

TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO: justificação da decisão judicial.

Bianor Arruda Bezerra Neto

Doutor em Direito pela PUC/SP
Juiz Federal na 5.^a Região

RESUMO

Este artigo trata da importância da atividade argumentativa para a construção da decisão judicial, bem como tenta diferenciá-la da atividade interpretativa.

Palavras-chave: Argumentação. Teoria da argumentação. Hermenêutica. Decisão judicial.

ABSTRACT

This article deals with the importance of the argumentative activity for the construction of the judicial decision, as well as tries to differentiate it from the interpretive activity.

Palavras-chave: Argumentation. Theory of argumentation. Hermeneutics. Judicial decision.

1 Introdução

Quando se pensa na decisão judicial, é imperioso lembrar o dever constitucional que o juiz tem de fundamentá-la, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IX, da Constituição da República.

Mas, de que adianta fundamentá-la, se o juiz, com base na chamada “livre convicção motivada”, na sua experiência e, sobretudo, do alto de sua prudência e autoridade, pode dizer qualquer coisa para justificar suas conclusões? Em outras palavras, se o juiz pode julgar de acordo com sua vontade, de forma solipsista, ou pior, em nome de interesses inconfessáveis, e essa decisão vai valer, de que adianta falar em exigência constitucional de fundamentação das decisões?

Por essa razão básica, que poderia ser ilustrada aqui com inúmeros exemplos, é que muitos pensadores brasileiros do direito colocaram o tema da decisão judicial em foco, expondo-a como campo de trabalho, com a finalidade de compreender, de um lado, como ela é construída e, de outro, descrever os vários modelos sobre como ela deveria ser construída. Alguns autores chegam a propor caminhos. No Brasil, como referência no tema, cito Paulo de Barros Carvalho, Tercio Sampaio Ferraz Júnior e Lenio Streck.

Entendo que a decisão judicial envolve duas atividades separadas e bem definidas: a interpretação e a argumentação. Através delas, ocorre o que, com inspiração em Paulo de Barros Carvalho, chamo de construção da decisão judicial. Alinhado com os três citados professores, concluo que a realidade é linguagem, que a verdade depende do sistema de referência e que o direito será pouco entendido, a não ser que se alcance essa compreensão.

A atividade hermenêutica ou interpretativa, nesse passo, é relacionada com a compreensão da linguagem com que trabalha o juiz: os textos das narrativas das partes, expressos nas petições e nas diversas formas de produção de provas, bem como os textos das normas jurídicas, expressos, principalmente, através das leis, da jurisprudência, dos precedentes e das súmulas.

É a partir da maneira como o juiz compreende essa linguagem, totalmente condicionada e marcada pelo seu horizonte interpretativo, definido por suas pré-compreensões (limitações, crenças e, sobretudo, seus valores), é que lhe será possível chegar à sua própria narrativa do caso concreto e, conseqüentemente, ao fato jurídico a ele correspondente, à norma jurídica de decisão e, por fim, à decisão judicial. A atividade interpretativa, portanto, fornece os fundamentos para a decisão judicial

E a atividade argumentativa? Em que ela consiste? Qual sua importância para a construção da decisão judicial? Em que a atividade argumentativa se diferencia da atividade interpretativa? É o que tentarei mostrar nas páginas seguintes.

2 A atividade argumentativa

A atividade argumentativa consiste exatamente em justificar como o magistrado chegou à sua narrativa, ao fato jurídico respectivo, à norma do caso concreto e, portanto, ao resultado que compõe a sua decisão. E essa justificação se faz através de argumentos, postos em linguagem descritiva e prescritiva, daí a argumentação, que tem como objetivo convencer seus destinatários de que seus fundamentos encontram respaldo na prova dos autos e no ordenamento jurídico.

Em tais termos, existe uma decisão na mente do juiz, a que ele chega através da atividade interpretativa, ou seja, por meio da compreensão da linguagem, e outra que ele profere, de maneira escrita ou oral, e que é fruto de sua atividade argumentativa.

No texto escrito, portanto, o magistrado deverá: a) descrever a demanda posta em juízo em todos os seus pontos relevantes, detalhando a causa de pedir, o pedido e as respectivas provas apresentadas; b) descrever as questões, materiais e processuais, originadas em razão da resistência a um ou todos os pontos alusivos aos pedidos formulados, à causa de pedir apresentada e às provas produzidas; c) descrever como foi conduzida a instrução

processual, enfatizando quais provas foram produzidas e quais foram negadas; d) expor, se for o caso de forma argumentativa, qual foi o enunciado normativo utilizado como critério central da decisão; e) justificar, argumentando, como foi construída a norma jurídica em sentido estrito; f) justificar, argumentando, quais fatos foram tidos como provados e quais não o foram; g) justificar, argumentando, como foi feita a qualificação jurídica dos fatos a partir da norma jurídica válida; h) expor, justificando, os precedentes utilizados e os que, invocados, tenham sido rejeitados; i) por fim, apresentar o resultado da demanda, procedente/improcedente, e as providências determinadas para a sua efetivação.

Assim, para que a decisão judicial se apresente bem fundamentada e justificada, todos esses itens precisam ser expostos de maneira clara, estando tal exigência agora disposta expressamente no CPC, o que demanda uma mudança de atitude e responsabilidade muito maior dos magistrados brasileiros. No marco do artigo 489 do novo Código, aliás, esta exigência está posta de maneira expressa. Além da previsão acerca dos elementos básicos, previstos nos incisos I, II e III da cabeça do artigo, o CPC estatuiu que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que:

(I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a Conclusão adotada pelo julgador; (V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (VI)

deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A justificação é feita no texto através de argumentos e é em torno deles, portanto, que se elaboram as diversas teorias da argumentação. Argumentar, assim, nada mais é do que justificar as premissas de uma Conclusão, quando outra ou outras são possíveis, ao menos em tese. Não há decisão judicial sem argumentação¹.

3 A teoria da argumentação

No plano dos estudos teóricos em torno da argumentação judicial, as principais perguntas a serem feitas são as seguintes: a) o que é um argumento válido? b) existe diferença entre interpretar e argumentar? c) qual a diferença entre um caso simples e um caso complexo? d) é suficiente que o juiz, na sentença, apenas mencione os fatos, os enunciados normativos aplicados e apresente um silogismo que represente a subsunção da premissa menor (os fatos) na premissa maior (a lei)? e) como se pode justificar, adequadamente, as valorações realizadas no processo de compreensão e interpretação da linguagem das narrativas das partes e dos enunciados normativos? f) se o caso for simples, ainda assim, é necessário que se apresente justificativa? g) há limite para a fundamentação das decisões judiciais, ou seja, casos nos quais a hermenêutica não consegue dar sentido à linguagem, mas cuja falha pode ser suprida por argumentos? h) da mesma forma como na interpretação, que está limitada pela narrativa

¹ “La argumentación es la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se consideraba verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse”. (MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el Derecho. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº33, 2010. Disponível em: <www.cervantes.com>. Acesso em: 08 set.2016, p.65-78).

das partes e pelos enunciados normativos, os argumentos também se submetem aos mesmos limites?

Portanto, a teoria da argumentação não é uma teoria sobre a validade da norma, não é uma teoria sobre a interpretação da norma, muito menos é uma teoria sobre provas e procedimentos judiciais, mas uma teoria sobre a validade de um ou mais argumentos utilizados para justificar determinada Conclusão, de maneira que perguntas sobre “a relação entre a norma jurídica e a norma moral”, por exemplo, não se constituem em questões que devam ser respondidas pela teoria da argumentação.

Todavia, se houver a necessidade desse tipo de problema ser abordado em uma decisão judicial, com a finalidade de resolver alguma das questões componentes da demanda, ele será decidido e fundamentado através da linguagem descritiva e prescritiva, porém justificado através de argumentos. Neste texto, entretanto, não há a necessidade de se prescrever ou recomendar qualquer uma das muitas teorias da argumentação existentes, mas apenas apontar a função e os limites da justificação na construção da decisão judicial, apresentar os principais enfoques e teorias existentes, demonstrar o processo valorativo existente em torno dessa atividade justificativa por parte do magistrado e de que maneira ele influencia na tomada da decisão judicial.

As teorias da argumentação² trabalham com enfoques

² Na visão de Manuel Atienza, as teorias da argumentação podem ser classificadas levando-se em conta o tipo de argumento que elas entendem mais relevantes. Nesse sentido, apresenta a seguinte classificação: a) concepção formal: aqui se agrupam as teorias da argumentação que destacam apenas o aspecto lógico-formal da argumentação, sem qualquer preocupação com a correção de seu conteúdo; vê a argumentação como uma série de enunciados e analisa, sem qualquer atividade interpretativa sobre eles, apenas se é possível, do ponto de vista lógico passar das premissas às conclusões; geralmente, trabalha a partir de esquemas ou formas de argumento como o “modus ponens” e o “silogismo subsuntivo”; b) concepção material: para essa concepção, o que interessa não é a forma do argumento, mas aquilo que o faz correto, de maneira que, no centro do debate, não se põem as inferências, mas as premissas; nas palavras de Atienza: “una buena argumentación desde la perspectiva material presupone la corrección formal, pero tiene que cumplir ciertas condiciones de carácter sustantivo, como las incorporadas en una teoría de las “fuentes del derecho”, de la “interpretación o de la “prueba”; e c) concepção pragmática: encara a argumentação como uma atividade linguística, porém não enfoca seus aspectos sintático e semânticas, mas seu

diversos, ora privilegiando o aspecto lógico dos argumentos de justificação, ora os aspectos retóricos, ora os aspectos dialógicos. Todos eles, contudo, têm como objetivo demonstrar ou construir a validade do argumento para justificar uma Conclusão.

O enfoque na lógica³ é utilizado para dar validade formal ao discurso e a teoria que operará a partir dela o faz através do emprego dos diversos tipos de lógica aplicados ao discurso: silogismo⁴, lógica das proposições, lógica dos predicados e lógica deôntica. O critério lógico é relevante para garantir que as decisões judiciais sejam fundadas em argumentos e critérios gerais e universais, promovendo a coerência do julgador para as próximas decisões a serem tomadas em casos semelhantes.

Através do enfoque retórico, por sua vez, o objetivo é garantir que a decisão judicial tenha aceitação entre aqueles para os quais ela é dirigida. Quem trabalha com o enfoque retórico não dispensa, necessariamente, o critério lógico, porém entende que este é insuficiente para justificar uma decisão judicial mais complexa, especialmente no que diz respeito à justificativa acerca da interpretação do enunciado normativo, ou seja, da construção

aspecto pragmático, relacionado com a função da linguagem alusiva ao convencimento de um auditório ou à interação entre pessoas com o objetivo de se chegar ao consenso teórico ou prático. Com relação ao discurso, já não importa tanto a relação entre as premissas e as conclusões, nem a interpretação ou correção das premissas, mas que as conclusões sejam aceitas, em razão do convencimento ou do consenso. Segundo essa visão, a argumentação consiste em uma atividade necessariamente social, enquanto tal não ocorre com as demais. Em suma, enquanto a concepção formal opera a partir do enfoque lógico, a concepção pragmática opera a partir do enfoque retórico e dialético. A concepção material, por sua vez, opera a partir do enfoque hermenêutico, probatório ou nas fontes do direito. (ATIENZA, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta, 2013, p.110 e s.). Discordamos do autor, pois entendemos que a concepção material opera a partir de temas que, em verdade, são compostos por categorias, conceitos e classificações afetas à teoria do direito, à hermenêutica, à filosofia do direito, não à teoria da argumentação, conforme visão exposta no presente estudo, não estando relacionado, portanto, com a atividade de justificação, sim com a atividade de fundamentação da decisão judicial.

³ A lógica alética clássica trabalha com os seguintes princípios: (I) identidade, segundo uma premissa é identificada pelo seu valor de verdade (verdadeiro ou falso), (II) não-contradição, segundo o qual a premissa não pode ostentar os dois valores ao mesmo tempo e (III) terceiro excluído, segundo o qual não há um terceiro valor a ser identificado no objeto.

⁴ São tipos de silogismo: entimema, epiquerema, polissilogismo, silogismo expositório, silogismo informe, sorites, silogismo hipotético, dilema.

da norma jurídica. O enfoque do critério retórico é no conteúdo dos argumentos e na sua aceitação pelos jurisdicionados. Trabalham com esse enfoque Stephen Toulmin⁵, com seu “modelo de argumentação”, Theodor Viehweg⁶ e seu “enfoque temático”, e Chaim Perelman⁷ e sua “nova retórica”.

Segundo o critério dialógico, o importante é que sejam fixadas regras para que se possa desenvolver um diálogo racional entre o juiz e as partes, de modo que, daí, possa resultar uma decisão aceita por todos. Trata-se de enfoque procedimental legitimador das conclusões de um debate. São representantes destacados de teorias da argumentação que trabalham sob esse enfoque: Jürgen Habermas, Robert Alexy, Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik. Na linha de Habermas, entendem que a argumentação jurídica é uma forma de comunicação racional que tem como objetivo chegar a um consenso racional por meio da dialética (debate e discussão). Tais autores, portanto, trabalharão regras que deverão presidir a dialética e a argumentação necessária para justificar as conclusões suficientes para a construção de uma decisão judicial.

⁵ Toulmin, partindo da ideia de que a utilização da lógica formal não é suficiente para construir um argumento sólido, bem como da ideia de que este somente é alcançado a partir do emprego de um modelo de argumentação estrutural e universal de solidez, baseado em níveis representados pelos conceitos de pretensão, razão, garantia e respaldo, e complementado por critérios específicos a cada campo do saber, elaborou uma estrutura de argumentação jurídica que opera considerando níveis de justificação. (TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

⁶ Para Theodor Viehweg, o caráter sistemático da ordem jurídica, a partir do qual a solução para as questões jurídicas seria obtida através de um processo dedutivo, não é fruto de observação empírica, mas se trata apenas de necessidade argumentativa. Em verdade, a ordem jurídica é fragmentada e a solução para as questões não advém de premissas predeterminadas, mas é construída, inclusive de forma sistemática, a partir de um raciocínio tópico, sobre pontos de partida previamente selecionados e que serão utilizados na argumentação. Na leitura argumentativa de Theodor Viehweg, esses pontos de partida seriam os “lugares comuns” ou “topoi” oferecidos pela tradição na qual está inserido o intérprete. (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.202).

⁷ Na “nova retórica” de Chaim Perelman, “pontos de partida” são fatos, verdades, presunções, valores, hierarquia de valores e ideologia (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.73-96). Este último representa um conjunto de valores que Perelman chamou de “loci”.

4 Funcionalidades da teoria da argumentação

Sob esses três enfoques ou critérios, quais sejam, lógico, retórico e dialógico, as diversas teorias da argumentação, na sua missão de justificar as conclusões a que chegou o magistrado a respeito (I) dos fatos sociais (II) da norma jurídica em sentido estrito, (III) do fato jurídico em sentido estrito, (IV) da relação jurídica e (V) das providências para a efetivação da decisão, utilizam-se de cinco componentes ou métodos de abordagem para criar as regras necessárias para responder à pergunta sobre o que seria um argumento válido. Os cinco componentes são os seguintes: (a) filosófico, (b) teorético, (c) de reconstrução, (d) empírico e (e) prático.

Através do componente filosófico, a teoria da argumentação jurídica consegue avaliar argumentos jurídicos que apresentam evidente um fundamento filosófico, como a justificação apresentada para a construção interpretativa da norma jurídica válida, seja no marco do “positivismo legalista”, do “positivismo normativista” (positivismo exclusivo), do “neopositivismo sociológico”, do “culturalismo jurídico” ou do “pós-positivismo” (positivismo inclusivo e moralismo).

Por meio do componente teorético, a teoria da argumentação formula seus próprios modelos teóricos acerca do que seja um argumento válido e também aceitável, seja do ponto de vista lógico, retórico ou dialógico. Através desses modelos, em linguagem de terceiro nível, a teoria da argumentação é capaz de julgar os argumentos jurídicos lançados para justificar as opções e conclusões dos magistrados acerca dos fatos sociais, da norma jurídica em sentido estrito, do fato jurídico em sentido estrito, da relação jurídica e das providências para a efetivação da decisão.

O componente da reconstrução é um dos mais interessantes. Através dele, a teoria da argumentação utiliza o método analítico para desconstruir e reconstruir o argumento, aclarando as etapas do raciocínio jurídico empregado na construção do argumento. Através

deste processo, inclusive, é possível demonstrar a existência de argumentos implícitos e de imprecisões de base filosófica e teórica de maneira geral, sejam imprecisões de ordem lógica, retórica ou dialógica, conforme seja o enfoque da teoria da argumentação. Da mesma forma como ocorre com o emprego do componente filosófico, através deste componente ou método de abordagem, é possível uma avaliação detalhada da justificação empregada, especialmente, para encontrar o fato jurídico em sentido estrito.

Através do componente empírico⁸, a teoria da argumentação avalia os argumentos e as estratégias argumentativas predominantes em determinado tribunal ou grupo de magistrados, tentando identificar um padrão. Também podem ser investigadas as reações argumentativas de juízes a determinados argumentos lançados por advogados ou o comportamento de jurados, em determinada região do país, frente a argumentos machistas, por exemplo, lançados pela defesa em casos de homicídios dolosos tendo mulheres como vítimas.

Por fim, através do componente prático⁹, a teoria da argumentação, seja através do enfoque lógico, retórico ou dialógico, utiliza no ensino as boas práticas observadas através da avaliação dos argumentos feita por meio dos componentes filosófico, teórico, analítico e empírico, com a finalidade de multiplicá-las e aperfeiçoá-las. Assim, através dessa componente, é possível tentar melhorar: (I) as decisões judiciais por meio do respeito e do correto uso dos precedentes, (II) as formas de integração do direito por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, (III) a solução para os casos de conflito entre princípios constitucionais, (IV) o emprego dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, (V) a identificação de falácias; (VI) o uso dos argumentos “a contrario”, “a simili” ou “a pari”, “a fortiori”, “a maiori”, “ad hominen”, “ad absurdum”, “ad exemplum”, “ad ignorantia”, “ab

⁸ No Brasil, trabalha essa perspectiva Patrícia Perrone Campos de Mello. (MELLO, Patrícia Perrone Campos de. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

⁹ Para um estudo da realidade brasileira com foco neste componente: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Rio de Janeiro: FGV, 2013.

autoritatae”, “ratione legis stricta”, “contra legem”, “de lege lata”, “de lege ferenda”, “petitio principii”, “pas de nullité sans grief”, “ne reformatio in pejus”, “humana dignitate”, “ipso facto”, “in re ipsa”, “propter rem”, “sedes materiae”, “a rubrica”.

5 Argumentação jurídica e atividade hermenêutica

A atividade hermenêutica é relacionada à atribuição de sentido à linguagem e construção da realidade, enquanto a atividade argumentativa é destinada a justificar, através de argumentos, os juízos e as proposições, descritivas e prescritivas, necessárias para o desenvolvimento da atividade hermenêutica, de maneira que não se confundem, já que possuem objetos diversos, assim como as diferentes teorias da argumentação também não se confundem com a filosofia do direito, com a teoria do direito ou outras áreas dogmáticas do direito.

Todavia, fundados na diferença entre casos fáceis e casos difíceis, os cultores das teorias-padrão¹⁰ da argumentação entendem que, tanto no plano da dogmática jurídica, quanto no plano da decisão judicial, e especialmente no caso desta última, nem a hermenêutica, nem a dogmática, seriam capazes de oferecer uma solução razoável para os casos difíceis.

Por caso fácil, os adeptos dessas teorias entendem aqueles que podem ser logicamente deduzidos dos enunciados jurídicos em vigor, ou seja, quando não há qualquer problema de imprecisão da linguagem, de conflito de normas, de anomia, nem de conflito entre

¹⁰ A expressão “teoria-padrão da argumentação” é utilizada por Manuel Atienza para identificar os modelos que surgiram e se desenvolveram nos “últimos anos”, diferenciando-os dos modelos surgidos a partir dos anos 1950 e cuja marca é a rejeição do modelo lógico-dedutivo até então dominante, quais sejam, a tópica de Theodor Viehweg (1953), a nova retórica de Chaim Perelman (1958) e lógica informal de Stephen Toulmin (1958). São representantes da teoria-padrão: Robert Alexy (1980), Neil MacCormick (1982), além do próprio Manuel Atienza. Ele diz ainda que podem ser consideradas como desenvolvimento do modelo de Robert Alexy as teorias de Aarnio Aulis (1987) e Aleksander Peczenick (1989). (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.132).

leis da moral e as leis do direito. Em condições assim, a resolução do caso decorre logicamente dos enunciados normativos, podendo as decisões judiciais ser proferidas por meio de silogismos simples, através da subsunção dos fatos (premissa menor) aos enunciados normativos (premissa maior)¹¹.

O conceito de caso difícil varia. Vejamos o que dizem os principais autores das teorias-padrão da argumentação: a) para Robert Alexy¹², está-se diante de um caso difícil quando uma das seguintes circunstâncias está presente:

(I) há imprecisão na linguagem do direito; (II) há possibilidade de conflito entre normas; (III) há possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente; (IV) há possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma.

Assim, o modelo perfeito de decisão é aquele em que elas surgem do seguinte conjunto: (I) enunciado factual, (II) enunciado normativo, (III) enunciados consolidados em dado sistema jurídico e (IV) enunciados criados pela metodologia, mas se isso não for suficiente para se encontrar uma e somente uma solução, então aí surge um campo para o intérprete para que ele possa escolher uma dentre várias soluções possíveis, o que é considerado um caso difícil.

A primeira situação em que o caso difícil se revela, segundo

¹¹ “Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.” (ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p.33).

¹² ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p.33.

Alexy, é baseada em Herbert Hart¹³, quando diz que

é certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (‘se algo é um veículo, um automóvel o é’), mas haverá casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (‘a palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?’).

Tanto para Alexy, quanto para Hart, esta seria uma questão a ser resolvida pela hermenêutica, porém os cânones hermenêuticos não são suficientes a tanto, uma vez que:

a) segundo Herbert Hart:

os cânones de interpretação não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação; Não podem, mais que as outras normas, fornecer sua própria interpretação.

b) na visão de Robert Alexy:

“Porém, até o número de cânones é controvertido”. Assim, Savigny distingue o elemento gramatical, lógico, histórico e sistemático da interpretação. Segundo Larenz, existem cinco critérios de interpretação: o sentido literal, o significado da lei segundo o contexto, as intenções e metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivos-teleológicos e o mandamento de interpretação conforme a constituição. Wolff, para mencionar outro exemplo, cita as interpretações

¹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.164.

filológicas, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética e teleológica.

Todavia, mais que uma divergência a respeito do número e qualidade dos cânones, Alexy afirma que “cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Diante desse fato, só se podem considerar adequados para fundamentar com segurança um resultado, se possível articular critérios estritos para sua ordenação hierárquica”, o que, até hoje, segundo ele, ninguém conseguiu fazer. Além disso, prossegue o professor alemão, a interpretação teleológica, por exemplo, sempre conduzirá a resultados diversos “se dois intérpretes têm concepções diferentes sobre o objetivo da norma em questão”.

A segunda situação que caracteriza o caso difícil tem inspiração em Hans Kelsen, quando este diz que “existe um conflito entre duas normas, se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve, necessariamente ou possivelmente, a violação de outra”¹⁴. A terceira situação é inspirada nas lições de Karl Larenz, postas em Metodologia da ciência do direito, enquanto a quarta situação é extraída da experiência dos tribunais, os quais, frequentemente, utilizam conceitos morais, supostamente contidos em normas constitucionais, para encontrar a premissa maior do silogismo, a partir da correção do direito infraconstitucional. Essas situações também deveriam ser resolvidas pela hermenêutica, porém esta não consegue se desincumbir da tarefa através dos seus cânones hermenêuticos.

Robert Alexy, então, propõe uma teoria racional do discurso fundada em um modelo procedimental. A pergunta central contida na teoria da argumentação de Alexy é: como se pode justificar de maneira racional as proposições normativas, especialmente aquelas contidas nas decisões judiciais? Para ele, os discursos que procuram

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.157.

justificar uma proposição normativa são “práticos”, enquanto aqueles de justificação de uma decisão judicial são “jurídicos”, um tipo especial de discurso prático. Assim, uma proposição jurídica contida em uma decisão judicial é considerada justificada se fundada em um “discurso jurídico” racional¹⁵, qualidade que alcança através do cumprimento de procedimentos precisamente descritos pela sua teoria da argumentação. Como resultado desse processo racional de justificação, a decisão judicial alcançará uma espécie de “consenso institucionalizado”¹⁶ que lhe é exigido e que a hermenêutica jurídica não lhe pode entregar. A teoria procedimental de Alexy é dividida em duas partes: na primeira, ele apresenta as regras para a justificação das proposições jurídicas através do discurso prático geral, enquanto, na segunda, estão as regras para o discurso prático jurídico.

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p.289.

¹⁶ “Weinberger condena a teoria do discurso afirmando que ela substitui a argumentação baseada na lógica e na empiria pelo simples consenso. Diz também que ela não chega a “encontrar métodos de argumentação efetivos” e que o discurso ideal por si só não garante que se chegue a ter boas ideias nem que estas se imponham. Isso conduz a um segundo aspecto da relação entre procedimento e correção. O primeiro aspecto se refere à observação das regras do discurso. A observância das regras do discurso teria pouco valor se os participantes no discurso não tivessem ideias ou capacidade de julgar as ideias. Isso suscita uma premissa essencial para a teoria do discurso. A teoria do discurso tem como condição de possibilidade estarem os participantes no discurso (portanto, seres humanos tal e como de fato existem), em princípio, em condições de ter ideias ou de ter imaginação e de distinguir as boas das más razões para a formulação de enunciados substanciais. Parte, pois, de uma capacidade de juízo e de imaginação dos participantes, que em princípio existe de uma maneira suficiente. [...] A tese de Weinberger de que o discurso não garante boas ideias e bons juízos só é acertada se interpretada de forma tão estrita, que chegue a uma condição de possibilidade inaceitável. É verdade que o fato de se cumprir as regras do discurso, justamente com a premissa de que os participantes no discurso dispõem de uma capacidade de imaginação e de juízo suficiente, não conduz logicamente à correção dos resultados no sentido absoluto. Isso não ocorre por se poder usar a capacidade suficiente de modo censurável ou incorreto. Seria, porém, equivocado, particularmente no que se refere às questões práticas, exigir a segurança de uma correção absoluta. Isto não pode garantir nenhum procedimento. Se se suprime esta exigência excessiva, então fica claro que nenhum procedimento é mais adequado do que o discurso para desenvolver ao mesmo tempo a capacidade de imaginação e de juízo e a obtenção de um controle racional, aproximando-se, dessa maneira, da correção.” (ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p.292).

As regras procedimentais para o discurso prático geral estão divididas em seis grupos: (I) regras fundamentais, (II) regras da razão, (III) regras sobre a carga da argumentação, (IV) regras sobre as formas dos argumentos, (V) regras de fundamentação e (VI) regras de transição. As regras fundamentais¹⁷, segundo Manuel Atienza, constituem-se em regras básicas da lógica formal, quais sejam, os princípios da universalidade, não-contradição, identidade e terceiro excluído, bem como nos imperativos de sinceridade e uso comum da linguagem. As regras da razão¹⁸ contêm os princípios ideais de fala, segundo o modelo de Habermas: igualdade de direitos, universalidade e não coerção. As regras sobre a carga da argumentação¹⁹ contêm formulações técnicas para facilitar a argumentação. As regras sobre as formas dos argumentos, em verdade, apresentam dois tipos básicos de argumentação, o primeiro com base no sentido da norma, e o segundo com base nas consequências da aplicação dessa norma. As regras de fundamentação²⁰ trazem prescrições para otimizar as regras anteriores e são apresentadas em três grupos: 1) no primeiro,

¹⁷ 1.1) Nenhum falante pode se contradizer. 1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio crê. 1.3) Todo falante que aplique um predicado 'F' a um objeto "a" deve estar disposto a aplicar 'F' também a qualquer outro objeto igual a "a", em todos os aspectos relevantes. 1.3') Todo falante só pode afirmar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria também em todas as situações iguais, em todos os aspectos relevantes. 1.4) Falantes diferentes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes.

¹⁸ 2) Todo falante, quando lhe é solicitado, deve fundamentar o que afirma, a não ser quando puder dar razões que justifiquem a recusa a uma fundamentação. 2.1) Quem pode falar pode participar do discurso. 2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção; b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. 2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em 2.1 e 2.2.

¹⁹ 3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da adotada para uma pessoa B está obrigado a fundamentar isso. 3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso. 3.3) Quem apresentou um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos. 3.4) Quem introduz, no discurso, uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento a uma anterior manifestação, tem, se isso lhe é pedido, de fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.

²⁰ 5.1.1) 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. 5.1.2) As

segundo Atienza, estão aquelas que se apresentam como variações do princípio da universalidade: a) princípio da troca de papéis, quando um dos falantes se coloca no lugar do outro, b) princípio do consenso, quando os falantes avaliam seus argumentos a partir das opiniões comuns entre eles, e o c) princípio da publicidade, através do qual "toda regra pode ser ensinada de forma aberta e geral"; 2) no segundo grupo, estão prescrições dirigidas aos argumentos que pretendem corrigir o direito através de regras morais; 3) por fim, no terceiro grupo, encontra uma regra básica de garantia da efetividade do discurso prático. Finalmente, as regras de transição²¹ são formulações que autorizam aquele que argumenta a sair do discurso argumentativo e partir para um discurso descritivo ou prescritivo.

As regras do discurso prático geral, no entanto, não garantem ainda o consenso, porque as partes, e principalmente o magistrado, podem ter visões diferentes acerca dos pontos de partida, como sua concepção acerca da verdade, da norma jurídica válida e da justiça, razão pela qual se faz necessário que tais regras sejam completadas por regras especiais que compõem o discurso jurídico, o qual, apresenta-se como um caso especial do discurso prático geral, com a diferença que nele há as limitações impostas pelo ordenamento jurídico, pela dogmática jurídica e pelos precedentes. Todavia, a principal diferença está no fato de que o discurso jurídico tem uma

consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos. 5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral. 5.2.1) As regras morais, que servem de base às concepções morais do falantes, devem poder passar na prova da sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa nessa prova: a) se, embora originalmente possa ter sido justificada racionalmente, tenha perdido, depois, a sua justificação, ou; b) se originalmente não pôde ser justificada racionalmente e tampouco foi possível apresentar novas razões que sejam suficientes. 5.2.2) As regras morais, que servem de base para as concepções morais do falante, devem poder passar na prova da sua formação histórico-individual. Uma regra moral não passe nessa prova se tiver se estabelecido apenas sobre a base de condições de socialização não justificáveis. 5.3) É preciso respeitar os limites de possibilidade de realização de dados de fato.

²¹ 6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso teórico (empírico). 6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de análise da linguagem. 6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de teoria do discurso.

pretensão de correção fundada nos valores da segurança jurídica, da justiça e da legalidade.

Essas regras do discurso jurídico estão divididas em dois grandes blocos: 1) regras de justificação interna: são aquelas relacionadas aos casos fáceis, nos quais a proposição jurídica é encontrada através de simples dedução, ou silogismos simples, a partir (I) do enunciado normativo e (II) dos enunciados empíricos; 2) regras de justificação externa: são aquelas que devem ser empregadas nos chamados casos difíceis, ou seja, quando a Conclusão não pode ser alcançada através de uma simples dedução silogística, justamente porque há problemas relacionados à imprecisão na linguagem do direito, à possibilidade de conflito entre normas, à possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica e a casos em que há dificuldade na narrativa dos fatos ou sua prova.

As regras de justificação externa estão divididas em quatro grupos: 1) regras e formas de interpretação²², as quais são relacionadas à justificativa da interpretação feita com base em seis cânones interpretativos: semântico, genético, teleológico, histórico, comparativo e sistemático; 2) regras de argumentação dogmática²³, ou seja, regras para a justificação de proposições dogmáticas utilizadas; 3) regras sobre o uso de precedentes²⁴; 4) regras alusivas à argumentação prática geral, 5) regras atinentes à argumentação

²² J.6) Deve resultar saturada toda forma de argumento que se deva incluir entre os cânones da interpretação. J.7) Os argumentos que exprimem uma ligação com o teor literal da lei ou com a vontade do legislador histórico prevalecem sobre os demais, a não ser que se possam apresentar outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos. J.8) A determinação do peso de argumentos de formas diferentes deve ocorrer segundo regras de ponderação. J.9) É preciso levar em consideração todos os argumentos que for possível propor, e que possam ser incluídos, pela sua forma, entre os cânones da interpretação.

²³ J.10) Caso seja posto em dúvida, todo enunciado dogmático deve ser fundamentado mediante o emprego de, pelo menos, um argumento prático de tipo geral. J.11) Todo enunciado dogmático deve poder ser bem-sucedido numa comprovação sistemática, tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo. J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados.

²⁴ J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito. J.14) Quem quiser se afastar de um precedente assume a carga da argumentação.

empírica e 6) formas de argumentos jurídicos especiais²⁵, quais sejam, o argumento “a contrário”, a analogia e a redução ao absurdo.

A outra importante definição de caso difícil encontra-se na obra de Neil MacCormick. Para ele, são quatro as circunstâncias que fazem com que um caso não possa ser resolvido por uma simples dedução lógica, através do processo de subsunção, e passe a requerer maiores esforços para ser justificado argumentativamente. As quatro circunstâncias são as seguintes: a) no mesmo sentido de Robert Alexy e também com fundamento em Herbert Hart, ele diz que um caso é difícil quando não há qualquer dúvida no tocante à identificação do enunciado normativo aplicável, mas há dúvida no que diz respeito ao correto sentido dele; b) também se considera difícil quando não se tem certeza se existe, para determinado caso, um enunciado normativo que a ele seja aplicável; c) quando as provas produzidas não são coerentes entre si, nem com a narrativa apresentada pelas partes, está-se diante de um caso difícil; d) finalmente, o caso é difícil quando não há dúvida acerca da existência do fato, mas há dúvida se ele pode funcionar como premissa menor em relação à norma jurídica aplicável ou, utilizando a linguagem do construtivismo lógico-semântico, há dúvida se o fato integra o antecedente da norma jurídica em sentido estrito.

Segundo Neil MacCormick, então, os casos fáceis são aqueles que podem ser resolvidos a partir de simples dedução das normas e das provas, não carecem de atividade interpretativa e, portanto, demandam justificação apenas de primeira ordem, enquanto os casos difíceis são aqueles com que demandam atividade interpretativa e, por isso mesmo, admitem mais de uma solução, a qual, qualquer que seja ela, somente pode ser adequadamente demonstrada através de justificação de segunda ordem. Esse tipo de justificação é realizado através de um tipo de argumentação que o autor chama de consequencialista, a qual ocorre quando se demonstra que o resultado da decisão: a) pode ser universalizado para todos os casos

²⁵ J.18) As formas dos argumentos jurídicos especiais têm de ser saturadas.

semelhantes; b) é consistente com outras regras do sistema ou com precedentes judiciais; c) é coerente, porque harmônica com relação a valores morais e princípios, como a segurança jurídica, a justiça, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Em tais termos, em geral, os cultores das teorias-padrão da argumentação colocam a atividade hermenêutica jurídica em posição de insuficiência frente aos desafios que os chamados casos difíceis impõem aos magistrados, de modo que somente a atividade argumentativa pode dar cabo a tal tarefa.

Todavia, o ponto de partida desta visão, contém uma premissa ou dogma que nem sempre é realçado por esses teóricos: a hermenêutica não é vista como uma atividade existencial de atribuição de sentido à linguagem, esta entendida em sentido amplo como tudo que possa ter significado para o ser humano. Em outras palavras, a atividade hermenêutica não é vista como uma atividade de atribuição de sentido, compreensão e interpretação da linguagem, que se desenvolve a partir do horizonte cultural do intérprete e dentro do círculo hermenêutico que proporciona a reflexão, a crítica e a reafirmação ou reformulação do quanto interpretado. Ao contrário, a hermenêutica é vista, nos termos da concepção de Robert Alexy, como uma atividade de descoberta de sentido²⁶, operação que deve ser levada a termo pelo método, o qual, por sua vez, é materializado através dos chamados cânones hermenêuticos, ou é vista já como um tipo de discurso justificativo das decisões judiciais, como em MacCormick²⁷:

Este escrito oferece un desafío a las teorías de la autonomía de Derecho y, en consecuencia, se opone a la idea de moda de considerar al Derecho como

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p.34.

²⁷ MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el Derecho. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº33, 2010. Disponível em: <www.cervantes.com>. Acesso em: 08 set.2016, p.65-78.

‘sistema autopoiético’. La interpretación es, como todos acuerdan, una actividad omnipresente en el Derecho. Pero ¿qué esta interpretación? De acuerdo con el presente enfoque se trata de una forma particular de argumentación práctica en el Derecho, en la cual se arguye acerca de una comprensión de los textos o materiales autoritativos como una clase especial de razón (justificativa) de las decisiones judiciales. De ahí que la interpretación jurídica deba ser entendida dentro del marco de una explicación de la argumentación, en particular, de la argumentación práctica.

Vista dessa forma, a atividade hermenêutica se restringe a operações de dedução e silogismos, os quais redundam em processos de subsunção da premissa menor (os fatos), na premissa maior (o enunciado normativo). Essa operação é levada a termos pelos cânones hermenêuticos. Porém, diante da grande complexidade dos casos difíceis, nos quais esse processo de subsunção já não proporciona ao juiz instrumentos seguros para a decisão judicial, necessária à argumentação jurídica.

Dessa maneira, a decisão judicial, nos casos difíceis, seria fruto, quase que inteiramente, da argumentação, não havendo espaço para a atividade hermenêutica.

Todavia, como não é possível argumentação que não parta da realidade, como explicar essa exagerada preponderância do discurso argumentativo, em detrimento do discurso descritivo e prescritivo, através do qual o magistrado constrói a narrativa do caso concreto, bem como a norma jurídica a partir do enunciado normativo? Se o discurso argumentativo é preponderante, onde colocar as avaliações realizadas no processo de construção da realidade, através da linguagem, pelo magistrado? Seriam, então, as avaliações realizadas no interior da argumentação? Se assim fosse, já não estaríamos diante de um processo de justificação, mas de fundamentação, o qual, como se tem insistido, não pode dispensar a atividade hermenêutica.

Por isso, neste texto, devem ser bem separados esses dois momentos, o de fundamentação, através do discurso descritivo e prescritivo, e o de justificação²⁸, através do discurso argumentativo.

6 Conclusões

Do quanto exposto, conclui-se que não é possível argumentar para convencer, se não há fundamentos a serem defendidos pelos argumentos, a não ser que a própria atividade de argumentação deixe de lado a linguagem argumentativa e passe a fundamentar as decisões.

Dessa forma, a atividade argumentativa não pode prescindir da atividade hermenêutica, aliás, como todas as teorias da argumentação reconhecem. Todavia, a atividade hermenêutica não pode ficar reduzida a inferências lógico-dedutivas e à descoberta do sentido da linguagem através da aplicação dos tradicionais cânones da interpretação, os chamados métodos de interpretação, pois, ela vai além dessa reduzida função a ser desempenhada nos chamados “contextos da descoberta”.

Não há que se confundir a atividade hermenêutica com as atividades psicológicas e sociológicas (realismo jurídico) que buscam explicar como o juiz decide. Contudo, a hermenêutica

jurídica, na forma como se compreende no âmbito do construtivismo lógico-semântico, ou seja, aquela que opera no plano da filosofia da linguagem, a partir da linguística, da semiótica, da realidade como fato e das ideias de horizonte cultural e círculo hermenêutico, é suficiente para fundamentar qualquer caso, fácil ou difícil.

Em tais termos, segundo o sistema de referência adotado neste texto, é verdadeira e bastante útil à classificação que Herbert Hart, Robert Alexy e Neil MacCormick fazem entre caso fácil e caso difícil, conforme descrito acima. Todavia, não é válida a Conclusão de que a atividade hermenêutica é incapaz de apresentar fundamentação suficiente para eles.

A fundamentação das decisões judiciais é construída a partir da compreensão da linguagem e da realização de juízos de realidade e de valor, os quais permitem a atribuição de predicados aos objetos e a construção da realidade, através da linguagem descritiva e prescritiva, pelo magistrado.

Nos casos difíceis, é possível que sejam necessários juízos de valor que operarão para além do conteúdo do enunciado normativo, mediante a utilização de conceitos éticos, políticos ou de precedentes, mas, através da atividade hermenêutica, o magistrado é capaz de atingir níveis altos de certeza quanto às suas conclusões, desde que evitando o puro subjetivismo, realize a autocrítica das suas primeiras impressões, a partir da reflexão a ser realizado no interior do círculo hermenêutico, e adotando uma postura intersubjetiva, permita que seu horizonte cultural funda-se com as informações buscadas na tradição, na história e na cultura em que está inserido.

As teorias da argumentação, por sua vez, também não devem ser reduzidas aos enfoques lógicos, retóricos ou dialéticos, antes devem combiná-los e apresentar modelos capazes de permitir ao magistrado que, ao defender suas posições, faça também um teste de universalidade, coerência e consistência, pois, se a linguagem já é insuficiente para criar a realidade, tanto quanto ela será para justificá-la. O esforço, contudo, é necessário para que as decisões judiciais,

²⁸ “Como conteúdo dos atos de aplicação, encontramos as fundamentações e justificações: (I) do fato; e (II) do direito. A primeira indica os enunciados (probatórios) tomados como relevantes para constituição do fato jurídico e as razões da escolha daqueles fatos. A segunda, os enunciados jurídicos-positivos utilizados na composição da norma aplicada e as razões da escolha daquela norma. Tomemos qualquer ato de aplicação, como por exemplo uma sentença, ou um ato administrativo e, além do dispositivo (que contém a norma individual e concreta), indispensavelmente neles constarão: (I) a fundamentação do fato, consistente na indicação dos enunciados factuais, constantes do processo que influenciaram a convicção do aplicado para conformação do fato jurídico; (II) a justificação do fato jurídico, consistente nas razões que levaram o aplicador a utilizar aqueles enunciados factuais e não outros, na conformação do fato jurídico; (III) a fundamentação jurídica, onde é apontada a legislação tomada como base para construção da norma aplicada e a (IV) justificação jurídica, consistente nas razões que levaram o aplicador a utilizar-se daquela legislação e não de outra. Tanto a fundamentação e justificação do fato, como a fundamentação e justificação do direito possibilita-nos reconstruir a valoração da decisão e, com isso, atacar o ato produzido.” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2014, p.527).

cada vez mais, possam ser inteligíveis e precisas e, assim, discutidas objetivamente, em termos de um ato que pertence à comunidade política na qual ela emerge, não como um ato de vontade de um juiz bondoso, justo, caridoso, compreensivo, experiente, prudente. O juiz precisa ser apenas fiel aos valores jurídicos, políticos, religiosos, econômicos, éticos, de sua comunidade, primeiro àqueles constantes do sistema jurídico, ou seja, das leis, dos precedentes, da dogmática, depois àqueles diluídos na tradição e na história.

E, por óbvio, o juiz vai falhar muitas vezes na sua missão, mas, ao adotar uma postura de responsabilidade e de fidelidade a esses valores, dará um passo largo em direção à melhora na qualidade do resultado do seu trabalho, o qual tem limites que deverão ser reconhecido por ele.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

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

_____. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.132.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MACCORMICK, Neil. Argumentación e interpretación en el Derecho. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº33, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos de. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Rio de Janeiro: FGV, 2013.