecimento de informações defasadas e o rápido envelhecimento de hábitos. As tradições são suplantadas pelo número exorbitante de novas informações, levando a um desmembramento da história e das vidas individuais em episódios de curto prazo. Diz Bauman[19] que a conformidade às regras foi superada pela flexibilidade, a

---

[18] BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p.08-09.
[19] *Ibidem*, p.10.

prontidão em mudar repentinamente de táticas e de estilo, abandonar compromissos e lealdades sem arrepender-se.

Esse processo de globalização e desapego ao espaço territorial como referência para a formação de uma sociedade, além da crise no homem enquanto indivíduo, igualmente expõe as culturas nacionais, tornando-as cada vez mais sujeitas às influências externas. É o que Stuart Hall denomina de "fragmentação de códigos de culturais"[20], que torna difícil a manutenção de culturas intactas e gera no indivíduo uma crise de identidade, pela falta de referência ou pela multiplicidade de referências.

O consumismo vem na esteira da pós modernidade, fruto de um capitalismo maximizado numa dimensão de status e de prestígio, que, como alerta Jean Baudrillard[21], excede o valor de uso. Assim como os mecanismos midiáticos que produzem a conexão de imagens e informações dos grandes centros às mais longínquas e miseráveis populações, proporcionando acesso ao que há no mundo, embora acirrem a injustiça social, mostrando a diferença a partir da miséria paralela à riqueza do próximo. O recente terremoto do Haiti escreve mais uma triste página dessa concepção, levando o mundo inteiro a assistir em tempo real, nas suas mansões ou barracos, a desgraça que assolou aquela população.

Conceitos dicotômicos como socialismo/capitalismo, revolução/reforma, ou ainda, no âmbito jurídico, a ideia de público/privado, social/individual ficam superados na pós-modernidade[22]. Há uma indispensável reavaliação desse ângulo de análise, de modo que não se apresentem mais como posições antagônicas, pois, ao contrário, são conceitos que cada vez mais se aproximam de uma perspectiva "multi", de rede, de circuito, com combinações aleatórias, fruto de conjunções que as descaracterizam. Como já dito, a própria lógica da sociedade atual, com uma particular velocidade de informações, não suporta um foco de observação que parte

---

[20] HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 73.
[21] BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004, p.39.
[22] SANTOS, *Op. cit.*

de uma relação dicotômica. Há, na verdade, um processo de intercâmbio, como uma permanente troca, que busca atender à realidade que se apresenta.

Essa realidade, como parte de um paradigma emergente na pós-modernidade, espraia-se para outras áreas de conhecimento. Coaduna-se com a ideia de interdisciplinaridade, em que o conhecimento, apesar de especializado, não está fechado para outros ramos que tangenciem e possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Edgar Morin[23], tratando da temática, destaca a variedade de circunstâncias que fazem progredir a ciência quando rompem o isolamento entre as disciplinas[24]. Há, portanto, um declínio de possíveis relações científicas pautadas em análises binárias, como quer o pensamento dicotômico em processo de superação.

Já as mudanças ligadas à ciência e a tecnologia aparecem como uma combinação de novo conhecimento científico e novas capacidades tecnológicas que empreendem alterações no comportamento humano e uma forte ressignificação do mundo do trabalho. Dá-se a automatização da mão-de-obra e crescente importância ao setor de serviços, onde, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, "a produtividade é fruto de um trabalho que envolve esforço menos físico e concreto que intelectual e abstrato"[25]. O domínio da informação e da energia surge como pilar para o poderio político e econômico.

Todas essas tendências brevemente explanadas e as suas consequentes mudanças ressoam nas diferentes áreas de conhecimento. E com o direito não é diferente. A pós-modernidade traz um grau elevado de questões sociais novas e complexas, que causam uma natural insuficiência no sistema jurídico primordialmente positivista, hermético e obsoleto em relação à rapidez de acontecimentos e soluções exigidas na atualidade. A ciência jurídica assistiu e assiste à necessidade de rever

---

[23] MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita:* repensar a reforma e reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 15. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

[24] O autor apresenta como circunstâncias para o progresso da ciência em razão da interdisciplinaridade "a circulação de conceitos ou de esquemas cognitivos; seja pelas invasões e interferências, seja pelas complexificações de disciplinas em áreas policompetentes; seja pela emergência de novos esquemas cognitivos e novas hipóteses explicativas; e, seja, enfim, pela constituição de concepções organizadoras que permitam articular os domínios disciplinares em um sistema teórico comum" (*Ibidem,* p 112).

[25] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna:* introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13 *et seq*.

paradigmas existentes, de promover mudanças urgentes e profundas no modo de aplicação dos seus institutos jurídicos.

Assim como na ciência pós-moderna, em que o homem passa a ser autor e sujeito de conhecimento[26], também no direito, no pós-guerra, a preocupação passa a se centrar muito mais no homem. Daí a crescente presença da dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica e a exigência de um direito mais efetivo socialmente.

A corrente jurídica que surge na série de mudanças trazidas pela pós-modernidade recebe, não por acaso, o nome de pós-positivismo. Compreender as alterações produzidas na sistemática do direito a partir dessa concepção ainda em ebulição é indispensável para visualizar o papel do discurso jurídico como legitimador de raciocínios não mais deduzidos somente da lei, mas que alcancem a pluralidade valorativa da atualidade.

1.2 PÓS-POSITIVISMO: NA ESTEIRA DA PÓS-MODERNIDADE

O conceito moderno de direito construiu-se, primordialmente, sob a ideia de Estado Constitucional de Direito, visto este como monopolizador dos processos de criação e aplicação das leis. É, nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares, “um duplo e convergente processo de estatização do direito e jurisdicização do Estado”[27]. Dentro desse conceito formal de direito e como paradigma necessário à sua sobrevivência, estabeleceu-se o positivismo jurídico, como conjunto de normas postas com pretensão de alcançar toda organização social, delineando valores aceitáveis e condutas admitidas.

---

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências.* 4. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2006, p.71.
[27] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo.* Salvador: Editora JusPodium, 2002, p. 17.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior[28], citando Niklas Luhmann, diz que "a positivação passa a ser um fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica"[29]. Assim, o direito positivo não só é posto por decisão, como as suas premissas são frutos de um processo decisório (elaboração e aprovação das leis).

Nesse direito construído sob a égide do positivismo, a lei é elemento principal para a concretização do seu ideário. Está na lei tudo aquilo que o direito tem a dizer, e, porque tudo está na lei, daí também frutificam as ideias de completude do sistema e de decidibilidade de conflitos pela regra da subsunção (premissa maior: norma jurídica; premissa menor: fato concreto; conclusão: sentença).

Noberto Bobbio, em largo estudo sobre o tema[30], esclarece que o positivismo pode ser visto como teoria, como método e como ideologia[31], sendo que, nesta última, em uma visão moderada ou extremista. Nesse sentido, o uso ideológico do positivismo foi a razão da sua derrocada, já que serviu de fundamento para concepções políticas que, sob a ideia da estrita legalidade e em cumprimento cego à lei, promoveram atrocidades humanas durante a segunda guerra mundial, já tão conhecidas e desaprovadas[32].

A lei, portanto, deixou de ser vista como sinônimo do justo, tornando-se necessário o apoio em uma ordem moral transcendente às disposições legais traduzidas em competências. Com isso, tornou-se premente suplantar o modelo exclusivamente

---

[28] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
[29] LUHMANN, 1972, p.141 *apud* FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 74.
[30] BOBBIO, Noberto. *Positivismo jurídico.* São Paulo: Cone Editora, 2006.
[31] O autor esclarece que ideologia deve ser entendida como "expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízo de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula e que tem o escopo de influírem sobre tal realidade" (*Ibidem*, p.223).
[32] Luis Roberto Barroso, comentando a derrocada do positivismo e a conexão com o nazismo alemão e o fascismo italiano, diz que: "esses momentos políticos ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei ao fim da segunda guerra mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, com uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido" (Cf. BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.1-8, p.26).

legalista para um outro que retome a ética no pensamento jurídico e coloque o indivíduo e a sociedade como preocupações do direito.

Nasceu, assim, a exigência de uma linha teórica que não fosse exclusivamente a metafísica do jusnaturalismo, nem o alheamento à dimensão axiológica do fenômeno jurídico próprio do positivismo. Uma dimensão que abarque a pluralidade inerente à pós-modernidade, conciliando as expectativas de justiça (legitimidade – jusnaturalismo) e segurança (legalidade – positivismo).

Esta nova linha de pensamento é o que vem sendo chamado de pós-positivismo e que, nas palavras de Luís Roberto Barroso,

> é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sob o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade, fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética[33].

O pós-positivismo nasce não de um acréscimo ao positivismo, mas, como uma nova ordem que urge se estabelecer. Essa necessidade vem, para nós, de dois fatores: a reincidente ocorrência de situações jurídicas que não têm pronta resposta no direito positivado, ou seja, aquelas situações em que a clássica técnica de aplicação imediata da lei não é capaz de solucionar a celeuma jurídica; e a necessidade de se dar efetivação à Constituição Federal vigente.

No nosso país, pelo passado político recente e pela condição social demasiado desigual, as disposições constitucionais não mais podem ser apenas idealizações; é indispensável que se efetivem os direitos e programas contidos em seus artigos para ver transformado em realidade o que até então é a letra da lei.

---

[33] BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.327-378, p. 336.

O pós-positivismo tenta passar "de um direito meramente reprodutor da realidade, a um direito com potencialidade de transformar a sociedade"[34]. Surge, pois, neste ínterim, ainda indefinido, mas como uma forte tendência à derrocada do positivismo lógico, para uma dimensão mais axiológica do direito.

Seriam, assim, mudanças vindas no bojo desse novo movimento jurídico: a consideração dos princípios no processo de interpretação e aplicação do direito; a ascensão do papel da hermenêutica como teoria para efetivação do direito; o pensamento problemático do direito e a valorização do discurso como instrumento para a construção de interações comunicativas que têm a tarefa de integrar o processo de interpretação e aplicação da norma, efetivando e legitimando os comandos que daí podem ser extraídos.

É impreterível que se compreendam essas mudanças presentes no direito pós-positivista. Cada uma a ser destrinchada nas linhas que se seguem implica a compreensão do papel do discurso jurídico, uma vez que são incorporadas e materializadas naquilo que será objeto de nossa análise no capítulo 4, por um direito tendente a se desgarrar do raciocínio lógico-formal, para um raciocínio valorativo, buscando o consenso e a efetividade social da ciência jurídica.

1.2.1 Primeira característica: a consideração dos princípios na interpretação e aplicação do direito

A primeira grande virada do direito na era pós-positivista é a crescente consideração dos princípios quando da análise e solução das questões levadas a juízo. À medida que a sociedade "pós-modernizou-se", com todos os novos e complexos anseios já largamente tratados, as situações da vida em sociedade e os seus possíveis conflitos foram se multiplicando na mesma velocidade do mundo atual, sendo que nem sempre a solução buscada no direito é encontrada na letra expressa da lei.

---

[34] STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso.* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.02.

O legislador já não é mais capaz de prever todas as situações do convívio humano e construir fórmulas jurídicas para tais soluções. É o que Dworkin denomina "casos difíceis"[35] e que passaram a exigir dos juristas uma nova posição para o alcance de um dos problemas centrais do direito, que é a decidibilidade de conflitos. Isto é, a pronta resposta que atenda ao correspondente anseio social, solucionando a problemática jurídica. Quando a lei já não é mais o instrumento único e suficiente para tanto – ou porque não tem o comando buscado, ou porque existe mais de um aplicável –, os operadores do direito despertam para a necessidade de buscar outros recursos igualmente legítimos.

Daí que vem uma forte abertura para uma dimensão axiológica do direito, com o uso das regras e também dos princípios quando da análise e solução *da quaestio juris*.

Em estudo sobre os direitos fundamentais, Robert Alexy[36] diferencia os princípios das regras. Os princípios, no pensamento do autor, são mandamentos de otimização, são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios têm uma dimensão de peso ou importância, podendo ser aplicado em diferentes medidas e não de forma imediata e direta, tal qual uma regra. Diz ele que

> os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas[37].

Por sua vez, quando mais de um princípio é aplicável à situação concreta, resolve-se a antinomia por seu peso ou importância. Assim, um dos princípios terá que ceder, sem que, contudo, seja ele inválido por essa razão. Conforme Alexy, "o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições" [38]. Sempre, frente à situação concreta, o princípio de maior peso deve ter precedência. Na colisão de princípios, ocorre uma ponderação entre eles, apresentando-se esta como uma técnica de decisão.

---

[35] DWORKIN, *op. cit.*
[36] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
[37] *Ibidem*, p.90.
[38] *Ibidem,* p.93.

Já as regras, para o referido autor, são comandos de definição, contêm determinações, podendo ser satisfeitas ou não satisfeitas. Se estiverem presentes elementos exigidos pela norma, esta é válida e deve ser aplicada em sua inteireza. Não há, portanto, dimensões diferenciadas para as regras; trabalha-se com um critério de validade ou invalidade.

Assim, os princípios, ao lado das regras, formam o arcabouço normativo de que se vale o jurista na concretização de um direito pós-positivista. A regra, com a sua pronta resposta, deixa de ser o único meio de que se vale o jurista, recorrendo ele também aos princípios. Já os princípios, com a sua textura mais aberta e com a sua indicação a um estado ideal de coisas, permitem que, em não havendo a resposta imediata na lei, o jurista possa, a partir de uma construção principiológica, dar uma resposta àqueles denominados "casos difíceis". Estas são, exatamente, as demandas que não encontram pronto respaldo na regra.

Aquele que opera com o direito trabalha essencialmente para a decidibilidade de conflitos, como já dito, e à medida que se acirraram as demandas judiciais, tornando-se mais complexas, os princípios surgem como um importante suporte na construção das decisões que tecem o encontro entra a situação fática e a resposta jurídica.

1.2.2 Segunda característica: a hermenêutica jurídica e seu uso para a legitimação de um direito principiológico

O uso dos princípios e essa marca do pós-positivismo de uma abertura axiológica trazem no seu bojo uma crescente valorização da hermenêutica jurídica. A palavra hermenêutica vem do verbo grego *hermeneuein*[39]*(ερμηνευειν)*, que significa declarar, explicar, traduzir, interpretar, sendo atualmente concebida como a teoria da interpretação.

---

[39] SILVA NETO, Manoel Jorge e. C*urso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.91.

A interpretação jurídica é um caso particular de uma atividade de interpretação, sendo a hermenêutica jurídica a teoria correspondente. Alexy[40] recomenda a distinção entre interpretação em sentido mais amplo (*larguíssimo sensu*), no sentido amplo (*sensu largo*) e no sentido estrito (*sensu stricto*).

A interpretação em sentido mais amplo ("*larguíssimo sensu"*) seria o entendimento do sentido de todos os objetos produzidos pelo homem na sua capacidade. Englobaria, assim, toda e qualquer produção humana, desde obras de arte, até ferramentas cotidianas, passando por textos religiosos etc.

A interpretação em sentido amplo (*sensu largo*) seria uma subdivisão da interpretação em sentido amplíssimo e não seria a busca do sentido de todos os objetos, mas somente de manifestações idiomáticas, o que podemos compreender pela busca do sentido de textos em geral.

A terceira e última classificação apresentada por Robert Alexy (ou distinção, como prefere o autor) é a interpretação em sentido estrito (*sensu stricto*), que se apresenta como subcaso daquela em sentido amplo. Assim o é, pois ocorre quando um texto apresenta várias interpretações possíveis, realizando o intérprete um exercício para ver qual delas é a mais coerente; inicia-se com uma pergunta e termina com uma escolha dentre as existentes, conforme o autor. É essa interpretação em sentido estrito que é o centro do problema da interpretação jurídica.

A interpretação jurídica destaca-se por seu caráter prático e institucional, e é daí que se sustentam as premissas para a construção da hermenêutica jurídica, quais sejam: a) inegabilidade dos pontos de partida; b) a proibição do *non liquet*.

A inegabilidade dos pontos de partida vem da ideia de completude do ordenamento jurídico, de que sempre há uma norma no sistema que possa oferecer reposta à demanda judicial. Já a proibição do *non liquet*, decorre da regra expressa no art. 126

---

[40] ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.61-62.

do Código de Processo Civil (CPC)[41], que proíbe o juiz de se furtar a decidir toda e qualquer questão que lhe seja colocada. Deve-se decidir mesmo que seja para dizer que é o juízo incompetente, ou que o pedido é juridicamente impossível.

A existência dessas duas premissas é que promove acirradamente a atividade interpretativa. A indispensável necessidade de por fim às celeumas jurídicas coloca a interpretação como atividade inexorável para o operador do direito.

À medida que o direito recorre a novos paradigmas conciliando as expectativas de justiça (legitimidade – jusnaturalismo) e segurança (legalidade – positivismo), a necessidade da interpretação cresce, posto que promove a conciliação entre regras e princípios, o que proporciona a interpretação para além do direito, recorrendo, muitas vezes, a conhecimentos técnicos de outras áreas do saber, mas que são postos à disposição para uma decisão jurídica. A efetividade do direito depende da qualidade da interpretação realizada pelo aplicador, revelando o sentido e alcance das regras e princípios jurídicos.

O professor Marcelo Campos Guallupo, tratando das características do pós-positivismo e ao falar da hermenêutica como uma delas, explica que

> o pós-positivismo pressupõe que, apenas com a atividade do legislador, o sentido das normas jurídicas é incompleto: o aplicador deve realizar um juízo de adequabilidade da norma ao caso concreto, verificando se as condições de aplicação de uma determinada norma se dão no caso concreto[42].

A hermenêutica jurídica realiza essa ponte entre as normas e a realidade social levada a juízo, aproximando o direito da cultura socialmente compartilhada, através de uma interpretação valorativa, cujo resultado é mais proveitoso, já que busca a efetividade social do direito.

---

[41] Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. Cf. BRASIL. *Código de processo civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

[42] GUALLUPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Direito ao extremo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 204-205.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior diz que a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – na qual, em tese, tornam-se todos os conflitos decidíveis[43]. A hermenêutica ingressa como o instrumento que vai conformar o sentido do comportamento social à luz da incidência normativa.

Nesse processo de valorização da hermenêutica jurídica, a Constituição Federal floresce como o documento-fonte de todo o desenvolvimento da hermenêutica, que, na conformação do fato social à incidência normativa, vale-se da Magna Carta como referencial para a realização da interpretação concretizadora. Nas palavras de Luis Roberto Barroso, "a Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito" [44].

1.2.3 Terceira característica: o pensamento problemático do direito

Ainda na esteira do pós-positivismo, pode-se apresentar como forte tendência o pensamento problemático do direito, ou seja, pensar a solução dos conflitos partindo do caso concreto em discussão para a norma adequada a ser aplicada.

O pós-positivismo centra-se na decidibilidade do conflito, e não na sistematização da ciência, que coloca a norma como seu objeto central. É um direito que visa a sua efetividade social e, para tanto, abre-se, deixando de colocar a norma como ponto de partida do seu raciocínio.

Assim, quando se fala em pensamento problemático do direito, trata-se da inversão da lógica argumentativa, deixando de desenvolver um raciocínio que vai da norma para o conflito posto. O caso concreto é a referência inicial, buscando-se no sistema

---

[43] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p.309.

[44] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48, p.44.

a norma ou outro recurso juridicamente admitido, que apresentem a solução à demanda proposta.

O cerne é alcançar a efetividade social a partir da decisão jurídica, e não atender a rigorosismos lógico-formais, próprios de um pensamento sistemático.

O pensar problemático do direito torna-se um desafio, já que somos acostumados a raciocinar dedutivamente da norma (axioma indiscutível) para o caso concreto. Quando se inverte a situação, surge a dificuldade de aceitação e o imperativo de repensar o paradigma de raciocínio jurídico. Para Paulo Roberto Soares Mendonça, "raciocinar com base no problema exige uma capacidade de buscar soluções que ao mesmo tempo sejam palatáveis em termos sistêmicos e que não impliquem a pura desconsideração das peculiaridades do caso sob análise"[45].

Theodor Viehweg, autor do livro "Tópica e Jurisprudência", diz ser o problema toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que exige um entendimento preliminar, de acordo com o qual assume o aspecto de questão que é preciso considerar com seriedade e para a qual é preciso buscar uma única resposta como solução[46]. Para o pensamento tópico, é no problema que os conceitos e princípios jurídicos têm a sua concretização e delimitação de conteúdos.

O pensar problemático contrapõe-se ao pensar sistemático-dedutivo e teve sua origem na Antiguidade, nas obras de Aristóteles e Cícero[47]. Transportado esse modo de pensar para a pós-modernidade, apresenta-se vital para o direito, já que há uma falência do pensamento sistemático, caracterizado pela existência de axiomas dotados de compatibilidade e plenitude. O que assistimos, *contrario sensu*, é o surgimento em progressão geométrica de questões levadas a juízo, para as quais o direito não tem pronta resposta, recorrendo a saídas alternativas, como, por exemplo, soluções extraídas de princípios ou do catálogo de jurisprudência. Daqui

---

[45] MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102.
[46] VIEHWEG, THEODOR. *Tópica e jurisprudência.* Tradução Kelly Susane Alflen Silva. 5. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2008.
[47] ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001, p.48.

decorre, imediatamente, a crescente valorização dos precedentes judiciais no nosso ordenamento jurídico, ponto que será explorado no capítulo 3 (ver seção 3.3).

Por isso, o pensar problemático do direito se encontra no bojo do pós-positivismo. Porque, com a proposta de um raciocínio diferenciado, promove a abertura do direito, sem, contudo, desgarrar-se da justiça como ideal último da ciência do direito. O seu núcleo está na solução do caso concreto, sendo o seu ponto ótimo a decidibilidade de conflitos e o resultado social concreto do direito.

1.2.4 Discurso jurídico: a serviço da legitimação do direito pós-positivista.

Chegamos, então, àquela que apontamos como quarta característica do pós-positivismo e sobre a qual nosso trabalho se debruça nos capítulos que se seguem: o discurso jurídico e seus usos.

Esta quarta característica não é estanque das demais; muito pelo contrário, para compreendê-la, faz-se preciso entender o meio em que ela aparece e, no que se segue, volveremos a falar do papel dos princípios, da hermenêutica jurídica e do pensar problemático do direito, sempre inter-relacionando-os com o discurso jurídico e com o seu inexcedível uso para o direito da atualidade.

O discurso jurídico não é algo novo, mas a forma como ele vem sendo usado e o seu papel para a efetivação do direito pós-positivista é que nos parece inovador e digno de ser esmiuçado, inclusive, a partir de decisões judiciais que reforçam os nossos esboços teóricos.

O discurso surge como o instrumento linguístico que aglutina as demais características e se vale de uma construção argumentativa para alcançar a decidibilidade de conflitos. É o discurso que viabiliza, atualmente, a transposição da construção lógico-formal (uso da técnica de subsunção: premissa maior: norma/premissa menor: fato concreto/conclusão: sentença) para um direito aberto,

valorativo, que agrega todas as tendências anteriormente apontadas, buscando aproximar-se cada vez mais da sua efetividade social.

O papel do discurso no pós-positivismo liga-se, ainda, à materialização do Estado Democrático de Direito, uma vez que, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, "o princípio da igualdade de oportunidades perante a argumentação pode ser considerado homólogo do princípio da igualdade formal que subjaz ao projecto constitucional do Estado liberal"[48].

Um direito que se vale de recursos, para além das leis, na solução de seus conflitos, fará do seu correspondente discurso o momento de construção argumentativa que tece este raciocínio não-sistemático e viabiliza a solução que apazigua o conflito social. Mais do que isso, o uso do discurso democratiza a relação jurídica a partir da pluralidade de argumentos que faz dele consencioso e legitimado socialmente.

Peter Häberle[49] já havia proposto em relação à interpretação constitucional a ideia de democratização do processo, para que fosse feita de forma pluralista, já que a Constituição Federal é fruto e elemento conformador da sociedade. O consenso é que tornaria esta Constituição Federal mais legitimada.

Jürgen Habermas[50] pensa de forma similar. O autor fala da necessidade de haver um número mínimo de consenso para que dada norma se estabeleça socialmente e, conforme o seu pensamento, isto se realizará através do conjunto de argumentos apresentados na construção discursiva. Diz:

> Não basta a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validez social. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validez no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa; sem legitimidade, não há lealdade das massas.[51]

---

[48] SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder:* ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p.95.
[49] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
[50] HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
[51] *Ibidem*, p.83.

É com esse intento que passamos à análise do discurso jurídico sob a ótica pós-positivista, entendendo-o como ferramenta para a engrenagem das mudanças que se operam no direito. É pela linguagem e pela construção argumentativa que se efetiva esse novo paradigma do direito, conjugando a dimensão de justiça própria do jusnaturalismo com a dimensão de segurança jurídica característica do positivismo tradicional.

2 DISCURSO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES E PANORAMA TEÓRICO

2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Antes de especificamente analisar o papel do discurso jurídico, é vital traçar ou, pelo menos, tentar traçar o seu conceito, para que não estejamos a nos debruçar em questões cujos conceitos primordiais não são conhecidos.

Quando falamos de discurso, falamos antes de tudo de linguagem, que é o conjunto ou sistema de símbolos convencionais[52], elo que proporciona as relações intersubjetivas das ideias. Por meio da linguagem é que as ideias adquirem significados e podem ser apreendidas por aqueles a quem se destina.

Numa perspectiva jurídica, é através da linguagem que se alcança a sociedade, pois o direito enquanto norma posta possui poder vinculativo, podendo ser apreendido por todos os receptores, desde que externado e com alcance pleno. Eros Roberto Grau diz que, fundamentalmente, o direito é comunicação, com a necessidade inafastável de alcançarmos o nível linguístico na prática das atividades próprias do profissional do direito[53].

O discurso, por sua vez, é a linguagem organizada e dirigida a um fim. É uma coordenação de símbolos que tem como propósito maior a persuasão. Habermas, ao tratar dos discursos, diz que:

> Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao status de conhecimento não problemático. A necessária dinâmica de cada qual ver o que o outro vê está embutida nos pressupostos pragmáticos do próprio discurso prático.[54]

---

[52] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.222.
[53] *Ibidem*, p.222.
[54] HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.63.

Por essa necessidade de alcance do consenso, todo discurso é uma construção social, embora de elaboração individual. Assim, deve o discurso ser analisado e entendido dentro do contexto social que está inserido, assim como as suas consequências, sempre entendendo o seu autor e o meio social de sua convivência. Diferente não será, portanto, com o discurso jurídico.

Eros Roberto Grau definindo-o, diz que discurso jurídico é o conjunto de discursos que usam ou falam do discurso do direito, que, nas palavras do autor, "é o discurso prescritivo produzido pelos juízes e tribunais autorizados a dizê-lo"[55]. É o conjunto de argumentos jurídicos apresentados pelo operador do direito.

Robert Alexy, teorizando a argumentação jurídica, faz semelhante diferenciação, classificando-o como em sentido estrito – o discurso jurídico dogmático – e em sentido amplo – o discurso jurídico produzido nos tribunais, pelos juízes, advogados e pela opinião pública.[56]

Ainda na sua obra, Alexy alerta para o fato de que há diferentes tipos de discussão jurídica. Existem aquelas constantes da dogmática jurídica, das deliberações judiciais, discussão de questões jurídicas entre estudantes ou operadores do direito, ou ainda aquelas encetadas na mídia frente a um fato de grande comoção. Porém, em todas elas, o traço comum é que o argumento é sempre jurídico; daí afirmar-se que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral[57], posto que possui elemento caracterizador.

O discurso jurídico é, portanto, o elo entre o homem, a lei e as instituições, sendo através dele que se procura convencer e angariar opiniões. É o conjunto de argumentos jurídicos organizados e dirigidos à persuasão, ao alcance do consenso que dará a legitimidade social necessária. Se o direito por si só já é elemento de poder, o discurso jurídico é a materialização que permite o alcance social e o dota de pragmatismo. Busca-se um convencimento para a formação de repetidores que darão força aos conceitos e conclusões incutidos no discurso proferido.

---

[55] GRAU, *op. cit.*, p.100.
[56] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação Jurídica.* Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.211.
[57] *Ibidem*, p. 211.

Na análise específica aqui proposta, as decisões judiciais são discursos dirigidos à resolução dos conflitos e onde os argumentos jurídicos são coordenados para esse fim.

Por todos esses fatores, e pelo papel que tem o discurso de alcance de um consenso através de argumentos adstritos aos limites próprios do discurso judicial, é que se faz indispensável o estudo conjunto da racionalidade do discurso jurídico nesse contexto pós-positivista.

O estudo far-se-á, ainda, nas decisões dos Tribunais Superiores, porque nessa instância encontramos uma seleção de jurisprudência que espelha o discurso jurídico de que tratamos: aquele que opera a vinculação entre o sistema de regras e princípios, interpretando e aplicando os componentes do ordenamento jurídico pela linguagem e arcabouço de argumentos jurídicos. Essa conjunção é indispensável para a realização prática do direito, que através do processo discursivo-decisório alcança um de seus fins que é a decidibilidade dos conflitos.

A Teoria do Discurso caracteriza-se, portanto, pelo fato do conjunto de argumentos poderem modificar as convicções empíricas e normativas e, também, interesses dos indivíduos.

Robert Alexy defende ser a Teoria do Discurso uma teoria procedimental, ou seja, "a correção de uma norma ou a verdade de uma declaração depende se a norma ou a declaração é ou pode ser resultado de um determinado procedimento"[58]. Assim, uma norma é válida ou adequada quando pode ela ser resultado de um procedimento, de um discurso prático racional. O procedimento do discurso é, então, um procedimento de argumentação.

A sentença judicial, abordada numa análise discursiva, é um procedimento de argumentação dirigido à extração de uma decisão concebida pelo poder constituído, tendo como consequência força coativa. É um ato jurídico que contêm norma jurídica

---

[58] ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.87.

individualizada definida pelo Poder Judiciário, diferenciando-se em razão da sua capacidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material[59].

A norma jurídica contida na fundamentação cria a *ratio decidendi*, que tem caráter geral e abstrato, valendo, por essa razão, para situações semelhantes. Abordaremos esse tema de forma mais aprofundada quando tratarmos dos precedentes judiciais.

A fundamentação da sentença, aspecto mais interessante quando se fala em análise do discurso, distingue-se em dois aspectos: a justificação interna, na qual analisa-se se o dispositivo decorre imediatamente dos preceitos utilizados, e a justificação externa que cuida da correção e aceitabilidade das premissas da justificação interna.

A justificação interna decorre de uma questão lógico-dedutiva de análise da sentença e se esta pode ser deduzida das normas colocadas como premissas. Já a justificação externa, como o próprio nome já diz, trata do aspecto da argumentação que dá validade à justificação interna. Assim, se na justificação interna realiza-se a interpretação de uma norma válida, na justificação externa construir-se-á a validade desta interpretação.

A justificação externa é exatamente o processo de justificação das premissas da justificação interna. Numa análise prática, é como se a justificação interna fossem as normas a serem aplicadas frente ao caso concreto e a justificação externa seria todo o arcabouço de argumentos usado para explicar a opção pela norma constante da decisão e porque ela se apresenta como solução para o conflito levado a juízo.

Por essa razão é que nosso trabalho se debruça sobre o estudo da sentença no que se refere a sua justificação externa, já que a análise é do discurso jurídico – conjunto de argumentos legitimadores da decisão – e do seu papel no direito pós-positivista. Compreender e analisar a fundamentação da sentença e a maneira pela qual ela se legitima socialmente é o que nos parece o ponto crucial para chegar ao papel do discurso no pós-positivismo, em um direito que recorre ao reforço argumentativo para explicar as suas bases de decisão.

---

[59] DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Vol. II. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p.261.

2.2 TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: THEODOR VIEHWEG, CHAIM PERELMAN, NEIL MACCORMICK E ROBERT ALEXY

Passadas as considerações iniciais a este capítulo, seguimos numa análise dos principais teóricos da argumentação jurídica. A investigação se faz necessária para compreendermos a evolução do pensamento referente à matéria, bem como a nossa posição no panorama teórico.

É importante esclarecer que não iremos nos debruçar com profundidade sobre os autores escolhidos. O que queremos é apontar os principais pensadores sobre a temática e em que medida contribuem para o objeto da pesquisa.

Manuel Atienza[60] explica que o que é atualmente denominado Teoria da Argumentação Jurídica origina-se de um conjunto de obras dos anos cinquenta do século passado e que têm como traço comum a rejeição de lógica formal como instrumento para examinar os raciocínios jurídicos. Os nomes que se destacam neste período são o de Theodor Viehweg e Chaim Perelman.

Passado um período de retração no estudo do tema, a Teoria da Argumentação ressurge nas últimas duas décadas do século passado como o campo de principal interesse da teoria e filosofia do direito. E já nesse período podemos destacar o pensamento de Neil MacCormick e Robert Alexy.

Em ordem cronológica, apresentamos a seguir as principais contribuições teóricas dos autores supramencionados, cuidando de estabelecer uma inter-relação imediata com o tema proposto.

---

[60] ATIENZA, *op. cit.*

2.2.1 Theodor Viehweg e a Tópica

Theodor Viehweg notabilizou-se por sua obra "Tópica e Jurisprudência"[61], que inaugurou no pós-guerra a série de textos que buscavam desconstituir a lógica formal como forma de análise do raciocínio jurídico. Além de Viehweg, também Perelman (em destaque na seção seguinte), escreveu importantes obras para a temática da teoria da argumentação e contribuiu para o estabelecimento, em nível doutrinário, de uma investigação diferenciada do raciocínio jurídico.

A obra buscou elaborar uma teoria sobre a arte da tópica e a sua relação com a jurisprudência, demonstrando que o modo tópico de raciocínio encontrava-se presente em jurisprudências alemãs da década de 40 e 50 do século passado. Viehweg, já na introdução, esclarece que "a tópica é uma técnica de pensar problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela possui uma estrutura espiritual que se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática"[62].

Para a elaboração do seu pensamento, Viehweg faz uma retrospectiva histórica partindo da obra de Gran Batista Vico – "O modo de estudar do nosso tempo", de 1708. Este último fez um estudo comparativo entre o modo de pensar crítico tendo como ponto de partida um *primum verum*, que não pode ser invalidado, e o modo de pensar antigo, que é o modo tópico, cujo ponto de partida é o *sensus comunis* (senso comum), o qual trabalha com a ideia da verossimilhança, resolvendo as questões a partir de pontos de vista da tópica, com silogismos ao invés de deduções. Para Viehweg, Vico reconhece a segurança do modo de pensar crítico por ter um ponto de partida inegável, mas ressalta a sua incompletude e pobreza da linguagem, propondo intercalar o modo tópico. É dessa solução que parte para desenvolver o seu pensamento.

Theodor Viehweg revisa, ainda, a tópica aristotélica e ciceroniana. A tópica de Aristóteles é uma das seis obras que compunham o "Organon" e, conforme Viehweg,

---

[61] VIEHWEG, *op. cit.*
[62] *Ibidem*, p.16.

ele parte da afirmação de que a tópica tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável[63].

Já a obra de Cícero teve uma influência histórica maior que a obra de Aristóteles[64], pois se dedica a elaborar um catálogo de tópicos (pontos de vista com aceitação generalizada), não se restringindo a elaboração de uma teoria. Para Cícero a tópica surge no campo da obtenção de argumentos, sendo uma razão que serve para convencer de uma coisa duvidosa.

Para Viehweg a tópica possui três características: primeiro, destaca que é uma técnica de pensar voltada para o problema; segundo, destaca que é uma técnica que trabalha com *topos* (lugar-comum) e que existem os *topoi*[65] gerais, aplicáveis universalmente e os *topoi* especiais, aplicáveis exclusivamente a uma determinada área do saber e a um determinado âmbito de problema[66]. Por fim, como terceira característica, está o fato da tópica dar destaque às premissas e não às conclusões. Na tópica, diz Viehweg, "as premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor do discurso"[67]. Assim, seria uma técnica de busca e exame das premissas, não de fundamentação destas, tarefa muito mais coerente com a operação lógica própria do sistema dedutivo.

Por ser uma busca e exame de premissas, trata-se de uma teoria dinâmica, sempre em mudança, o que demonstra a sua relevante contribuição para o direito quando tem este que atender a demandas cada vez mais complexas e variadas. O método tópico parte de premissas que têm uma presunção de plausibilidade e que desta forma servem à solução de problemas através de silogismos.

Theodor Viehweg cuida, ainda, de fazer uma retrospectiva histórica da jurisprudência, demonstrando como ao longo do tempo (Roma antiga e Idade Média) havia uma tradição tópica.

---

[63] VIEHWEG, *op. cit.*, p.24.
[64] Cf. ATIENZA, *op.cit.* p.48.
[65] *Topoi* é o plural de *topos*.
[66] VIEHWEG, *op. cit.*, p. 38.
[67] *Ibidem*, p. 44.

O autor analisa a “Digesta” de Juliano, no período do *ius civile*, e diz que é “constatação essencial que na base de uma casuística existe um pensamento problemático”[68]. Depois, em relação aos comentaristas do *mos italicus*, relata que na jurisprudência medieval se concentravam na discussão de problemas, aduzindo-se argumentos a favor e contra às possíveis soluções para o caso concreto, para daí chegar a uma única decisão. Por fim, Viehweg menciona a relação da tópica com a *ars combinatória,* quando Leibniz tentou matematizar a tópica, ou seja, criar uma casuística jurídica geral dentro de uma lógica exata, que não teve sucesso em razão da multiplicidade própria da linguagem.

Viehweg alcança a época moderna cuidando de caracterizar o método sistemático-dedutivo e de criticá-lo. Coloca a impossibilidade de se criar axiomas inalteráveis, de se proibir atividades criativas na aplicação e interpretação do direito, limitando tudo a uma atividade dedutiva a partir da lei. Aponta ainda a tópica como método inerente ao direito, afirmando que adentra no sistema jurídico por meio da mencionada interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito[69] e diz ser a dogmática jurídica um procedimento específico de suscitar problemas, devendo esse procedimento ser entendido como o objeto da ciência jurídica.

A obra de Viehweg, como já mencionado, ganha relevância por significar a recuperação da tópica e da retórica no pós-guerra, na segunda metade do século passado. Ele destaca a tópica como forma de raciocínio jurídico que trabalha com a ideia de verossimilhança, possibilitando uma elasticidade condizente com a realidade plural com que lida a ciência do direito, com a busca do justo. A tópica coaduna-se com uma forma mais flexível de pensar o direito, adequando as decisões pela verossimilhança, e não somente pela subjugação do tipo à norma.

No que se refere especificamente à relação da obra de Viehweg com o papel do discurso jurídico aqui discutido, podemos destacar dois pontos especialmente. O primeiro ponto é que, quando falamos do papel do discurso jurídico no pós-positivismo, damos destaque à situação atual do direito, com suas demandas complexas que não são passíveis de solução com uma mera atividade dedutiva,

---

[68] VIEHWEG, *op. cit.*, p.50
[69] *Ibidem*, p.88.

exigindo do operador do direito a realização de silogismos, com a abertura para raciocínios menos herméticos e mais pluralistas. Ao jurista cresce a necessidade de vislumbrar outras fontes além da lei, e o raciocínio tópico-problemático mostra-se adequado a essa ampliação, possibilitando uma nova forma de pensar o direito.

O segundo ponto que relaciona a obra de Viehweg com a temática deste trabalho também diz respeito à dinamicidade do direito na atualidade e do papel que exerce a jurisprudência para assegurar um rumo ao profissional do direito. Voltaremos a falar do papel da jurisprudência num outro contexto, contudo, quando aqui falamos de Viehweg, é importante esclarecer que sua obra é um marco para a possibilidade de se pensar o direito problematicamente e daí construir um catálogo de jurisprudência. O uso de precedentes judiciais assegura a ideia de igualdade e universalidade, ou seja, assegura que casos semelhantes sejam tratados de maneira semelhante, impedindo decisões contraditórias.

O discurso jurídico é o instrumento pelo qual elaboramos as decisões judiciais e é a partir destas que alcançamos um repositório de jurisprudência. A realidade prática do direito hodierno, com a afirmação de instrumentos como a súmula vinculante, é a constatação do valor da jurisprudência para a afirmação do ideal justiça.

2.2.2 O Pensamento de Chaim Perelman

Chaim Perelman, na sua obra “Tratado da Argumentação”[70], amplamente conhecido “A Nova Retórica”, escrita conjuntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, parte do pensamento aristotélico, que diferencia os raciocínios analíticos ou lógico-formais dos raciocínios dialéticos ou retóricos. Ele inicia a obra esclarecendo que

> para bem expor as características particulares da argumentação e os problemas inerentes a seu estudo, nada como contrapô-la à concepção clássica da demonstração e, mais especialmente, à lógica formal que se limita ao exame dos meios de prova demonstrativos[71].

---

[70] PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
[71] *Ibidem*, p.15.

Perelman se utiliza dos raciocínios dialéticos ou retóricos para desenvolver uma Teoria da Argumentação que atenda às nuances de ciências como a do direito, onde não se trabalha com a interpretação ou conclusão quanto a ser algo verdadeiro ou falso, mas sim quanto ao que é mais plausível, verossímil e aceitável às pessoas a que se destina.

Assim, Perelman contribui largamente para o direito, pois leva a compreensão de que a decisão jurídica não é derivada de uma única norma verdadeira, enquanto todas as outras são falsas, e sim de que a decisão jurídica é mais oportuna, justa e razoável em razão do conjunto de argumentos apresentados, associados aos fatos levados à decomposição do juiz.

Para essa compreensão, Perelman faz uso da noção de "auditório"[72], que, para a sua teoria, seria o espectro de pessoas que se procura persuadir. Essa noção de auditório mostra-se indispensável para a construção da sua obra, já que é corrente, como o próprio título diz, ele dá mais atenção à retórica do que á dialética[73], ou seja, queria ele tratar especificamente da arte de convencer pela argumentação.

Perelman distingue em "auditório universal" e "auditório relevante", para, a partir daí, a analisar os usos dos argumentos. Diz ele que é a natureza do auditório que determina o aspecto que assumirá a argumentação e o alcance que lhe será atribuído, se de maior sucesso ou não[74].

O auditório é o conjunto de pessoas que o argumentante pretende influenciar. Será universal quando os argumentos são utilizados para o conjunto de todas as pessoas racionais e linguisticamente competentes. Por sua vez, será auditório relevante quando os argumentos são direcionados para um grupo de pessoas especialmente ligadas aos argumentos tratados.

---

[72] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p.22

[73] Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira a dialética é "a arte do diálogo ou da discussão". (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio:* o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed.. rev. atualiz. Curitiba: Posigraf, 2004, p. 316). Já a retórica é "eloquência, oratória. Conjunto de regras relativos à eloquência" (*Ibidem*, p. 706)

[74] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTEC, *op. cit.*, p.33.

Daí decorre a distinção entre persuadir e convencer. Na Nova Retórica, Perelman aponta como persuasiva uma argumentação que pretende vale só para um auditório particular (grupo de pessoas ligadas ao argumento exposto), já a argumentação convincente é aquela que deveria obter a adesão de todo ser racional[75]. Diz ele, ainda, que para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, "pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação"[76]. A persuasão é algo que se produz por obra de outrem através de argumentos.

Cabe-nos aqui uma breve digressão, já que estas conceituações e diferenciações construídas por Perelman são de relevante importância para o nosso trabalho. Apesar de apontarmos o pensamento de Alexy como aquele que nos serve de norte para estes escritos, é também importante que relacionemos nas demais obras analisadas o que há de contributivo.

Assim é que, quando Perelman constroi primeiramente o conceito de auditório universal e auditório relevante, serve para esclarecer aquilo que diferencia o grupo de pessoas para quem se dirige o discurso, ou seja, aquele discurso – no nosso caso jurídico – para quem se dirigirá? E o que ele representa e deve alcançar?

Esta análise, partindo dos destinatários, é ideal para a construção do discurso jurídico no pós-positivismo, posto que se insere em uma sociedade multifacetada, com diferentes e inúmeros anseios. As decisões judiciais e os seus produtores devem, portanto, estar sensíveis a tais nuances para assegurar a legitimidade da decisão através da boa construção argumentativa, coordenando as disposições legais com recursos outros igualmente jurídicos (princípios, precedentes judiciais).

Conjuntamente com essa noção de auditório universal e relevante, ainda em relação à importante distinção feita na obra A Nova Retórica quanto ao que se compreende entre persuadir e convencer, esta ideia coaduna-se com a concepção habermasiana de discurso que apresentamos no início deste capítulo, de que é uma construção linguística dirigida a persuadir aqueles a que se dirige.

---

[75] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTEC, *op. cit.,* p.30.
[76] *Ibidem*, p.30

Atende, pois, aos nossos propósitos, posto que uma das ideias que desenvolvemos é a de que o papel do discurso jurídico no pós-positivismo é contribuir para a construção de decisões que adquirem legitimidade pela sua capacidade de, através da argumentação, mesmo sem fazer uso estritamente de artigo de lei, como queria o positivismo, convencer e tornar-se socialmente legítima.

Ainda na mesma obra, Perelman segue desenvolvendo a sua Teoria da Argumentação, sendo que na segunda parte do livro trata dos pontos de partida da argumentação, estabelecendo-os em três: o acordo, a escolha e a apresentação de premissas. Na terceira parte apresenta uma possível classificação para as técnicas argumentativas, classificando-os em argumentos quase-lógicos, argumentos baseados na estrutura do real, argumentos que dão base a estrutura do real e argumentos de dissociação.

Nas duas partes que se seguem, Perelman faz importantes conexões entre argumentos baseados em fatos e argumentos baseados em valores e de como estes funcionam tanto para a introdução da construção argumentativa, bem assim para o preenchimento do seu conteúdo.

Além da Teoria da Argumentação, também na obra intitulada "Lógica Jurídica"[77], o pensamento perelmaniano traz contribuições ao nosso trabalho. Neste outro livro, Perelman faz uma análise histórica do avanço do raciocínio jurídico desde o Código de Napoleão até o período pós-segunda guerra mundial, traçando esta importante evolução paralela entre a ciência do direito e o desenvolvimento da lógica judiciária. Diz Perelman que é "na motivação dos tribunais que encontraremos as melhores amostras da lógica jurídica"[78].

Ele divide em três grandes períodos: Escola da Exegese, que vai da Napoleão e termina em 1880; o da Escola Teleológica ou Funcional, que vai até1945; e o Período Pós-guerra.

---

[77] PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica.* Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
[78] *Ibidem*, p. 29.

A Escola da Exegese, sendo a primeira fase destacada por Perelman, caracterizar-se-ia pela pretensão de reduzir o direito à lei, sob a influência do racionalismo moderno. O direito era assimilado a um sistema dedutivo, que se adstringia à lei como expressão máxima da ciência jurídica. Ao juiz só cabia decidir de acordo com ela, sem se importar com a razoabilidade prática daquela decisão.

O segundo grande período apontado por Chaim Perelman, é o da Escola Teleológica, funcional e sociológica do direito, que já não concebe o direito como "um sistema mais ou menos fechado, que o juiz aplica métodos exclusivamente dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. É um meio do qual se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores"[79]. Nessa concepção, supera-se a ideia positivista racional de ater-se somente à lei, buscando-se compreender a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) e o fim social que era buscado por este. O juiz passa a preocupar-se também com este aspecto na sua decisão, considerando-o na sua construção argumentativa.

Por fim, Perelman aponta uma terceira fase que se inicia pós-1945. Ele fala da predominância do pensamento positivista até o final da segunda guerra mundial e diz que esta concepção "elimina do direito qualquer ideia de justiça"[80]. Perelman coloca que o Estado nazista, com o genocídio baseado no cumprimento estrito da lei, retirou a possibilidade de se continuar a defender a tese de que "lei é lei" e de que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Perelman diz, ainda,

> que há princípios que mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõe-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas do valores que este tem por missão promover dentre os quais figura em primeiro plano a justiça[81].

Resumidamente, para Perelman, há uma nova concepção do direito que se caracteriza por colocar em vias de igualdade a importância dada às disposições legais, mas também aos princípios gerais do direito e a tópica jurídica.

---

[79] PERELMAN, *op. cit.*, p. 70.
[80] *Ibidem*, p. 91.
[81] *Ibidem*, p. 95.

Diz ele que

> toda problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica[82].

Assim, a análise de Chaim Perelman contribui, ainda que parcialmente, para a ideia que procuramos construir: de que o direito pós-positivista encontra na construção discursiva a forma de conciliar, na sentença, a conformidade com a lei, a sua razoabilidade e aceitabilidade. Dota, portanto, de legitimidade as decisões e recorre a instrumentos jurídicos outros, como os princípios, os precedentes judiciais e o uso do pensamento tópico-problemático.

São tendências que apontamos no início deste trabalho e que voltaremos a tratar quando da análise de decisões do STF, a ser feita no capítulo subsequente.

Assim como Perelman, entendemos que o raciocínio jurídico não é uma simples dedução silogística, nem tampouco a mera busca de uma solução equitativa, mas sim, a busca de uma solução na qual se leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o direito[83].

2.2.3 O pensamento de Neil MacCormick

Conforme supracitado, Chaim Perelman e Theodor Viehweg são teóricos da primeira metade do século passado e tinham como pensamento em comum a rejeição ao modelo da lógica dedutiva. Por sua vez, o que atualmente se denomina como teoria padrão da argumentação jurídica é formado pelos pensamentos de Robert Alexy e Neil MacCormick[84].

---

[82] PERELMAN, *op. cit.*, p. 117.
[83] *Ibidem*, p.98 *et. seq.*
[84] ATIENZA, *op.cit.*, p.117-118.

O pensamento central de Neil MacCormick[85] dirige-se a criar uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa, que abarque um ideia contemplativa da segurança própria da normatividade, bem como da lógica descritiva. Ele defende sempre um meio termo. Para MacCormick, a argumentação tem como função justificar para a viabilidade da decisão, sendo que essa justificação deve estar de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes (aspectos descritivo e normativo, respectivamente). Para o autor, justificar significa demonstrar que as decisões estão de acordo com o direito.

MacCormick defende expressamente a justificação dedutiva, mas faz questão de colocar que esta não é suficiente para o estudo da argumentação, e se dedica também a analisar os elementos da argumentação jurídica que não são dedutivos[86].

Para desenvolver a sua teoria MacCormick baseia-se em decisões do Tribunal Britânico, permeando a análise das sentenças com seus comentários. Parte da decisão de um caso, onde a decisão decorreu de uso da técnica dedutiva, analisando os pressupostos e limites da justificação dedutiva. MacCormick coloca que uma argumentação dedutiva é aquela que se propõe a demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, que são as premissas da argumentação[87].

Um primeiro pressuposto da justificação dedutiva refere-se à obrigação do juiz de aplicar as regras do direito válido. Entende MacCormick que aqueles que se determinam por um sistema de direito e a ele se sujeitam devem priorizar as regras de direito válido. O segundo é que o juiz pode identificar, dentre as regras válidas para o sistema, quais delas são válidas também para a situação que lhe é posta, ou seja, a identificação e opção é algo que está nas mãos do juiz e que a ele, somente a ele, cabe a tarefa de construção da justificação daí decorrente.

---

[85] MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006
[86] *Ibidem*, p.IX.
[87] *Ibidem*, p.26.

O direito, para MacCormick, não pode ser abstraído da moral e da política[88] por envolver escolhas a cargo do juiz e da sua valoração a partir da norma válida e dos fatos trazidos à sua colação.

Outro limite à justificação dedutiva ocorre na formulação de premissas normativas ou fáticas, pois podem surgir problemas daí decorrentes. MacCormick aponta a existência de casos fáceis e difíceis e, nestes últimos, aponta a possível existência de quatro problemas: problemas de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação. Os dois primeiros surgem quando do estabelecimento de premissas normativas, os dois últimos quando do estabelecimento de premissas fáticas.

O problema de interpretação ocorre em razão da possibilidade de interpretar-se uma mesma norma de mais de uma maneira. MacCormick, utilizando-se de uma situação prática (aplicação da Lei de Relações Raciais do Reino Unido, de 1968), procura demonstrar que uma mesma lei pode suscitar interpretações ambíguas, dada uma situação, e que caberá ao aplicador optar entre uma das versões concorrentes da norma. Para tanto, exigir-se-á do aplicador uma justificação completa que extirpe essa ambiguidade, e que gire "em torno de como for justificada a escolha entre as verdades concorrentes da norma"[89].

O problema de pertinência seria quanto a saber se das alegações decorre a conclusão em busca da qual se recorre ao tribunal, se há lei aplicável à situação concreta. Seria a necessidade de haver uma concatenação lógica entre a pretensão apresentada e o resultado que se espera da decisão judicial. Em não havendo uma lei aplicável, MacCormick atenta que a razão para a pretensão não pode ser individual e particular, ou seja, se há uma razão que justifique aquela conclusão do aplicador da lei, essa razão deve também poder ser aplicada a situações semelhantes com os mesmos pressupostos lógicos, de forma a resguardar a universalidade da decisão.

O terceiro problema diz respeito à avaliação das provas para adequá-las à situação a ser decidida, levando a uma conclusão coerente. MacCormick destaca que os

---

[88] MACCORMICK, *op. cit*, p.81.
[89] *Ibidem*, p.86.

problemas de prova são problemas de caráter particular, já que se restrigem a uma determinada situação ou a um número diminuto de situações semelhantes, ao contrário dos problemas de interpretação e pertinência, que têm um caráter de universalidade[90].

Por fim, o quarto e último problema, é o de qualificação, ou seja, de avaliação quanto aos fatos levados a juízo e quais destes se integram ou não ao que será reduzido à norma jurídica.

Assim, para MacCormick, analisados os problemas que assolam os denominados casos difíceis, para a justificação de uma decisão nessa situação, o cumprimento do requisito de universalidade é fundamental. Desta maneira, para uma decisão em um caso difícil estar bem justificada deve ela embasar-se em, ao menos, uma norma ou princípio geral para que reste resguardada a sua segurança. Quando fala de universalidade, MacCormick o faz no sentido lógico, dentro da construção sentencial, e não em relação a todo o ordenamento jurídico. Assim, uma norma pode ser mais específica que outra, mas ser igualmente universal.

Para além da análise da justificação dedutiva, onde MacCormick debruça-se sobre as questões de lógica da sentença, o que coincide com a justificação interna da sentença (ver seção 3.1). Em um segundo momento, MacCormick analisa a "justificação de segunda ordem"[91], perpassando o seu estudo pela consequências advindas das decisões judiciais. Isto porque MacCormick reconhece que uma decisão jurídica deve ter sentido tanto para o sistema jurídico (correção normativa) como para o mundo, assim entendido como os destinatários do dispositivo constante da decisão[92].

É nessa "justificação de segunda ordem" que se situa a construção argumentativa, o conjunto coordenado de argumentos que associado aos dispositivos legais demonstrará por que a decisão mostra-se suficiente para a solução do conflito posto, já que explicitam a coerência da sentença.

---

[90] MACCORMICK, *op. cit.*, p.118.
[91] *Ibidem*, p. 128 et seq.
[92] *Ibidem*, p.131.

Para MacCormick, a coerência enquanto característica de uma decisão judicial pode ser distinguida entre coerência normativa e coerência narrativa. A coerência normativa parte da ideia de que o direito está de acordo com a noção de universalidade, considerando as normas não isoladamente, mas como conjuntos dotados de sentido.

Assim, há um grande princípio básico, a partir do qual se constituem as normas e perante o qual elas se justificam. Já a coerência narrativa atém-se aos fatos. Há coerência narrativa quando não há uma dedução imediata a partir das provas. Assim seria o discurso construído para explicar o fenômeno social a partir de princípios do tipo racional, sobre os quais se baseia o direito.

A soma dessas referências (coerência normativa + narrativa + princípios de universalidade) é que dá à argumentação jurídica uma característica de argumentação consequencialista, que, segundo MacCormick, são os argumentos decisivos[93]. Os argumentos consequencialistas somariam e determinariam o discurso para uma razão de correção (que seria uma decisão boa ou correta por si mesma).

Por fim, MacCormick coloca em jogo a questão de não haver uma única resposta correta quando se trata de casos difíceis. Nesses casos, então, utilizar-se-ia os critérios de universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências para se fazer escolhas e chegar a um único resultado.

Conclui ele – no que há de mais importante para o nosso trabalho – que, quando dessas escolhas, deve-se considerar não só a racionalidade prática, bem como a sensatez, perspicácia e sentido de justiça. Em outras palavras, defende MacCormick que o espírito do juiz deve ser guiado não só por instrumentos tendentes a uma avaliação exclusivamente jurídica, mas também por valores humanos que merecem ser considerados para o alcance da decisão satisfatória.

---

[93] MACCORMICK, *op. cit.*, p.138-152.

Considera que a argumentação jurídica é parte da argumentação moral, dizendo que "um estudo da argumentação jurídica não é de modo algum inútil para a compreensão da argumentação moral"[94]. A argumentação jurídica seria um caso institucionalizado da argumentação moral.

Neste ponto coadunamos com MacCormick. Apesar de não aprofundarmos nessa problemática, consideramos inegável que ao tomar a decisão o juiz considera o arcabouço de instrumentos jurídicos que tem à sua disposição, mas coloca ali, também, valores a serem avaliados, tais como o bom senso, a perspicácia, o sentido de justiça.

É o que Hans-Georg Gadamer denomina "pré-conceito"[95], que é uma ideia que não tem sentido pejorativo, como discriminação, mas sim sentido fenomenológico, de conceito formado previamente. Ele diz que "os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica do seu ser"[96].

Através da argumentação, dar-se-á a esses diferentes instrumentos – jurídicos e não-jurídicos – a forma discursiva racional, institucionalizada, fazendo da sentença um dispositivo legitimado.

A proibição do *non liquet*, ou a obrigatoriedade de decidir, impõe ao magistrado o exercício da decisão. João Maurício Adeodato[97], analisando a questão, diz que "esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo"[98]. Portanto, entender o ato de decidir sem reconhecer a existência de avaliações axiológicas do juiz é reconhecer uma verdade que não condiz com a realidade. O juiz realiza, em momento anterior à decisão, uma série de reflexões em que estarão presentes suas experiências e vivências, influenciando no dispositivo final. A argumentação jurídica traduz em

---

[94] MACCORMICK, *op. cit*., p. 357.
[95] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I.* Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 368.
[96] *Ibidem*, p. 368.
[97] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo; Saraiva, 2002.
[98] *Ibidem*, p.217.

linguagem institucionalizada esses elementos de que se serve o juiz na hora da decisão, dando racionalidade à decisão.

2.2.4 Robert Alexy: discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral

Robert Alexy se notabiliza, dentre outros trabalhos, pela sua Teoria da Argumentação Jurídica[99], quando procura explicar o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.

A base da teoria de Alexy é o pensamento de Jürgen Habermas, que parte da ideia de que "a condição para a verdade dos enunciados é o assentimento potencial de todos os demais"[100], ou seja, ele coloca o consenso como uma condição para que se estabeleça a verdade de um enunciado. Assim, quando a ação comunicativa passa a problematizar pretensões de verdade ou de correção, passa-se da ação para o discurso, já que há a intenção de alcance do consenso. "Nos discursos, as afirmações sobre a verdade que se tornou problemática são trazidas à tona e sua justificação analisada"[101]. Tais justificações são o conjunto de argumentos estabelecidos para a construção da convicção dos destinatários do discurso. Essa coordenação de elementos é que fazem o discurso.

Ricardo Maurício Freire Soares[102], comentando a obra de Alexy, explica que ele se vale da contribuição de Habermas para compreender que as questões prático-morais, incluindo as jurídicas, podem ser analisadas sob um enfoque racionalista, por meio da força do melhor argumento, e que o discurso daí decorrente também

---

[99] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.211.
[100] HABERMAS, 1989, p.121 *apud* ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001, p.161.
[101] ALEXY, *op. cit.* 2001, p.94.
[102] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: Jus Podium, 2007.

será racionalmente motivado e expressará uma vontade racional ou um consenso justificado[103].

Para desenvolver essa ideia, como já dito, Alexy trata inicialmente do discurso prático geral e para este desenvolve seis grupos de regras a serem seguidas. São elas:

1) Regras Fundamentais: Este primeiro grupo de regras é fundamental para qualquer comunicação linguística e dá origem a qualquer questão sobre verdade ou correção (nenhum orador pode se contradizer; todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê; todo orador que aplique um predicado F a um sujeito A, deve fazê-lo igualmente para qualquer outro objeto igual a A; diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados).

2) Regras de Racionalidade: Estas definem as condições de racionalidade do discurso, ou seja, a condição ideal de justificação de afirmativas feitas no discurso prático geral. São regras de racionalidade: todo falante deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser quando puder dar razões que justifiquem a recusa a uma fundamentação; quem pode falar pode participar do discurso; todos podem problematizar qualquer asserção; a nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, os direitos anteriormente fixados.

3) Regras sobre a Carga da Argumentação: Em razão do excesso de regras para a elaboração do discurso prático, o que poderia engessar a argumentação, criou-se este outro grupo de regras, visando facilitar o processo argumentativo. São elas: quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente a adotada para uma pessoa B, está obrigado a fundamentar isso; quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso; quem apresentou um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; quem introduz, no discurso, uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento

[103] SOARES, *op. cit.*, p. 68.

a uma anterior manifestação, tem, se isso lhe é pedido, de fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.

4) Formas de Argumento: este quarto grupo são as formas de argumentos do discurso prático geral. Alexy parte da ideia de que há duas maneiras de justificar um enunciado normativo singular (N), ou fazendo referência a uma regra (R) pressupostamente válida; ou então observando as consequências de (F) de N. Se há opção de fazer referência a uma regra (R) deve haver necessariamente um enunciado de fato que descreve as condições de aplicação da regra. Este enunciado é representado por T (Tatsache = caso concreto). Se, contudo, a opção é pela segunda, ou seja, pela observação das consequências (F), deve-se partir de uma regra que diz que a produção de certas consequências é obrigatória.

5) Regras de Justificação: São regras para as regras anteriores, ou seja, são regras que regulam como concretizar a fundamentação por meio das formas anteriores. São elas: a pessoa que afirma uma proposição normativa, que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências dessa regra também no caso hipotético de que ela se encontrasse na situação daquelas pessoas; as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos; todas as regras devem poder ser ensinadas de forma aberta e geral.

6) Regras de Transição: São regras aplicáveis para quando da necessidade de recorrer a outros tipos de discurso que, por sua linguagem específica, exijam regras igualmente específicas. São regras de transição: para qualquer falante, em qualquer momento, é possível passar para um discurso teórico (empírico); para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de análise de linguagem; para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

Elaborado esse longo catálogo de regras, Alexy coloca que o discurso prático geral encontra limitações quando se trata de soluções exigentes. Essas regras não garantem que a concordância seja alcançada em todo assunto, nem que o acordo

obtido seja final e irreversível[104]. São essas limitações, aponta Alexy, que dão as razões para a necessidade de regras jurídicas e, por consequência, de criação de um discurso jurídico.

Atienza[105] explica que ele acresce ao discurso geral três tipos de procedimentos jurídicos: o primeiro procedimento é a criação estatal de normas jurídicas, que proporciona selecionar somente regras discursivamente possíveis, já que chanceladas pelo Estado através de um procedimento legislativo. Como, contudo, o legislador não é capaz de alcançar todas as situações possíveis a serem reguladas por lei, bem como a linguagem jurídica coloca-se imprecisa, concebe-se um segundo procedimento, que ele denomina argumentação jurídica ou discurso jurídico. Porém, também o discurso jurídico por si só não seria suficiente , já que não proporciona uma única resposta para cada caso. Ingressa, então, o terceiro procedimento, condicionado a delimitar argumentação e encontrar uma única resposta juridicamente correta, que é o processo judicial.

O processo judicial entra como um espaço procedimental-discursivo para o direito. Um espaço de comunicação que se constitui um direito fundamental ou lugar de realizações de direitos fundamentais e de onde se extrai apenas uma resposta dentre aquelas discursivamente possíveis.

2.2.4.1 A teoria da argumentação jurídica em Alexy

Após analisar o discurso prático geral e suas regras, Alexy parte para uma Teoria da Argumentação Jurídica concebendo que há limites no discurso prático geral que condicionam ao uso de argumentos jurídicos. Para ele, o que caracteriza basicamente o discurso jurídico é que o argumento de construção é jurídico, pelo menos em parte, e, também, que a argumentação jurídica é caracterizada por sua relação com a lei válida, com os precedentes judiciais e com a dogmática jurídica[106].

---

[104] ALEXY, *op. cit.*, p.200.
[105] ATIENZA, *op. cit.*, p.171-172
[106] ALEXY, *op. cit.*, p.212.

Assim, por exemplo, o discurso jurídico desenvolvido na dogmática é um discurso mais livre; já no processo judicial essa limitação é maior, pois há certo rigorosismo de forma, de tempo e da maneira de manifestação das partes, lembrando que elas se guiam mais pelos seus interesses do que pelo que é justo.

Reiterando a sua tese de compreender o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, Alexy aponta as suas razões em três: 1) porque as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas; 2) porque há uma exigência de correção dentro da ordem jurídica vigente; 3) porque há condições de limitação a partir do fato descrito.

Em seguida, coloca como traço básico da sua Teoria da Argumentação Jurídica a presença nas sentenças da justificação interna e externa, conceitos já utilizados no nosso trabalho (ver seção 3.1). A justificação interna, precisamente no pensamento de Alexy, propõe uma análise da decisão e se esta decorre da norma universal usada na fundamentação. Já a justificação externa é formada pelo conjunto de premissas usadas na justificação interna.

Alexy levanta relevante questão quando fala que a justificação externa variará de acordo com a premissa constante da decisão judicial. Assim, se a premissa é uma regra da lei positivada, a justificação externa deverá demonstrar que atende aos critérios de validade da ordem jurídica e reponde à *quaestio iuris*. Se for uma premissa de afirmação empírica, a justificação externa variará de acordo com o tipo de premissa utilizada, "desde métodos das ciências empíricas, até máximas de presunção racional às regras que tem o encargo de prova num processo"[107].

Por fim, trata Alexy das premissas que não são nem regras da lei positiva, nem afirmações empíricas, sendo que estas é que serão primordialmente justificadas pela argumentação jurídica. A argumentação jurídica da qual se propõe a tratar Alexy é exatamente o núcleo de argumentos constantes da justificação externa que não são respaldadas na lei positiva ou na informação empírica.

---

[107] ALEXY, *op. cit.*, p.225.

A abordagem que Alexy desenvolve da justificação externa no decorrer da sua descrição da Teoria da Argumentação Jurídica, restringe-se, pois, ao conjunto de argumentos que não têm um respaldo legal ou probatório e para essa análise Alexy mais uma vez desenvolve um grupo de regras da justificação externa.

Essas regras são em seis: 1) regras de interpretação; 2) regras de argumentação dogmática; 3) regras quanto ao uso de precedentes; 4) regras para argumentação prática geral; 5) regras de argumentação empírica; 6) regras para as formas especiais de argumentos jurídicos.

O primeiro grupo de regras são regras de interpretação, distinguindo Alexy em seis grupos de argumentos interpretativos: semânticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos e sistemáticos. Esclarece o autor que estes argumentos interpretativos têm como tarefa primordial justificar as interpretações dada às normas positivadas ou não[108]. Assim, comentando cada um dos tipos de argumentos e a sua relevância para a elaboração do discurso jurídico, o autor mostra como auxiliam tanto na análise de regras, como na análise de afirmações jurídicas não positivadas.

Contudo, conclui o autor que os argumentos interpretativos não são suficientes e, por vezes, tornam-se incongruentes. Sugere que não há hierarquia fixa que possa ser estabelecida entre eles, mas que deve haver uma preferência dos argumentos semânticos e genéticos.

O segundo grupo de regras interpretativas é de argumentação dogmática. Robert Alexy coloca-as como de grande importância, pois têm, dentre outras, uma função de estabilização, de desenvolvimento e de redução do encargo da argumentação. As regras são as seguintes: 1) os enunciados dogmáticos devem ser justificados, em último caso, com regras do discurso prático geral; 2) os enunciados dogmáticos devem ser comprovados sistematicamente, tanto em sentido estrito (com outros enunciados dogmáticos e normas vigentes), como em sentido amplo (usando como parâmetro pontos de visto do tipo prático geral); 3) sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis, eles devem ser usados.

---

[108] ALEXY, *op. cit.*, p. 228.

O terceiro grupo de regras de argumentação é referente aos precedentes judiciais. Alexy destaca a importância dos precedentes como “um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica”[109] e destaca dois aspectos a serem analisados: o papel do precedente na teoria do discurso jurídico e a relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico. Diz que o pressuposto para o uso dos precedentes é a ideia de que devemos dar igual tratamento para casos semelhantes. É a justiça como qualidade formal.

Deste entendimento, Alexy deduz duas regras: se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado; quem deseja partir de um precedente fica com o encargo do argumento.

A questão do uso do precedente no discurso jurídico voltará a ser analisada em momento posterior, dada a sua importância para a temática aqui debatida e para a melhor compreensão do capítulo subsequente em que analisamos decisões do STF sob a perspectiva do papel do discurso jurídico.

Por fim, os três últimos grupos de regras de justificação externa são os argumentos jurídicos especiais, quais sejam: o argumento a contrário, a analogia, e a redução ao absurdo. Alexy os coloca também como casos especiais do discurso prático geral.

Após desenvolver todas essas regras, Alexy chega à conclusão da inexcedível necessidade de uma teoria do discurso jurídico racional, com o ideal de se chegar a uma única resposta correta. Contudo, esta pretensão de correção é limitada. Primeiro porque é impossível mensurar a série de nuances referentes aos participantes do discurso, e, segundo, porque se efetua o discurso sob as exigências assinaladas pela lei, pela dogmática e pelos precedentes.

---

[109] ALEXY, *op. cit.*, p.258.

Diz Alexy:

> o ponto decisivo aqui é que os participantes de um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um pleno sentido, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. Isto significa que devem pressupor a única resposta correta como ideia regulativa[110].

Assim, usando a ideia da única resposta correta como marco, direciona para que a teoria do discurso mantenha-se sob as limitações destacadas, mas como meio de efetivação do Estado Democrático de Direito. A teoria da argumentação serviria, nas palavras de Atienza[111], para unir dois modelos diferentes do sistema jurídico: o sistema jurídico como sistema de procedimentos e o sistema jurídico como sistema de normas. O primeiro é o lado ativo e se compõe de quatro procedimentos (discurso prático geral, criação estatal do direito, discurso jurídico e processo judicial); o segundo é o lado passivo e deve mostrar que o direito, como sistema de normas, é composto não só de regras, como também de princípios.

A associação do sistema de normas composto por regras e princípios ao sistema de procedimentos, tudo isso através de uma construção argumentativa, é o que nos parece materializar a concepção de racionalização do direito dentro de um Estado Democrático e Constitucional. Portanto, a teoria da argumentação jurídica de Alexy além de delimitar o discurso jurídico a partir do discurso prático geral e, também, a partir de regras específicas, concebe-o como sendo o elo entre o sistema de procedimentos e sistema de normas que torna possível uma decisão racionalmente fundamentada.

Alexy[112] esclarece, ainda, que a ideia de uma única resposta correta não tem que ser abandonada, podendo-se seguir por duas vias. A primeira via recorre quem afirma que a existência de uma única resposta não depende que exista um procedimento que permita mostrá-lo. Não é esta a via de Alexy. A segunda, conforme o autor, é a via que ele segue e esta se abre com a compreensão de que a adição do nível dos princípios ao das regras não leva a um modelo completo do

---

[110] ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 5, 1988, p. 139-151. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf?portal=0>. Acesso em: 21 jul. 2009

[111] ATIENZA, *op. cit.,* p. 181.

[112] ALEXY, *op. cit.*

sistema jurídico. Para lograr um modelo adequado de sistema jurídico, com relação à questão da correção da decisão, deve-se acrescer a estes dois níveis outro lado ativo referente a esta questão, com uma teoria da argumentação jurídica que diz como sobre a base de ambos os níveis é possível uma decisão racionalmente fundamentada.

2.2.4.2 A teoria de Alexy e o papel do discurso jurídico no pós-positivismo

Alguns pontos da teoria de Alexy são fundamentais para a nossa proposta de trabalho, como já bem afirmamos na introdução.

Inicialmente, concebe Alexy, a partir do pensamento de Jürgen Habermas, que a argumentação remete-nos a um sistema ideal de fala, em que a verdade das proposições ou a correção das normas depende do alcance do consenso, tudo isso em uma situação de liberdade e simetria entre os participantes do discurso.

Essa ideia de consenso associada à liberdade e simetria coaduna-se com o que pensamos acerca do discurso jurídico no pós-positivismo. Ainda que devamos pensar no consenso como uma situação ideal – conforme caracteriza Alexy – fica a argumentação, o uso discurso, como o meio para o alcance dessa situação de possível consenso. O discurso ingressa como o elemento capaz de legitimar as decisões judiciais que não se baseiem mais numa lógica dedutiva, usando o discurso para agregar novos recursos à decisão do juiz, tornando-a ainda mais próxima do alcance de um consenso pelos destinatários da decisão. Concordamos, portanto, que a busca do consenso social é que legitima a decisão judicial.

Mais adiante, ao tratar da diferenciação entre justificação interna e externa, quando Alexy coloca que a justificação externa é o verdadeiro campo do discurso jurídico e levanta a possibilidade de nesse haver justificação de premissas quem nem são regras de direito positivo, nem são afirmações empíricas, ingressa a um dos pontos que é fundamental na teoria de Alexy para o estudo proposto.

Quando questionamos o papel do discurso no direito pós-positivista, o que queremos analisar é este discurso jurídico que serve de justificação para decisões judiciais que se baseiam não necessariamente em leis positivadas. Decisões que recorrem a outros fundamentos igualmente admitidos no ordenamento jurídico, mas que nele não ingressam como regra a ser racionalmente cumprida ou descumprida.

Toda a argumentação que decide celeumas a partir do uso de princípios ou precedentes judiciais, por exemplo, é uma argumentação baseada numa lógica diferenciada e que se aproxima daquilo que Robert Alexy defende em sua obra, e com a qual coadunamos. Esta arrumação argumentativa discute, por vezes, a própria validade das regras positivadas ou, ainda, permite a abertura do sistema jurídico para uma avaliação voltados à efetivação de direitos fundamentais nem sempre contidos em lei específica. A exemplo de direitos fundamentais que decorrem de uma circunstância social emergente, sem previsão na ordem jurídica, mas que reclamam uma resposta imediata do direito, reclamam uma única decisão decorrente de um procedimento delimitado e constituído por um conjunto de argumentos.

Por fim, um terceiro e último ponto da teoria de Alexy que nos é cara é quando este coloca a teoria da argumentação jurídica como o elo entre os dois sistemas: o de procedimento e o de norma. Acreditamos que o discurso jurídico é a ferramenta para proporcionar a ligação entre o sistema de regras e princípios e os procedimentos, especificamente, o processo judicial.

Neste espaço delimitado que é o processo, é através da argumentação jurídica que se pode viabilizar a aplicação de regras e princípios e a conclusão em uma decisão racional que implique a solução do problema posto. Conforma-se com a ideia de um direito pós-moderno por trabalhar a argumentação jurídica para a efetivação da justiça, valendo-se do discurso jurídico para associar regras, princípios, precedentes judiciais e tantos outros elementos juridicamente compatíveis com o ambiente processual.

Além de colocar a argumentação jurídica como coaguladora, Alexy nos permite vislumbrar o processo como um espaço de concretização de direitos fundamentais,

já que a procedimentalização, com a colocação de espaço e tempo para cada uma das partes, permite que elas apresentem argumentos democraticamente. Por consequência, concebe-se uma solução justa pela igualdade de oportunidades de manifestação, construindo-se lastro no qual se baseará o juiz para sua decisão.

3 O DISCURSO JURÍDICO E O PÓS-POSITIVISMO

Cuidamos até aqui de caracterizar, de situar os conceitos com que trabalhamos, tarefa primordial para se construir a linha de pensamento que pretendemos transmitir. Porém, faremos neste ponto a importante intersecção entre a conceituação de discurso jurídico desenvolvida e aqueles itens que foram colocados como características de um direito pós-positivista.

Partimos do conceito de Alexy do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, e assim o definimos por utilizar-se sempre de argumentos jurídicos. O discurso jurídico é o conjunto de argumentos organizado e dirigido à persuasão, ao alcance do consenso, dando legitimidade à decisão judicial.

Assim, passaremos a interrelacionar cada uma das características constantes do primeiro capítulo com o conceito de discurso desenvolvido, desvendando em que medida ele serve para a concretização do direito pós-positivista.

Contudo, antes de passarmos a esse cruzamento de ideias, é mister esclarecer que o direito não se restringe às características que apontamos. Guarda ele, ainda, os tradicionais traços de recurso a lei positiva, bem assim às fontes secundárias, como os costumes e os princípios gerais do direito.

Entretanto, como queremos cuidar do papel do discurso jurídico no direito pós-positivista, ficaremos restritos a este ângulo de análise, pois é o rompimento do paradigma positivista e as mudanças daí decorrentes que são especialmente interessantes para nós.

3.1 O DISCURSO JURÍDICO E O USO DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, em estudo sobre a temática dos princípios, estes "devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis."[113].

Assim, ganham importância na medida em que estão afirmados na Carta Magna, bem assim desde quando surgem questões de complexidade mais acirrada, que não encontrando uma regra positivada que responda imediatamente, recorre o operador do direito às disposições principiológicas. Por constarem os princípios na Constituição Federal torna-se válido o esforço para dar-lhes eficácia.

Como indicam um estado ideal de coisas[114], podem ser aplicados em diferentes medidas, com textura mais aberta, permitindo ao aplicador maior liberdade para a construção da resposta exigida pela sociedade, permitindo o seu uso uma reaproximação entre o direito, a moral e a ética.

Neste ínterim podemos dizer que o discurso exerce um importante papel em duas situações: a uma quando da determinação do uso do princípio escolhido pelo operador; a duas quando do uso da técnica de ponderação, comum naquelas situações em que mais de um princípio é aplicável ao caso concreto.

Na primeira situação o discurso jurídico servirá para preencher o campo de indeterminação que muitas vezes decorre do conceito de um princípio jurídico. Os princípios possuem alta carga valorativa e, para determinar a sua aplicação a um caso concreto, é exigido do operador do direito que seja a decisão bem fundamentada para que, objetivamente, seja passível de controle de legalidade e legitimidade. O discurso cumprirá esse papel, já que é através do arcabouço

---

[113] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.09.
[114] ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

argumentativo que se fará compreender em que medida determinado princípio serve à solução da questão levada a juízo.

Ao operador do direito cabe fazer uso da argumentação para efetivar os valores decorrentes dos princípios jurídicos, para preencher o campo de indeterminação, fazendo a ligação entre o princípio e a questão levada a juízo, através da construção discursiva. Nas palavras de José Alcebíades de Oliveira Júnior[115] "a argumentação funciona muito mais como um instrumento construtor da ponte ente o direito (regras e princípios) e os ditos hard cases – casos difíceis"[116].

Esta função do discurso jurídico é realçada quando dá ele força cogente aos princípios preenchendo os seus conceitos naturalmente abstratos, evasivos, necessitando mesmo de um esforço argumentativo para que alcancem a eficácia esperada.

Margarida Maria Lacombe Camargo[117] preconiza que, se queremos falar de princípios, que o façamos não como mera normas primeiras a traduzir as opções do legislador constituinte, mas sim sob uma concepção hermenêutica, como normas que traduzam os valores básicos fundamentais, cuja natureza os aproxima da ética e da moral[118]. Para essa concepção hermenêutica é indispensável o uso do discurso jurídico como elemento efetivador.

É essa aproximação de um direito axiológico que embasa o pós-positivismo e a que serve o discurso jurídico, firmando um diálogo entre as situações fáticas e as regras e princípios constantes do ordenamento jurídico.

---

[115] OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.203-228.
[116] *Ibidem*, p.220.
[117] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão de hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.369-390.
[118] *Ibidem*, p.389.

O segundo grande uso do discurso jurídico, quando falamos dos princípios, refere-se àquelas situações em que se pode aplicar mais de um princípio a uma mesma situação levada à apreciação do juiz.

Pensemos, por exemplo, na recente situação ocorrida em nosso país, quando a Ministra Dilma Roussef, pré-candidata à Presidência da República, teve amplamente divulgada doença que tinha lhe acometido, sendo acompanhada passo-a-passo no seu tratamento pela imprensa. Podemos dizer que se questionado em juízo o seu direito a privacidade com pedido de dano moral, dois princípios igualmente constitucionais poderiam ser utilizados, respectivamente, pela parte autora e pela ré.

De um lado, a Ministra Dilma poderia pleitear indenização sob a alegação de desrespeito ao direito a intimidade (art. 5°, X, CF/88). De outra banda, o jornal ou canal de TV, parte-ré, poderiam deduzir como defesa o direito à liberdade de informação (art. 5°, XIV, CF/88). Estaríamos, pois, diante de direitos fundamentais, igualmente constitucionais e ambos, aparentemente, com o mesmo peso frente à decisão judicial. O que fazer o juiz diante da obrigatoriedade de posicionamento (regra do *non liquet*)?

Nesses casos, o método clássico de subsunção (premissa maior: norma; premissa menor: fato; conclusão: sentença) mostra-se insuficiente para o alcance da justiça que se espera de uma decisão judicial, surgindo a técnica da ponderação como solução a ser aplicada.

A técnica da ponderação, nas palavras de Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos[119] é

> uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.[120]

O aplicador, diante da possibilidade de mais de uma solução presente no ordenamento, fará um balanceamento a partir do caso concreto e dará a solução que melhor associe segurança e justiça.

---

[119] BARROSO e BARCELLOS, *op. cit.*
[120] *Ibidem*, p. 345-346.

Essa técnica é classicamente utilizada nas situações em que há mais de um princípio aplicável, conforme se pode extrair de uma série de decisões do STF, algumas delas a serem analisadas no capítulo subsequente.

Podem ser apontadas três etapas na ponderação: 1ª etapa) levantamento das normas existentes; 2ª etapa) exame dos fatos e circunstâncias; 3ª etapa) atribuição geral dos pesos (ponderação), sendo que para todo esse processo trabalham como fio condutor os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não haverá, então, somente a subsunção; deverá ser utilizada técnica que considere os diferentes princípios e conserve a ideia de unidade da Constituição. Um raciocínio diferenciado, que na consideração jurídica leve em conta os diferentes princípios aplicáveis, pondere-os frente à situação posta e harmonize os valores subjacentes, cumprindo o fim constitucional como desafio último.

Contudo, a ponderação deve ser aplicada com o devido cuidado, já que envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. A abertura para a construção de uma decisão sem um leme normativo único, pela reunião de normas, abre um espaço de decidibilidade ainda maior, que deve ser cuidadosamente controlado.

Exatamente por guardar essa subjetividade na sua aplicação e no encontro do possível equilíbrio, cresce para o operador do direito que faz uso da técnica a possibilidade de agir discricionariamente, podendo resvalar para um possível abuso, ou ainda, para o denominado ativismo judicial. Margarida Maria Lacombe Camargo, em interessante raciocínio, questiona e esclarece:

> Afinal o que faz prevalecer uma solução dentre outras que se apresentem também como lógica e formalmente corretas? O que leva a considerarmos uma solução como adequada, razoável ou justa?...O que irá sustentar uma decisão como correta será sua capacidade de fundamentação e justificativa, de forma que pretenda alcançar o consenso[121].

Ingressa, então, a argumentação jurídica como componente fundamental para o controle de legitimidade das decisões judiciais. Isto porque os argumentos passam a ser o fundamento e justificação para a opção por este ou aquele princípio e o meio

[121] CAMARGO, *op. cit.*, p.377.

pelo qual se analisa a correção de uma decisão judicial. Na medida em que relativizamos a incidência dos princípios, fazendo prevalecer um sobre o outro, conforme as necessidades que o caso determina, maior deverá ser a força dos argumentos que justificam tal medida.

Assim, quando na terceira etapa inserem-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade como fio condutor do processo de ponderação, cabe-nos lembrar de Habermas[122], quando ele sugere a colocação de um princípio-ponte na elaboração do discurso prático da argumentação moral, desempenhando um papel equivalente ao do princípio da indução no discurso da ciência empírica. O processo de ponderação pede do aplicador do direito um cuidado redobrado para que seu arcabouço argumentativo resguarde a segurança e justiça que é anseio em uma decisão judicial e a ideia de proporcionalidade e razoabilidade deve estar demonstrada discursivamente como uma etapa indispensável da técnica de ponderação.

A ideia de proporcionalidade tem a ver com a própria ideia de justiça perseguida pelo direito. Willis Santiago Guerra Filho, ao referir-se ao princípio da proporcionalidade[123], menciona a "máxima da proporcionalidade" e coloca o referido princípio como a forma de realização da ideia do direito, do equilíbrio "para obter-se a otimização no adequamento da norma, com seu dever-se de entidade ideal, à realidade existencial humana"[124].

O princípio da proporcionalidade fornece a possibilidade de coexistência de princípios aplicáveis a um mesmo caso concreto, havendo uma relação de implicação entre a proporcionalidade e princípios coexistentes, "já que os princípios fornecem os valores para serem sopesados e sem isso eles não podem ser aplicados"[125].

---

[122] HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.84.
[123] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *op. cit.*, p.151-162.
[124] *Ibidem*, p.159.
[125] *Ibidem*, p.160.

O princípio da proporcionalidade ingressa como um mediador na solução das celeumas jurídicas, permitindo que se afaste regra em favor de um princípio, ou que, na hipótese de mais de um princípio aplicável, realize-se o balanceamento com base na proporcionalidade como um equilíbrio que se anseia do direito. Os princípios fornecem os valores a serem sopesados e o operador, fazendo uso da proporcionalidade, faz prevalecer um dos princípios em detrimento do outro.

Podemos, portanto, afirmar que o princípio da proporcionalidade serve como argumento para a aplicação da técnica de ponderação, quando da decisão judicial, demonstrando a correção na aplicação de diferentes pesos para princípios igualmente aplicáveis à situação concreta levada a juízo. A proporcionalidade funciona, também, na construção do discurso jurídico racional, pois fundamentar uma decisão a partir de argumentos pautados no equilíbrio, na harmonia entre os meios e os fins, combina com a ideia de justiça e resguarda a legitimidade do dispositivo judicial.

A decisão em si vem como um elemento de conformação social, como o instrumento estatal para a solução dos impasses surgidos na sociedade e, para funcionar, deve alcançar legitimidade, sendo esta analisada a partir da leitura e compreensão dos argumentos apresentados pelo operador do direito. Os argumentos constantes de uma decisão são os elementos para limitar uma possível discricionariedade exacerbada, bem como instrumentalizar a legitimidade da decisão judicial, tornando seu discurso racional e adequado.

O discurso jurídico tem largo uso para a crescente aplicação dos princípios no panorama pós-positivista. Na realidade judicial atual é inevitável que os juízes recorram aos princípios como fundamento de suas decisões – seja para a objetivação de conceito dos princípios, ou para a aplicação da técnica de ponderação – e cumpre ao discurso jurídico a tarefa inexcedível de dar consistência na sua aplicação prática, tornando a decisão objetivamente controlável e consensualista.

3.2 O DISCURSO JURÍDICO E A HERMENÊUTICA

Uma segunda característica do pós-positivismo apontada no primeiro capítulo é a hermenêutica jurídica como instrumento para a legitimação de um direito principiológico. Assim a colocamos porque a consideração dos princípios por si só não é suficiente para sua efetivação, tendo a hermenêutica papel fundamental para a concretização desse processo de aplicação dos princípios.

Inicialmente, se queremos falar de hermenêutica e da sua relação com o discurso jurídico, faz-se indispensável entendermos historicamente o momento constitucional que vivemos. Isto porque a hermenêutica jurídica está hoje umbilicalmente ligada à perspectiva constitucional, sendo quase inexistente a possibilidade de falarmos em interpretação jurídica sem considerarmos a Constituição Federal como um filtro para esse processo.

A Constituição Federal exsurge em um período pós-ditadura militar, em que os cidadãos viram vilipendiados seus direitos democráticos mais elementares, a exemplo da escolha direta de representantes, das liberdades de reunião, de expressão e, para alguns, também o direito de livremente circular no território nacional. Foram anos de apagar do Estado Democrático de Direito, deixando uma enorme dívida social e o anseio premente de recuperar esse tempo perdido.

Todo esse contexto histórico explica a aprovação de uma Constituição Federal com características tão peculiares, com extenso catálogo de direitos fundamentais e a sua caracterização como constituição dirigente. Havia, pois, a necessidade de fazer constar no texto expresso da Constituição Federal todos aqueles direitos que vinham sendo desrespeitados, como uma forma de resguardá-los das intempéries políticas do nosso país.

Além da presença explícita desse catálogo de direitos, também com a Constituição Federal veio o desejo de dar-se efetividade às normas ali constantes, ou seja, não basta que existam previsões constitucionais, é necessário que elas tenham eficácia, que se realizem socialmente. É neste ínterim que a hermenêutica ingressa, já que é

através da interpretação que se faz a ponte entre as normas e a realidade social, colocando o direito a serviço dos seus destinatários. O intérprete tem a primordial função de assimilar as disposições constitucionais e responder às perguntas judiciais interpretando o texto magno e implementando-o de acordo com o que demanda a sociedade.

À medida que a Constituição Federal se efetiva socialmente, outro fenômeno vem na esteira das mudanças: a constitucionalização dos diversos ramos do direito. Esse processo de constitucionalização decorre imediatamente da importância que ganhou a Constituição Federal enquanto catálogo de direitos fundamentais, funcionando como um espectro para a interpretação das especialidades jurídicas. Quando se fala em interpretar leis, seja de qual área for, devemos fazê-la à luz da Constituição Federal, servindo esta como parâmetro para a aplicação de institutos jurídicos.

Assim é que cresce paulatinamente a ideia de função social da propriedade, função social do contrato, garantismo penal e tantas outras novas leituras que fazemos de institutos clássicos, com vistas a considerar a Constituição Federal no processo hermenêutico-valorativo, deixando de ser o direito – como bem menciona Lênio Luis Streck[126] – regulador, para ser transformador.

Dentro desse processo hermenêutico em que a Constituição Federal aparece como ferramenta para a interpretação das diversas searas jurídicas, alguns princípios instrumentais de interpretação não podem deixar de ser mencionados.

São princípios instrumentais de interpretação constitucional porque são "premissas conceituais metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do interprete, a solução concreta da questão posta"[127]. São os princípios da supremacia da Constituição Federal, da interpretação conforme, da máxima efetividade, da unidade da Constituição e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Cada um desses serve como instrumento para, quando da aplicação das regras jurídicas, adequá-las aos preceitos constitucionais vigentes.

---

[126] STRECK, *op. cit.*, p.07.
[127] BARROSO e BARCELLOS, *op. cit.*, p. 359.

Assim, se o aplicador vai se utilizar de uma regra constante do Código Civil[128], como, por exemplo, aquela que prevê a possibilidade de fertilização artificial heteróloga, desde que com autorização do marido[129], deverá aplicá-la interpretando-a conforme a Constituição Federal, à luz da dignidade da pessoa humana, do respeito à vida e a intimidade.

A técnica da modulação temporal dos efeitos das ações de controle de constitucionalidade, instrumento para alterar a data que se iniciará a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em razão da proteção à segurança jurídica e a excepcional interesse social, é um importante instrumento para a hermenêutica constitucional atual. O uso dessa técnica facilita o processo interpretativo possibilitando adequar o controle de constitucionalidade à realidade social da situação levada a juízo, tudo através de construções argumentativas que proporcionam decisões mais justas. No quarto capítulo analisaremos situações de uso dessa técnica que demonstram a sua utilidade para o processo hermenêutico e para a compreensão do papel do discurso jurídico

Neste ponto se encontra a hermenêutica jurídica como atividade indispensável ao aplicador do direito, especialmente em tempos de efetivação da Constituição Federal e do seu uso para a interpretação dos demais ramos do direito. Falar atualmente em hermenêutica é falar numa interpretação antenada com a Carta Magna e com a necessidade de efetivá-la socialmente.

Mas, e o discurso jurídico, em que ponto ingressa nessa relação com a hermenêutica? Qual o seu papel no processo de interpretação?

O discurso jurídico ingressa exatamente no processo de elaboração desse modelo interpretativo, ou seja, tem a tarefa de verter em linguagem a interpretação elaborada pelo aplicador, construindo as razões para se interpretar á luz de um determinado dispositivo constitucional.

---

[128] BRASIl. *Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
[129] *Ibidem*, art.1597, inciso V.

Quando falamos anteriormente que para se compreender a hermenêutica nos dias de hoje devemos sempre considerar o texto constitucional, o mesmo deve dizer quando da sua relação com o discurso jurídico, já que é a construção argumentativa que torna a interpretação palatável e passível de ser solucionadora de conflitos, usando como base a Lei Maior.

O dito processo de constitucionalização de todo o sistema jurídico, ou seja, de interpretação de institutos jurídicos à luz da Constituição Federal, para que seja explicado em sede judicial, far-se-á pela elaboração de um discurso que promova essa intersecção entre dispositivos constitucionais e as disposições legais infraconstitucionais.

Usando o mesmo exemplo anterior da regra do Código Civil, da admissibilidade da fertilização heteróloga, para que o aplicador do direito utilize-a como fundamento e faça isso à luz da Constituição Federal, deverá construir o arcabouço argumentativo que justifique a aplicação daquela regra de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida, à intimidade.

Assim, a opção interpretativa depende da elaboração de um discurso para que obtenha respaldo, e o discurso, por sua vez, precisa dos argumentos constitucionais para que demonstre compatibilidade jurídica da interpretação.

Há, neste aspecto, uma relação de troca permanente com a hermenêutica constitucional. Isto porque o discurso é mais legitimado se fundamentado em uma norma constante da Constituição Federal que com o seu status de norma ápice, resguardando-o de racionalidade. Por outro lado, a nova ordem constitucional, em razão de seu caráter principiológico, necessita permanentemente do uso da argumentação jurídica para preenchimento dos seus conteúdos, para construção e justificação das decisões.

Diante de um caso concreto em que há mais de uma solução possível, igualmente jurídica, igualmente prevista na Constituição Federal, somente através da análise do discurso argumentativo é que se poderá analisar a legitimidade da decisão judicial.

Os argumentos exposados pelo juiz passam a assumir papel de elementos para o controle de legitimidade da interpretação, ou seja, para análise da racionalidade da decisão. É através da verificação do discurso, do conjunto de argumentos, que se pode, por exemplo, combater alguma espécie de arbitrariedade ou discricionariedade exacerbada do julgador.

Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos dizem que

> no caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida[130]

Portanto, o discurso jurídico cumpre esse papel integrador entre a Constituição e as disposições infraconstitucionais.

Uma segunda relação do discurso com a hermenêutica dar-se-á no âmbito processual. Em um direito procedimental, o discurso jurídico é que constroi o espaço democrático de cada uma das partes apresentar a sua interpretação às disposições legais, defendendo a sua posição processual e contribuindo para que o juiz, quando da sentença, elabore também o seu discurso. Esse discurso judicial certamente terá como premissas o caso concreto, as normas pertinentes e, também, os elementos de argumentação apresentados por cada uma das partes.

Em decorrência dessa função do discurso jurídico dentro do processo, podemos dizer que desempenha ele um terceiro e último papel que decorre da sua relação com a hermenêutica, como forma de controle da legitimidade no uso da interpretação. A interpretação, ao ser vertida em uma forma discursiva, permite que se controle a sua legitimidade e legalidade pela análise dos argumentos expostos, impedindo arbitrariedade na ação judicial. Tanto quando o juiz desenvolve uma interpretação própria, como quando ele faz uso de uma daquelas interpretadas pelas partes, caber-lhe-á dar as suas justificativas, explicar discursivamente o porquê da sua opção, possibilitando controle que, pelas partes, efetivar-se-á através de recurso à decisão.

---

[130] BARROSO e BARCELLOS. *op. cit.*, p.356.

Uma das questões mais relevantes quando falamos de política judicial é a necessidade de se estabelecer elementos de controle da atividade do juiz para que não resvale em ações arbitrárias. O discurso jurídico e sua análise contribuem relevantemente nesse sentido, já que a análise dos argumentos constantes de uma decisão, e a sua plausibilidade, servem para atribuir ou não legitimidade a uma sentença. Tal legitimidade é não só perante o poder constituído, mas também, perante a sociedade que pela consensualidade legitima o dispositivo judicial.

3.3 O DISCURSO JURÍDICO E O PENSAR PROBLEMÁTICO DO DIREITO

O pensamento problemático do direito, como já apontamos (vide seção 1.2.3), caracteriza-se pela inversão do raciocínio jurídico. Numa visão clássica, parte-se da norma para o caso concreto, sendo a norma o cerne do raciocínio; a partir dela deduz-se a solução. No pensamento problemático rompe-se com a ideia de um sistema fechado para uma problematização do direito, fazendo uso imediato da interpretação como forma de integrar subsistemas jurídicos (por exemplo, Código Civil e Constituição Federal), utilizando-se como ponto de partida a celeuma levada a juízo.

O que sugerimos é que o raciocínio tópico aparece não como algo a substituir o sistema positivado, mas como uma forma de suprir as deficiências surgidas, usando, para tanto, a inversão da lógica dedutiva por uma lógica tópico-problemática, ou seja, partindo-se do caso concreto para a busca de uma solução no ordenamento jurídico, o que permite o uso de instrumentos de solução outros que não exclusivamente regras positivadas.

O raciocínio sistemático-dedutivo atende bem a uma linha de pensamento que extrai de um ordenamento hermético a regra para dela deduzir a solução da questão jurídica. Quando, contudo, esta solução não pode ser deduzida imediatamente e o operador necessita recorrer a elementos que não estão no ordenamento, ou, pelo menos, não estão explicitamente, surge a necessidade de busca de outros elementos que não regras positivadas. Torna-se, portanto, incabível um raciocínio

deducionista, exigindo do operador do direito a busca de novas soluções para promoção da justiça como valor último do direito, aparecendo o raciocínio tópico-problemático como meio adequado.

O pensar problemático relaciona-se com o discurso jurídico, pois exige que alteremos o modo de manifestação, já que invertemos a lógica dedutiva. Assim, como estamos em um sistema positivista, que tem a lei como sua fonte primeira, inverter esta lógica implica a necessidade de justificação, de argumentação para assegurar a legitimidade da decisão com base no uso do método tópico.

As decisões dos Tribunais Superiores são uma importante fonte para análise do pensamento problemático. Isto porque, nos precedentes judiciais, constroi-se um raciocínio partindo do caso concreto e solucionando-o mediante atividade interpretativa. Paulo Roberto Soares Mendonça[131] destaca que a fundamentação das decisões judiciais representa uma importante fonte para uma análise tópica do direito, pois, do exame dos fundamentos de uma sentença ou acórdão, observa-se quais os recursos argumentativos que lança mão o aplicador no momento em que tenta aproximar uma determinada lei do sentido concreto da noção de justiça, aparecendo mais uma vez a função do discurso jurídico.

Patrícia Perrone[132], tratando do patente crescimento do papel dos precedentes, diz que se constata que o Brasil está vivendo um processo de valorização da jurisprudência como fonte do direito e que, em algumas hipóteses, estes precedentes recebem efeitos gerais e vinculantes à semelhança das leis[133].

Detendo-se, ainda, nos precedentes judiciais como exemplo de aplicação do método tópico, cabe-nos esclarecer um conceito que atende ao papel do discurso jurídico quando estamos a falar de pensar problematicamente o direito: o conceito de *ratio decidendi.*

---

[131] MENDONÇA, *op. cit.*, p. 275.
[132] PERRONE, Patrícia. *Precedentes judiciais.* O desenvolvimento Judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008.
[133] *Ibidem,* p. 60.

A *ratio decidendi* é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto; é a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados.

A *ratio decidendi*, por ser o núcleo decisório do precedente judicial, tem força vinculante e produz uma atividade argumentativa determinante para a solução da questão similar posta em juízo. No caso das súmulas vinculantes, já admitidas e incorporadas ao nosso ordenamento, o que irá produzir força vinculativa para os casos assemelhados é a sua *ratio decidendi*, ou seja, a norma extraída do caso concreto que vincula os demais tribunais. O uso desse núcleo decisório como fundamento em uma decisão de situação similar mostra-se como um argumento de grande densidade jurídica, suficiente para assegurar a legitimidade da sentença judicial.

Numa visão tradicional, quando o juiz decide exclusivamente com base nos dispositivos da lei, o seu discurso sentencial é mais simplificado, apenas construindo conclusões que partem do artigo da lei para o caso concreto. É um resultado lógico, deduzido do próprio sistema positivista, que põe a norma como fonte absoluta para solução dos casos levados a juízo.

Porém, o julgador na atualidade não é somente a boca da lei; esta é apenas o principal elemento que guia o juiz em sua tarefa. O uso do método tópico aparece como uma alternativa, valendo-se do precedente como instrumento jurídico indispensável para tanto. Os precedentes servem, no raciocínio jurídico, para persuadir ou convencer a um determinado entendimento. São utilizados como forma de promover celeridade nos processos judiciais e, ainda, como instrumento para a efetivação do princípio da igualdade, procurando-se evitar decisões contraditórias.

Não se deve esquecer que o fundamento maior para o uso de precedentes judiciais é a ideia de busca de igualdade nas decisões judiciais, ou, segundo Alexy, “a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante”[134]. A ampla gama de situações passíveis de apreciação judicial não pode ser resolvida com decisões

[134] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 259.

volúveis e que não guardem uma compatibilidade lógica entre si. “O uso do precedente significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade” [135], daí o uso de um excerto judicial, que se assemelhe e ofereça solução para a questão posta em juízo.

A súmula vinculante é o ápice da evolução de um regime de precedentes em nosso ordenamento, pela primeira vez se admitindo a existência de decisões de observância obrigatória.

Nesse contexto de um Judiciário que está obrigado à decisão e que essa decisão tem como finalidade última a absorção de insegurança[136], o esforço argumentativo respaldado pela autoridade do precedente como representativo do pensar problemático do direito conduz à estabilidade e contribui para a certeza e confiança jurídica para a tomada da decisão.

---

[135] SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Devido processo legal*: uma visão pós-moderna. Salvador: Jus Podium, 2008, p.113.
[136] FERRAZ JR, *op. cit.*, p.312.

4 O DISCURSO JURÍDICO, O PÓS-POSITIVISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ingressamos na última parte do trabalho e passamos a analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que servirão para conhecer na prática o que tentamos definir como o papel do discurso no pós-positivismo.

As decisões selecionadas optam por uma análise do fenômeno jurídico não sob a perspectiva sistemático-dedutiva, mas entendendo as suas implicações históricas e sociais, enxergando o direito como algo dinâmico. A escolha das decisões não obedeceu a uma temática específica, mas sim ao raciocínio que atende à perspectiva pós-positivista, superando um paradigma de solução exclusivamente deduzida de regras, para uma análise macro do direito considerando princípios, precedentes e usando de argumentos para colocar o sistema jurídico a serviço do bem-estar social. Ratificamos que a seleção foi realizada por amostragem intencional, no número de três acórdãos que acatassem os objetivos desta pesquisa.

Todas as decisões são em alguma medida inovadoras por representar uma linha de raciocínio diferenciada, com resultados que não são extraídos imediatamente da interpretação do artigo de lei, mas de uma conjunção destes com outros instrumentos – jurídicos ou não –, a exemplo de princípios constitucionais implícitos e explícitos, precedentes judiciais e dados técnicos econômicos, sociais, científicos, que não podem podem ser desprezados. Em todas as decisões analisadas, o STF usa largamente da atividade argumentativa como forma de respaldar legitimamente as suas decisões, fundamentando as suas opções.

A atividade intelectual produzida na interpretação e solução do conflito pelo STF, na atualidade, faz essa aproximação da norma para com a realidade, desconstruindo a ideia do direito como um sistema hermético e despido das influências da sociedade em que se insere.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, e historicamente responsável pela proteção da Constituição Federal, tem papel primordial pela sua competência máxima e por firmar orientação decisória para as demais instâncias judiciais. Com isso, deixam de ser meros aplicadores da lei e passam, também, a criar o direito, embora não estejam completamente livres de vínculos[137]. Os precedentes judiciais contribuem para realizar essa atividade criativa, vinculada a um parâmetro mínimo declarado pelo próprio Judiciário, permitindo um Poder Judiciário mais eficiente e produtor de resultados.

A Constituição Federal não pode restringir-se a um repositório de princípios e disposições legais. Deve o seu conteúdo adquirir eficácia, efetivar-se socialmente e isso se concretiza através da interpretação e aplicação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se estamos a falar em concretizar dispositivos constitucionais, indispensável citar Konrad Hesse[138], que coloca a interpretação como atividade inexcedível para a efetividade da Carta Magna e diz que a Constituição dá forma e modificação à realidade fática através da sua força normativa[139]. Para Hesse, quanto maior for a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) daqueles responsáveis por ela, maior será a sua força normativa.

Assim, podemos dizer que a opção pela análise de decisões do STF deriva, por um lado, da importância enquanto instituição jurídica guardiã da Lei Maior, e, por outro, da variedade de conflitos argumentativos que encontramos; e da forma como eles se dão, culminando em decisões paradigmáticas no contexto do nosso Judiciário.

---

[137] O autor italiano Mauro Capelletti coloca que a própria atividade de interpretação realizada pelos juízes quando da apreciação das causas judiciais traz ínsito certo grau de criatividade. Mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem pode deixar lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e ambiguidades que devem ser resolvidas na via judiciária. Capelletti apenas destaca que, embora inevitavelmente criador do direito, não é o juiz um criador absolutamente livre, havendo no sistema jurídico civilizado limites processuais e substanciais à criatividade judicial (Cf. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 23-25).

[138] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

[139] *Ibidem*, p.23-24.

O simples fato de tratar-se de um órgão colegiado já contribui marcadamente para que se desenvolva argumentativamente raciocínios, o que nos interessa especialmente. A possibilidade de uma mesma questão ser observada por diferentes juízes, cada um deles colocando as suas razões para a decisão, contribuiu para que optássemos por uma análise do inteiro teor dos acórdãos do Supremo.

Estamos a falar em papel do discurso jurídico e ainda que o conteúdo das decisões seja elementar para as caracterizarmos como sob uma ótica pós-positivista, a diversidade de argumentos é indispensável para enxergarmos qual a função do discurso na construção de uma decisão que rompe com a lógica dedutiva do positivismo clássico.

Esse confronto de opiniões, de interpretações, de fundamentações, permite que se faça uma análise do discurso como instrumento para efetivação da ótica pós-positivista, tal qual foi proposto nos capítulos anteriores, implantando princípios, incrementando uma hermenêutica sob a ótica constitucional, usando da técnica de ponderação e do pensamento problemático do direito.

É a construção argumentativa dada nas decisões determinantes do STF que servem, por exemplo, para dar forma a determinados conceitos incutidos na Constituição Federal. Muitos desses conceitos, pelo grau de abstratividade, de indeterminação, são torneados por decisões do STF, que no seu conjunto de debates fornece aos operadores do direito aquela que deve ser a interpretação conforme a Constituição Federal.

São essas nuances presentes na jurisprudência da Corte Suprema que nos conduz à escolha e análise dos votos e do dispositivo de alguns acórdãos selecionados, sobre os quais nos debruçamos nas páginas que se seguem.

4.1 ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS DO STF – ADI 2240-7

A primeira jurisprudência selecionada é a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 2240-7 – BA, que trata de caso concreto ocorrido no estado da Bahia. No ano de 2000, a Lei Estadual 7.619/00 criou o município de Luis Eduardo Magalhães, contrariando disposição constante do art.18, § 4°, da CF/88, que determina que o desmembramento de um município deva ser feito no tempo determinado em lei complementar federal; lei esta não existente à época. A parte autora – Partido dos Trabalhadores (PT) – pedia a declaração de inconstitucionalidade da referida Lei Estadual, com vistas a desfazer situação de fato já estabelecida. O STF, resumidamente, declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual, sem, contudo, declarar a sua nulidade, preservando a situação de fato estabelecida e propondo o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que fosse sanada a ausência da respectiva Lei Complementar.

Vejamos o trecho principal da ementa:

> [...]
> 3. Esta corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada.
> 4. A exceção resulta da omissão do poder legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n.° 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de Lei Complementar federal.
> 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação do município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.
> 6. A criação do município de Luis Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.
> 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo em relação com a exceção.
> 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, vez que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.
> 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do município, a fim de que se afaste a agressão à federação.
> 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do município.
> 11. Princípio da continuidade do Estado.
> 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta corte no MI n.° 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito

> meses, ao editar a lei complementar referida no § 4° do art. 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luis Eduardo Magalhães. Declaração de Inconstitucionalidade de lei sem pronúncia de sua inconstitucionalidade.
> 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei 7.619, de 30 de março de 2000 do Estado da Bahia.[140]

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade constante da decisão final, no debate travado há importantes posicionamentos dos Ministros do STF, que, ao fim, respeitaram a situação de fato existente, qual seja, a criação e existência do município Luis Eduardo Magalhães.

O relator da ação, Ministro Eros Roberto Grau, para estabelecer o seu posicionamento, disse, expressamente, que não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção, admitindo que a regra pode suspender-se para dar lugar à exceção em nome da segurança jurídica que deriva da situação de fato já há muito estabelecida. Vejamos:

> [...] ocorre que o município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe . Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de evental declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.[141]

É de se observar que, além de ter o Relator feito menção expressa à necessidade de não se ater à regra de subsunção, também está posto que a superação da metodologia própria da ótica positivista justifica-se em função da necessidade de concretizar a Constituição Federal. A situação de fato consolidada – a existência e funcionamento do município – coloca princípios constitucionais implícitos, como o da segurança jurídica e da continuidade do Estado, à prova, exigindo o reconhecimento do julgador.

É exemplo dos denominados “casos difíceis”[142], pois havia um choque entre uma exigência formal constitucionalmente prevista (prazo previsto em lei complementar

---

[140] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2240-7 / BA*. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Governo do Estado da Bahia. Relator(a): Min. Eros Grau. Publicação DJe-072 02-08-2007 DJ 03-08-2007. EMENT VOL-02283-02 PP-00279 Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2010.
[141] *Ibidem*, p. 288.
[142] DWORKIN, *op. cit.*

federal) e uma situação de fato consolidada, que desafiam princípios igualmente fundados na Constituição Federal. Assim, preferiu o STF, usando do seu amplo poder de decisão, declarar a inconstitucionalidade sem deixar de validar o fato da realidade vigente, não permitindo a nulidade da lei de criação do município.

Nesta situação, o STF, rechaçando uma visão do direito de aplicação cega da lei, mostrou-se sensível a dados sociais e políticos igualmente considerados na decisão judicial. Tanto assim é que o Relator usou como fundamento de sua decisão dados do IBGE que demonstram a fixação e crescimento do município objeto da celeuma, portanto, argumentos extrajurídicos para demonstrar que não poderia a Corte Suprema ficar alheia a uma realidade social estabelecida.

É importante perceber que toda a lógica da decisão constroi-se a partir da elaboração do discurso, que, conjugando os dados constantes do processo – tanto aqueles colacionados pelas partes, como os demais, fruto da atividade probatória do próprio Supremo – com princípios e legislação aplicável, permite-se a partir da argumentação dar uma decisão inédita. Quando o STF declara a inconstitucionalidade, sem, no entanto, declarar a nulidade da Lei Estadual, entende que o dado da vida real não pode simplesmente ser apagado com uma decisão jurídica.

Neste ponto a decisão se coaduna com o que destacamos no pensamento de Robert Alexy[143] sobre a possibilidade das convicções fáticas e normativas poderem ser modificadas ao longo do procedimento, em virtude dos argumentos apresentados[144]. A partir das diferentes opiniões externadas pelos Ministros e da ideia de sopesar a abstratividade da norma com a situação de fato estabelecida, alcançou-se a decisão final. Superando o paradigma positivista de aplicação simples da norma, os Ministros do STF ponderaram princípios constitucionais, optando, ao final, pela declaração de inconstitucionalidade sem anulação da lei de criação do município.

---

[143] ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88

[144] Ver também ALEXY, Robert, 1985b, p. 147 *apud* ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001, p.164.

É o discurso a serviço da legitimação de uma decisão que não tem base legal, mas que faz da construção argumentativa a sua arma para alcançar o respaldo na comunidade para qual se destina. A mescla do processo interpretativo da Constituição Federal com dados sociais e jurídicos é que permitiu que o acórdão se efetivasse socialmente e adquirisse o esperado consenso através da linguagem organizada.

Durante todo o seu voto, o Ministro Relator Eros Grau faz questão de destacar que a situação em debate é exceção não prevista pelo direito positivo, mas existente faticamente, o que importa o reconhecimento pelo Supremo Tribunal federal[145], em respeito ao princípio federativo que reconhece a autonomia municipal e à força normativa da Constituição que restaria afetada.

Para demonstrar essa linha de desenvolvimento na decisão, ele usa de larga argumentação jurídica (princípios, precedentes judiciais) e extrajurídica (dados do IBGE, menção à decisão política implícita), ultrapassando uma lógica de condicionamento de condutas própria do raciocínio positivista, do mundo do dever-ser, para integrar-se à realidade social vigente.

O voto do Relator, inicialmente, foi pela improcedência da ação, ou seja, para que fosse considerada constitucional a lei que criou o Município, o que suscitou o debate dos demais componentes do pleno do STF.

Assim, pediu vista o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, questionando o fato de ter o Relator se posicionado pela constitucionalidade da lei estadual e atentando para a necessidade de se considerar inúmeros precedentes daquela Corte que tinham declarado a inconstitucionalidade de outras leis estaduais semelhantes. Destacou, ainda, a necessidade de não se poder considerar somente o princípio da segurança jurídica, fundamento principal da decisão do Ministro Grau, mas também o princípio da nulidade da lei inconstitucional, sugerindo, portanto a aplicação da técnica de ponderação.

---

[145] BRASIL, *op. cit.*, p. 296-297

Diz ele:

> Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.[146]

A técnica de ponderação aparece como a maneira pela qual se chegará ao equilíbrio na decisão, sugere o Ministro, usando para o sopesamento o princípio da proporcionalidade como fundamento.

Destaca o Ministro Gilmar Mendes que, na inovação às decisões que apreciam a constitucionalidade das leis, tem-se admitido dar efeitos diferenciados, não decidindo apenas pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade objetivamente. Admite ele a possibilidade de haver a inconstitucionalidade com efeitos restritos, tal qual acabou restando definido no acórdão final da ADI ora analisada.

Ainda em seu pedido de vista, o Ministro procura esclarecer que a "declaração de inconstitucionalidade mitigada decorreu da construção pretoriana"[147], portanto, esclarecendo expressamente, em seu voto, que a ponderação e a possibilidade de restringir a declaração de inconstitucionalidade são fruto, exclusivamente, de uma construção argumentativa da Corte Suprema.

O papel do discurso, pois, resta demonstrado não só pela farta fundamentação que possibilita o raciocínio pós-positivista. O próprio ministro, literalmente, admite que aquela decisão decorre da construção discursiva constante do acórdão.

O Ministro Gilmar Mendes conclui pela declaração de inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade da lei atacada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Em seguida, o Ministro Eros Grau, retomando a palavra, acata o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, entendendo que a declaração de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade é a posição que melhor representa o espírito da corte.

---

[146] BRASIL, *op. cit.*, p. 313.
[147] *Ibidem*, p. 321

O Ministro Sepúlveda Pertence pediu a palavra e graduou quanto ao cuidado que se deve ter em tais situações, em razão da proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, igualmente previstos na Constituição Federal. Ressalta as inúmeras situações de fato estabelecidas com boa-fé a partir da criação do dito município e que restariam prejudicadas em caso de declaração, também, da nulidade da Lei Estadual. Para o Ministro Sepúlveda Pertence, a questão em espécie é uma questão de direito intertemporal e não uma situação de ponderação. Diz ele em interessante manifestação:

> [...] E eu, tenho muita dificuldade de entender que intangível – até eventualmente por emenda constitucional – essas situações jurídicas constituídas, cuja validade, eventualmente, penda da inconstitucionalidade das leis, possam ser atingidas por esse decreto judiciário de ponderação. O que temos aí é uma regra de direito intertemporal, até com suas inconveniências pelo colorido conservador, mas que, para mim, é inflexível.[148]

Ao final, acatou o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, por entender que outra solução mais justa não há, mas destacando a necessidade de se fazer a observação.

O Ministro Marco Aurélio de Mello pediu a palavra e discordou da decisão tomada pelos demais colegas, aduzindo que não seria possível conceber a inconstitucionalidade do município *pro futuro* (já que com o prazo de 24 meses para ser sanada a ausência de lei complementar), pois seria dar ao art. 27, da Lei 9868/99[149], interpretação inadequada ao teor do texto ali constante. Julgou procedente a ação, sem fazer qualquer ressalva quanto à nulidade da lei estadual.

Desse breve resumo que expusemos anteriormente, fica claro como o debate e as diversas colocações argumentativas contribuíram para a decisão final. A ementa da referida ADI é resultado da atividade discursiva que democraticamente chegou a um consenso, ponderando princípios constitucionais e fatos sociais e políticos vigentes.

---

[148] BRASIL, *op. cit.*, p. 336.

[149] Art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Chaim Perelman[150], conforme já mencionado neste trabalho, procura esclarecer que a sentença judicial não pode derivar de uma única norma verdadeira, mas sim que a razoabilidade e justiça da decisão decorre do conjunto de argumentos apresentados. Assim, pois, vislumbramos nesta decisão do STF, quando os juízes não se sujeitaram à mera consideração do dispositivo legal, construindo uma teia argumentativa para tornar a decisão muito mais plausível, razoável e justa.

A decisão final (inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade) é posição que não pode ser deduzida imediatamente das disposições legais aplicáveis à situação. O uso da técnica da modulação temporal dos efeitos declaração de inconstitucionalidade exsurge através do longo debate e da conjunção de argumentações produzidas por diferentes ministros.

Isso se deu em razão de segurança jurídica e do excepcional interesse social envolvido na questão, permitindo que o STF determinasse que a declaração de inconstitucionalidade fosse de acordo com os interesses jurídicos e/ou sociais envolvidos.

É prova de como a liberdade discursiva, com a possibilidade de oferecer diferentes interpretações e fundamentos, leva a construção de uma solução muito mais democrática e potencialmente legitimável na sociedade.

4.2 ANÁLISE DE POSICIONAMENTO DO STF – ADI N.° 223-6

O segundo acórdão a ser analisado é a ADI 223-6, do Distrito Federal[151], que destaca-se por ser uma decisão paradigmática para o direito brasileiro[152] por tratar

---

[150] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*

[151] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n° 223-6 MC/DF*. Requerente; Partido Democrático Trabalhista, Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossardi. Brasília: DJ 29.06.1990. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2010.

[152] Esta é a opinião de diversos autores balizados, a exemplo de Ana Paula Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008); Oscar Vilhena (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais* – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Ed., 2006); e Fredie

pela primeira vez sobre a possibilidade de liminar em face da Fazenda Pública. No ano noventa do século passado, inovou por concluir pela constitucionalidade da Medida Provisória (MP) 173/90 (MP 173/90) questionada em juízo, admitindo, contudo, a possibilidade de no caso concreto decidir o juiz pela sua inconstitucionalidade caso viesse a ferir o direito fundamental constante do art. 5°, XXV da CF/88 (acesso à justiça).

A referida medida provisória, fruto do pacote jurídico que acompanhou o Plano Collor[153], impedia a concessão de liminar em mandado de segurança, ação ordinária e cautelar, que tivessem como objeto matérias previstas em outras medidas provisórias publicadas por aquele governo[154] e identificadas na própria MP questionada. O Pleno do STF decidiu pela constitucionalidade da MP, mas admitiu, após longo debate, a possibilidade de caso a caso, quando a MP representasse óbice ao livre acesso à justiça, ser afastada em controle difuso de constitucionalidade.

Não bastasse a solução inovadora dada pelo STF, o dispositivo final foi alcançado por debate e conjunto de opiniões dos Ministros presentes ao julgamento, considerando questões de validade normativa, de técnica processual e também fatores políticos e sociais que estavam colocados naquela decisão, já que a MP 173/90 era parte de um pacote de medidas do novo Governo para rearrumar a nossa economia, então em crise. Vejamos a ementa da ADI 223-6:

> Ação direta de inconstitucionalidade contra a medida provisoria 173, de 18.3.90, que veda a concessão de 'medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinarias e cautelares decorrentes das medidas provisorias numeros 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 e 168': indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigencia do diploma impugnado: razoes dos votos vencedores. Sentido da inovadora alusao constitucional a plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: enfase a função preventiva de jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessario, o poder de cautela liminar. implicações da plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do poder judiciario. Admissibilidade,

---

Didier et al. (DIDIER, FREDIE; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Vol. II*. Salvador: JusPodivm, 2008.).

[153] BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.83.

[154] Dentre as medidas provisórias que estariam impedidas de serem fulminadas por liminar em Mandado de Segurança ação ordinária ou cautelar, estava a fatídica MP 168/90, que sequestrou a poupança de milhares de brasileiros e marcou para sempre a história da economia brasileira.

> não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contraria, com violação da garantia do devido processo legal. Consequente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteudo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisorio de todo provimento cautelar, liminar ou não. Generalidade, diversidade e imprecisao de limites do âmbito de vedação de liminar da mp 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoaveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar,e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a consequente afronta a plenitude da jurisdição e ao poder judiciario. Indeferimento da suspensão liminar da mp 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluida a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada[155].

A decisão final primou por uma solução razoável, que abarcasse a necessidade de impedir um sem número de ações que poderiam recair sobre as medidas provisórias publicadas pelo Governo Collor, impedindo, portanto, a concretização de um projeto político e econômico que iniciava. Também prezou pelo respeito ao direito fundamental de acesso universal à justiça previsto na Constituição Federal. Considerou legal a possibilidade de no caso concreto haver decisão pela admissibilidade de pedido liminar e, por consequência, consideração da inconstitucionalidade da MP 173/90.

O relator da ADI, Ministro Paulo Brossard, inicialmente posicionou-se pela inconstitucionalidade parcial da MP, no que se refere ao empecilho de liminar em mandado de segurança, entendendo que a amplitude de medidas provisórias que ficavam impedidas de serem fulminadas e o longo período que levaria para estas serem convertidas em lei representavam uma afronta ao livre acesso à justiça (art.5°, XXXV, CF/88). Disse ele:

> No caso vertente o que chama desde logo a atenção é a amplitude e generalidade da medida, que envolve nada menos do que dez medidas provisórias, com mais de uma centena de dispositivos, bem como sua extensão. De chofre, por via unilateral e imperatória, sumariamente se proíbe a concessão de liminares, bem como a execução da sentença sem trânsito em julgado, em mandados de segurança, em ações ordinárias e cautelares, decorrentes de dez medidas provisórias, que enumera. Desse modo, a missão reparadora de lesões de direitos, inerente ao Poder Judiciário, fica bloqueada e durante um período relativamente longo e que se pode tornar excessivamente longo, não se pode dar a reparação judicial, ainda que a lesão seja insigne e o direito líquido e certo.[156]

---

[155] BRASIL, *op. cit*.
[156] BRASIL. *op. cit.*, p. 10.

Os Ministros que se manifestaram em seguida, Celso de Mello e Sépulveda Pertence, tiveram posições completamente diversas. O Ministro Celso de Mello entendeu pela inconstitucionalidade total da MP173/90, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence votou pelo indeferimento da liminar que consideraria inconstitucional a MP.

O Ministro Sepúlveda Pertence fez uma longa decomposição das circunstâncias jurídicas e fáticas que envolviam a questão, levantando fatores cruciais para um posicionamento justo, como a situação econômica que assolava o país e o contexto histórico de retomada da democracia e da urgência em resguardá-la. Foram argumentos infralegais que, se não considerados, poderiam levar à injustiça na decisão final da Suprema Corte.

A partir da manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, os demais Ministros lhe acompanharam, sendo a decisão final, como já explicitado, pela constitucionalidade da MP 173/90, abrindo-se a possibilidade de, em controle difuso, caso a caso, decidir o juiz pela inconstitucionalidade, com vistas a não impedir o acesso à justiça e respeitar o art. 5°, inc. XXXV, da CF/88.

Na sua conclusão o Ministro Sepúlveda Pertence foi esclarecedor na sua posição:

> Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade das restrições impostas, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.[157]

Fazendo uma interligação entre a ADI analisada e a abordagem que estabelecemos nos capítulos anteriores, constatamos que o exercício argumentativo dos Ministros, é que promove a solução final da ADI 223-6. Isto porque, naquela oportunidade, foi considerada uma série de circunstâncias que discursivamente colocadas propiciaram o alcance da decisão mais razoável e justa.

---

[157] BRASIL. *op. cit.*,, p. 50.

O limite procedimental em que ocorrem os debates dos Ministros é o momento de argumentar democraticamente para, ao final, proporcionar segurança que deriva do processo judicial e que se materializa na sentença, considerando o seu dispositivo como uma única resposta correta. Alexy diz que "a argumentação jurídica pode ser de decisivo significado não só na interpretação da norma válida, mas também ao estabelecer a sua validade"[158], como o que se deu na ADI ora analisada. No caso realizou-se tanto uma avaliação da validade da MP 173/90, como, também, ao final, a opção por uma interpretação específica da regra (constitucionalidade com possibilidade de ponderação caso a caso).

Dentre as manifestações discursivas dos Ministros, constatamos a presença de uma série de argumentos jurídicos e extrajurídicos, da citação de autores renomados configurando argumento de autoridade destinado a um auditório especializado (pleno do STF) ou "auditório relevante", como prefere Perelman[159].

Ao final, o STF, na sua ementa, opta por um argumento de consenso, o que, na opinião de Alexy[160], introduz a imparcialidade e igualdade no âmbito procedimental-discursivo. Através do processo argumentativo democraticamente desenvolvido, com opiniões diversas contrapostas e discutidas, alcança-se aquela que é a decisão mais consensual, respondendo aos anseios sociais através da sensação de justiça. É a ideia que defendemos ao longo do trabalho, de que no pós-positivismo a questão não está em uma mera aplicação da lei, mas numa avaliação mais ampla, considerando dados de interpretação, dados extrajurídicos sociais, políticos e econômicos, como na ADI explorada.

O argumento de consenso não vem como mera tentativa de apaziguamento, mas sim, de um exercício legítimo de ponderação. No caso da ADI 223-6, o STF considerou, de um lado, o interesse público existente na manutenção do pacote de medidas provisórias editadas pelo Governo recém eleito e, de outro lado, a impossibilidade de cercear definitivamente o direito do cidadão de ter lesão ou

---

[158] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.225.
[159] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *op.cit.*
[160] ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 127.

ameaça de lesão a direito apreciada pelo Judiciário, possibilitando caso a caso o juiz afastar a MP 173/90.

O resultado final da ADI 223-6 não decorre de dispositivo legal, mas, exclusivamente, da atividade argumentativa dos Ministros, que lapidando os seus discursos através da argumentação e contra-argumentação, proporcionam uma decisão racional para a questão então levantada. É o exercício vivo do discurso jurídico para a construção do espaço procedimental-democrático racional e produtor de resultados.

4.3 ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS DO STF – HC 73662-9 MG

A terceira e última jurisprudência selecionada do STF é o Habbeas Corpus (HC) n.° 73662-9 (HC 73662-9), de Minas Gerais. Este Habbeas Corpus tem como objeto pedido de absolvição de um rapaz condenado a seis anos de prisão sob acusação de estupro. O HC foi concedido numa acirrada disputa (três votos a favor, dois contra), girando toda a celeuma em torno da interpretação dos artigos 213 e 224, “a”, do Código Penal, mais precisamente, no que se refere à presunção de violência para quando a vítima é menor de 14 (quatorze) anos e da compreensão se é esta presunção absoluta ou relativa.

De forma inovadora, os Ministros entenderam pela relatividade da presunção, afastando-a e absolvendo o paciente. Para tanto, o Ministro Relator, Marco Aurélio de Mello, analisou as circunstâncias fáticas que envolviam a situação, considerando-as substanciais para a não manutenção da prisão.

Em um resumo dos fatos, o paciente do HC, com 24 (vinte e quatro) anos à época do fato, manteve conjunção carnal com uma adolescente menor de quatorze anos. Ocorre que a menor tinha vida promíscua, já tinha tido relações sexuais com outros rapazes, aparentando ter idade superior àquela real. Ademais, a adolescente, em seu depoimento, declarou que não tinha sido obrigada a manter a relação com o acusado, que já tinha praticado sexo com outros rapazes e que seu pai a obrigara a

comparecer perante às autoridades quando soube do fato. Também foi considerado o fato de já ter se passado cinco anos do suposto crime e de, nesse ínterim, ter o paciente casado e constituído família.

Considerando os fatos concretos que envolviam a acusação, o Ministro Marco Aurélio de Mello considerou que a interpretação a ser dada aos artigos do Código Penal é de que a presunção é relativa, afastando-a e absolvendo o paciente, no que ele foi seguido por mais dois Ministros, vencendo por maioria. Vejamos a ementa:

> COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal.[161]

Além de a conclusão ser inovadora, a linha de raciocínio e sua correspondente construção argumentativa é que nos servem para demonstrar como o discurso jurídico pode estar a serviço da realização da justiça, elaborando conclusões que fogem da aplicação cega da lei. O resultado deste Habbeas Corpus é a prova de que o direito não está adstrito à regra da subsunção e que ao juiz compete interpretar a norma raciocinando e usando momento argumentativo para dar as suas razões para a decisão, legitimando-a. Robert Alexy[162] defende que a interpretação compõe-se da escolha entre várias alternativas de interpretação em virtude de argumentos[163].

---

[161] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.° 73662 / MG. Paciente: Marcio Luiz de Carvalho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Marco Aurélio Julgamento: 21/05/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2010.
[162] ALEXY, *op. cit.*
[163] ALEXY, *op. cit.* p.63-64.

No voto do Ministro Relator, um dos fundamentos apresentados baseia-se na questão do costume, considerando aspectos sociais que justificariam a opção pela interpretação dada aos artigos do Código Penal questionados. O Ministro Marco Aurélio de Mello, em trecho da decisão que causou polêmica, considera que os costumes mudaram e que a legislação, enrijecida, envelheceu, cabendo ao operador do direito, na atividade de interpretação, flexibilizá-la. Isto porque, para o Relator, a adolescente não sofreu qualquer constrangimento ou violência, sendo que a relação sexual mantida foi fruto de sua concordância. Vejamos o interessante trecho da decisão:

> Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos; a meu ver, correspondem a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir.
> [...]
> Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece, as leis não?
> [...]
> Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhar, dessa forma protegendo-a – cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento de segurança transmuda em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente.[164]

Um dos argumentos do Ministro Relator não é, portanto, exclusivamente legal ou empírico, mas uma observação de costumes superados e de comportamentos arraigados na sociedade, que não podem ser desconsiderados na decisão.

Alexy[165] menciona, em sua "Teoria da Argumentação Jurídica", que quando as premissas de uma decisão não são nem regras da lei positiva, nem afirmações empíricas, serão elas primordialmente justificadas pela argumentação jurídica. O papel do discurso jurídico, para Alexy, é, pois, construir uma justificação legítima numa decisão que foge da lógica dedutiva simples.

---

[164] BRASIL, *op. cit.*, p.06-07.
[165] ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

Por fim, considerou o relator um outro direito constitucionalmente previsto e igualmente fundamental que é a proteção da família, conforme dispõe o artigo 226 da Constituição Federal, levando em conta o tempo transcorrido do fato e que o paciente já havia se casado e constituído família.

Mais dois ministros seguiram o voto do Relator, foram eles os Ministros Francisco Resek e Maurício Corrêa. Ambos concluem que a aplicação cega da lei com a condenação do acusado retiraria a justiça do caso concreto.

Vejamos alguns trechos, a começar pelo Ministro Francisco Resek:

> O que me leva, embora muito consternado a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de habbeas corpus, é convicção de que não concedê-la significa proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro.[166]

Segundo o Ministro Maurício Corrêa,

> Deveria ou deverá o juiz estar algidamente circunscrito a vertustez de um ordenamento penal obsoleto, distante da atualidade e das inovações que galopam nas asas da criatividade humana, com as mais sofisticadas tecnologias, ou deveria ou deverá emprestar a interpretação, que a sua consciência ditar, em razão desses fenômenos, já que o processo legislativo às vezes age rapidamente, quando há conveniência, mas que, a despeito da reformulação da legislação penal, caminha a passos de tartaruga?! [...] Ora, é preciso também levar em consideração a condição humana do paciente, examinar os aspectos em que o fato se verificou, a sua participação completa no evento, a sua ambiência, enfim, criada no momento exato da relação, para se aferir se naquele instante deveria ou não julgar ou estimar se se tratava de menor de 14 anos ou não – moça já formada e que aparentava ser maior de idade!![167]

Nesses dois votos, fica claro o uso da argumentação para afastar a aplicação cega da lei. Quando a mera dedução e aplicação da lei não fazem justiça no caso concreto, é hora do julgador superar o raciocínio lógico-sistemático e partir para uma solução que, de fato, dê a solução mais justa e razoável. É nesse momento que a argumentação ingressa como elemento indispensável no rompimento de um modelo e viabilização do desenvolvimento de um novo raciocínio, condizente com a justiça que se almeja de uma decisão judicial.

Os dois Ministros, nos trechos destacados, usam da argumentação para afastar uma interpretação simplificada do artigo do Código Penal e considerar circunstâncias

---

[166] BRASIL, *op. cit.*, p. 15
[167] *Ibidem*, p. 19-20.

fáticas, empiricamente comprovadas ou não, concluindo pelo afastamento do tipo penal.

Os dois Ministros que votaram em seguida, Carlos Velloso e Néri da Silveira, divergiram e concluíram pela aplicação da pena, sendo vencidos, contudo. O Ministro Carlos Velloso justificou seu voto alegando que os artigos do Código Penal em questão querem exatamente proteger a criança e adolescente, daí votar pela condenação. Já o Ministro Néri da Silveira acrescentou a questão do impacto social e político que teria a decisão do STF em relação ao prejuízo ao combate à prostituição infantil e juvenil no país.

Não obstante os votos divergentes desenvolvessem linhas argumentativas bem diferentes, e também de importante consideração, não prevaleceram. A particularidade da situação concreta que envolvia o fato mostrou-se com argumentação convincente para afastamento da pena, o que parece para nós acertado. Afirma-se isso porque a medida do acerto das decisões do STF é a repercussão social que elas proporcionam e as possíveis consequências que dela derivam. No HC ora analisado, ficou claro que houve consenso quanto à correção da medida dos Ministros vencedores, pois a sentença alcançou aceitação, sendo a decisão abraçada pela sociedade, que é destinatária última dos dispositivos constantes de uma sentença do Supremo Tribunal Federal. Ademais, ao que parece, o receio apresentado como argumento nos votos dos Ministros vencidos não se concretizou na prática, isto é, a decisão do STF, apesar de polêmica, não estimulou práticas ilícitas, nem criou um precedente a ser utilizado indiscriminadamente em decisões que tenham como celeuma central os artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal.

A razão para o consenso em torno da decisão do Supremo Tribunal Federal parece estar, exatamente, no esforço argumentativo dos Ministros quando do proferimento dos seus votos. Isto porque a fundamentação foi bem desenvolvida e foram utilizados argumentos empíricos e fáticos que deram ao dispositivo final o suporte necessário para ser acreditado pela sociedade. Todo o discurso constante dos votos vencedores trouxe uma linha argumentativa clara e justificadora, resultando no acerto da decisão do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo principal delinear o papel do discurso jurídico no direito pós-positivista, usando de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal para demonstrar questões e afirmações levantadas ao longo do trabalho. Ressurge, pois, a questão central: Qual o papel do discurso jurídico no direito pós-positivista?

Edgar Morin alerta que "reaprender é o mais difícil, aprender é fácil. Reaprender é mudar as estruturas do pensamento. Por isso é uma tarefa muito difícil, necessita-se de alguns instrumentos do pensamento"[168]. Compreender o papel do discurso jurídico na realidade jurídica hoje vigente é uma reaprendizagem da forma de pensar e concretizar o direito, encontrando, naturalmente, as suas dificuldades, não obstante seja um processo irreversível.

De toda a análise da pluralidade vivenciada atualmente no direito e compreendendo a sentença judicial enquanto construção discursiva, concluímos que o discurso jurídico tem dois basilares papeis para um direito pós-positivista. O primeiro deles é possibilitar o rompimento do raciocínio próprio de uma linha positivista com uso exclusivo da técnica de subsunção (premissa maior: norma; premissa menor: fato; conclusão: sentença) e elementos tradicionais da hermenêutica (gramatical; histórico; sistemático; teleológico).

Findou-se a ideia do julgador que apenas revela a vontade da norma. O juiz deve explorar as diversas interpretações possíveis para novas formas de solução das questões jurídicas, com a aplicação de princípios constitucionais implícitos ou explícitos, considerando jurisprudência acerca da temática e, até mesmo, elementos técnicos extrajurídicos pertinentes e facilitadores para a solução do caso concreto. É através da construção argumentativa que o juiz fica possibilitado de usar de todos esses instrumentos, sendo o discurso o resultado final dessa atividade judicial inovadora.

---

[168] MORIN, Edgar. *Saberes locais e saberes globais:* o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p.55.

Um segundo papel que decorre imediatamente do anterior, é o fato de ser através da construção discursiva racional que se alcança a legitimidade da decisão judicial. Em outras palavras, se há uma nova lógica de decisão que nem sempre decorre da aplicação simples da lei, é indispensável que o julgador motive adequadamente a sua sentença para resguardar a legitimidade do dispositivo que estará contido nela. Deve haver racionalidade na decisão, sem, contudo, precisar estar adstrito a uma lógica de simples aplicação da regra positivada. A construção argumentativa racional é que dará legitimidade à decisão proferida.

Possibilitar construir uma nova lógica nas decisões judiciais e legitimar essas decisões judiciais são situações que almejam um único fim: aproximar-se da realidade social circundante, de forma a harmonizar o discurso constante da decisão do senso comum, visando consenso social e legitimação. O Judiciário trabalha para a sociedade e é a ela que ele tem o dever de dar uma resposta o mais satisfatória possível.

Esse consenso é produzido à medida que as decisões judiciais são o mais razoável e plausível que possam, algo que se dá na prática jurídica. Perelman[169] ressalta que um dos equívocos do positivismo é que não podem as ciências humanas trabalhar com a lógica demonstrativa das ciências exatas, com ideia de uma única resposta correta. Na verdade, a decisão jurídica é mais justa, oportuna e razoável em razão do conjunto de argumentos apresentados, de acordo com a tese hegemônica para aquela dada situação naquele local e tempo e naquelas condições. É impossível pensar o direito sem considerar fatores políticos, ideológicos, econômicos, religiosos e culturais associados aos fatos levados à decomposição do juiz.

O discurso jurídico é o instrumento através do qual se desenvolve a teia argumentativa capaz de associar esses fatores e dar uma ordem lógica à decisão judicial. Não há, pois, um abandono da técnica clássica de decisão jurídica e das formas tradicionais de interpretação das normas, apenas elas não são mais suficientes para a solução das mais diversas e variadas celeumas levadas ao Judiciário, acrescentando-se novas formas de solução e aparecendo a

---

[169] PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*

argumentação como facilitadora para a concretização dessas novas facetas do direito.

A comprovação destas hipóteses se deu por meio da análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, escolha que se justifica por ser a Corte de maior hierarquia no Poder Judiciário brasileiro e encarregada da guarda da Constituição. A demonstração do papel do discurso nas decisões do Supremo Tribunal Federal constata algumas tendências e desafios apresentados ao longo do trabalho e que merecem uma reflexão mais específica neste momento de conclusão.

A valorização do processo de interpretação da norma procurando adaptá-la à realidade social em que se insere e a relevância do papel do Supremo Tribunal Federal, no contexto do Estado Brasileiro, para a concretização desse processo é algo presente nos diversos votos analisados. Há uma permanente preocupação do STF de dar o máximo de coerência às suas decisões e fica claro que os Ministros têm consciência de que as suas atividades atuam para a fixação de interpretação e definição de conceitos jurídicos e princípios constitucionais.

O discurso jurídico presente nas decisões abarca argumentos normativos que lhe apoiam e lhe dão sustentação, preservando o caráter jurídico da argumentação. Porém, também fazem uso de princípios instrumentais de interpretação constitucional, que são a ponte para a elaboração de raciocínios diferenciados que fogem da lógica positivista. Não cabe e nem seria o momento de discorrermos acerca destes princípios interpretativos, mas é obrigação citá-los, alguns deles já mencionados, tais como: o princípio da supremacia da Constituição, princípio da interpretação conforme, princípio da unidade da Constituição Federal, princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, o STF vem usando com frequência técnicas de decisão que dão uma elasticidade maior à decisão, sempre na tentativa de sintonizá-la à realidade e alcançar consenso social, a exemplo da mencionada técnica de modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (ver seção 4.1).

O estudo realizado demonstrou que o arcabouço argumentativo do STF, mais do que determinar condutas jurídicas, tem papel fundamental na fixação dos limites de normatividade da ordem jurídica hoje em vigor. Decorre desse fenômeno a crescente importância que se vem dando aos precedentes judiciais no nosso país. Os precedentes judiciais nada mais são do que construções argumentativas que adquirem força quando emitidas por Tribunais Superiores, a exemplo do STF, influenciando na decisão de situações semelhantes.

Esse é um elemento que não pode ser desconsiderado em um estudo que se proponha a trabalhar com uma perspectiva pós-positivista do direito, já que é inegável a força normativa da jurisprudência na atualidade. Prova disso é a introdução na ordem jurídica de instrumentos processuais que demonstram o crescimento do papel dos precedentes no direito brasileiro. São novas disposições processuais que levam em consideração a existência de precedentes judiciais como determinantes para o deslinde do processo.

São exemplos: a) a súmula impeditiva de recurso (557, caput e § 1° com redação dada pela Lei 9756/98); b) a determinação para que decisões contrárias à Fazenda Pública produzam efeitos imediatos, sem necessidade de reexame necessário, quando em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente (art. 475, §3°, CPC, incluído pela Lei 10.352/2001); c) a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, caso o título judicial se funda em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Constitucional ou se baseie em aplicação ou interpretação tida por ela como incompatível com a CF (art. 475-l, II, §1°, CPC e art. 741, § único, com redação dada pela Lei 11.232/2005); d) a presunção de que o requisito de “repercussão geral” necessário ao conhecimento do recurso extraordinário, estará presente quando o acórdão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 543-A, §3°, introduzido pela Lei 11.418/2006); e) a previsão de que, em questões que ensejam a multiplicidade de recursos extraordinários idênticos, a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre a matéria, em um caso paradigma, abrirá para o tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos nele sobrestados ou de se retratar de suas decisões anteriores, objeto de outros recursos extraordinários que ali se encontrem, sob pena de, não o fazendo, tê-las

liminarmente cassadas ou reformadas no STF (art. 543-b,§3°, introduzido pela Lei 11.418/2006); f) e, por fim, a súmula vinculante introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004 (art. 103-A, CF/88).

Todos esses instrumentos foram criados com o propósito de dar celeridade ao processo e acabam por incorporar os precedentes ao sistema de decisões judiciais, alçando-o, por vezes, a única solução possível para a *quaestio júris.*

Dessas constatações extraímos outra importante observação, que não deixa de se converter numa questão: Estará havendo uma natural aproximação entre os sistemas jurídicos de tradição românica e aqueles de tradição anglo-saxônica? Classicamente, os primeiros têm como fonte primordial a lei e os segundos têm a jurisprudência (enquanto meio de ajuste dos costumes), mas, com o crescimento do papel desta última na conformação da ordem jurídica dos países de tradição românica, a exemplo do Brasil, parece que há uma convergência entre as características dos dois sistemas e uma tendência a se estabelecer um sistema híbrido.

Conforme explanado no início deste trabalho, a própria ordem social hodierna, com o estabelecimento de organizações jurídicas supranacionais, exige-se uma flexibilização nos modelos classicamente estabelecidos e a aproximação dos grandes sistemas. Talvez desta reflexão se possa chegar à conclusão de que haverá uma mudança considerável de comportamento dos operadores do direito, dos doutrinadores e, até mesmo, dos docentes, que terão que preparar os jovens para uma realidade prática que não mais se funda em um sistema exclusivamente legalista.

De outra banda, toda essa efervescência de fatos e tendências no direito faz com que surjam desafios para aqueles que trabalham cotidianamente com o direito e, também, para a sociedade em geral, a quem se dirige em última instância o discurso constante das decisões judiciais.

À medida que se decide conflitos não mais com fundamento exclusivamente nas leis, mas a partir de uma construção discursiva que elege outras linhas

argumentativas, cresce a força dos juízes e decresce a democracia, já que as leis produzidas por representantes eleitos são repelidas. Niklas Luhmann[170] destaca que "a democracia cada vez mais recua e os juízes tornam-se cada vez mais fortes, na medida em que as leis, produzidas pelos representantes eleitos democraticamente, são repelidas por esse últimos"[171].

No entanto, existem riscos quando analisamos e constatamos o avanço da argumentação para a realização do direito justo. A liberdade de construção na decisão que deriva do uso da argumentação também pode servir à arbitrariedade, devendo o discurso produzido nas sentenças que amplia os horizontes do direito, ao implantar novas linhas de raciocínio e decisão, ao mesmo tempo, servir como limite para este mesmo juiz. O dever de fundamentar e a construção argumentativa daí resultante devem exigir dos julgadores que eles demonstrem congruência entre os elementos usados e a decisão que dali deriva, bem assim coerência e proporcionalidade. Assim, o discurso jurídico servirá para avaliar uma possível arbitrariedade do juiz, pois nele estarão as suas razões, justas ou não.

Estar atento a esse limite é um dos desafios atuais para os juízes, de modo que haja um equilíbrio na expansão do uso do discurso, não resvalando para ações abusivas, que, ao invés de efetivar direitos, cometam arbitrariedades.

Mas, sem dúvida, o maior de todos os desafios quando estamos a falar do papel da argumentação para o direito é colocá-la a serviço da efetivação de direitos fundamentais e, dentre estes, especialmente, aqueles de cunho social. O nosso passado constitucional exige que, no presente, diante da Carta democrática que temos em mãos e da ânsia de fazê-la valer como instrumento de redução das desigualdades sociais e promoção da dignidade da pessoa humana, estejamos sempre a trabalhar pela sua efetivação.

---

[170] LUHMANN, Niklas. Anexo. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna:* introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93-106.
[171] *Ibidem*, p.104.

Todas as características apontadas como indicadoras da superação do paradigma positivista (ver primeiro capítulo) emergem basicamente de duas situações: a uma do surgimento de situações que não encontrando pronta resposta na lei (os denominados casos difíceis), que fazem com que o operador do direito recorra a outros instrumentos aceitos pelo direito e que promovam a solução das celeumas jurídicas; a duas pela premente necessidade de se dar efetividade a Carta Constitucional, em razão da presença maciça de direitos fundamentais sociais que não podem mais permanecer apenas figurando sem serem reconhecidos e vivenciados na prática.

Quando inserimos em nosso ordenamento uma série de regras e princípios de carga valorativa, como, por exemplo, dignidade da pessoa humana ou devido processo legal, e queremos dar-lhes efetividade, cresce a força da argumentação para o preenchimento desses conceitos em consonância com a realidade política, econômica, social e cultural. Assim, não basta termos um cabedal de previsões constitucionais e legais garantidoras de direitos, se não houver vontade de realização destes direitos. Aos juízes cabe buscar dar efetividade a esses direitos pelo uso da construção discursiva efetivada no dispositivo sentencial.

Podemos afirmar que o discurso jurídico já delineia seu fundamental papel no pós-positivismo e certamente permanecerá atendendo à efetivação de direitos fundamentais. Mais ainda, o discurso jurídico tem funções perenes, posto que o processo interpretativo que se converte em linguagem é variável e infindável. Nelson Cerqueira[172], mencionando o pensamento gadameriano, diz que a história nunca chega a um fim, nem nunca se alcança uma interpretação final, e completa: “o intérprete nunca consegue revelar de forma completa o significado do objeto que pretende entender”[173].

Em razão desse trabalho intermitente de revelação dos sentidos da lei, de avaliação dos casos concretos levados a juízo, ao discurso resguarda-se, enquanto materialização desse processo de interpretação, um papel indispensável para a viabilidade da justiça, como valor primeiro das decisões judiciais.

---

[172] CERQUEIRA, Nelson. *A crítica marxista de Franz Kafka*. Salvador: Editora Cara, 2005.
[173] *Ibidem*, p.140.

O estudo como o aqui proposto reconhece que está em andamento no direito uma reformulação das suas bases epistemológicas, do sistema jurídico e sua relação com a sociedade, que restou comprometida pelo modelo positivista exclusivamente formalista. Assim como os padrões políticos, econômicos e culturais estão sendo reformulados pelo ingresso de novos paradigmas próprios do século XXI, também a teoria do direito não pode permanecer estacionada e, para continuar a servir à sociedade, precisa reciclar-se.

A abordagem das decisões do Supremo Tribunal Federal se mostrou indispensável para coadunar com essa nova sistemática do direito, ao privilegiar o caráter argumentativo de suas decisões, que são responsáveis por fazer a ponte entre o sistema normativo e os fatos ocorridos na sociedade.

Ao final e ao cabo, podemos dizer que o desejo é de contribuir para o estudo contemporâneo do direito, buscando sempre e mais suscitar debates atuais e que contribuam para a efetividade social da ciência jurídica. É premente que o direito esteja a serviço da sociedade e do seu bem-estar, entendendo o processo argumentativo como a forma de assegurar um método democrático de construção da decisão, suprimindo as ideias de autoritarismo e arbitrariedade, sem deixar de resguardar a segurança jurídica. O discurso aparece como o instrumento para a legitimação da pluralidade de direitos nas decisões judiciais.

.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica:* para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso:* estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 5, 1988, p. 139-151. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf?portal=0>.Acesso em: 21 jul. 2009.

_____. *Teoria da argumentação jurídica.* Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49-118.

BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.1-8.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-378.

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade liquida*. Tradução Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade.* Tradução de Mauro Gama e Claúdia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. *Tempos líquidos.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BOBBIO, Noberto. *Positivismo jurídico.* São Paulo: Cone Editora, 2006.

BRASIl. *Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Código de processo civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n° 223-6 MC/DF*. Requerente; Partido Democrático Trabalhista, Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Paulo Brossardi. Brasília, DF: DJ 29.06.1990. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2010.

_____, Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2240-7 / BA*. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Governo do Estado da Bahia. Relator(a): Min. Eros Grau. Publicação DJ-072 02-08-2007 DJ 03-08-2007. EMENT VOL-02283-02 PP-00279 Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.° 73662 / MG. Paciente: Marcio Luiz de Carvalho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Marco Aurélio Julgamento: 21/05/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 20 jan. 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão de hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.369-390.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CERQUEIRA, Nelson. *A crítica marxista de Franz Kafka*. Salvador: Editora Cara, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* Vol. II. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* 2. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio:* o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. rev. atualiz. Curitiba: Posigraf, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I.* Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Tradução Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUALLUPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Direito ao extremo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 204-205.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna:* introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. Anexo. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna:* introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93-106.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

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

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita:* repensar a reforma e reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

_____. *Saberes locais e saberes globais:* o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.203-228.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica.* Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 200

_____; OLBRECHTS-TYTECA Lucie. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERRONE, Patrícia. *Precedentes judiciais.* O desenvolvimento Judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. *O discurso e o poder:* ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

_____. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *Um discurso sobre as ciências.* 4. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2006.

SHINN, Terry. Entrevista. Entrevistador: Pablo Rubén Mariconda. *Sci. stud.,* v.6, n.1, São Paulo, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/

scielo.php?pid=S1678-16620080001000007&script=sci_arttext> Acesso em: 20 nov. 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. C*urso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Devido processo legal*: uma visão pós-moderna. Salvador: JusPodium, 2008.

_____. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo.* Salvador: Editora JusPodium, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso.* Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência:* uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais* – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.