



Universidades Lusíada

Strätz, Murilo

Argumentos : descobrem ou apenas justificam?

<http://hdl.handle.net/11067/6860>

<https://doi.org/10.34628/19r9-be40>

Metadados

Data de Publicação	2021
Resumo	O artigo procura explorar os limites hermenêuticos dos textos normativos, com vistas a discernir, a partir de fontes formais e contranormativas, os fatores que levam ao convencimento judicial. Essa empreitada exploratória tem consciência de que a interpretação jurídica possui dimensão axiológica, já que não se restringe a desvelar um suposto sentido prévio e unívoco dos comandos legais. No entanto, o trabalho aborda o papel desempenhado pelos direitos e garantias individuais positivados enquanto...
Editor	Universidade Lusíada
Palavras Chave	Direito - Filosofia
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 25-26 (2021)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-27T05:05:18Z com informação proveniente do Repositório

ARGUMENTOS. DESCOUREM OU APENAS JUSTIFICAM?

DO ARGUMENTS DISCOVER OR ONLY JUSTIFY?

Murilo Stratz¹

Resumo: O artigo procura explorar os limites hermenêuticos dos textos normativos, com vistas a discernir, a partir de fontes formais e contranormativas, os fatores que levam ao convencimento judicial. Essa empreitada exploratória tem consciência de que a interpretação jurídica possui dimensão axiológica, já que não se restringe a desvelar um suposto sentido prévio e unívoco dos comandos legais. No entanto, o trabalho aborda o papel desempenhado pelos direitos e garantias individuais positivados enquanto limites ao ativismo moral de determinados setores da magistratura. Sabe-se que há fatores extrajurídicos determinantes de como um juiz chega à sua convicção, o que abrange elementos estranhos ao ordenamento jurídico formal e à principiologia que o norteia, a formarem o que se denomina contexto de descoberta. O protagonismo desse contexto contranormativo tem colocado em segundo plano o contexto de justificação, cujo papel, de mero coadjuvante, tende a ser visto com descrédito, como se não passasse de uma ficção jurídica destinada senão a maquiagem a verdadeira decisão judicial. O ensaio, porém, objetiva resgatar a normatividade dos textos legais e demonstrar que eles podem também fornecer razões para convencer o juiz (função descobridora), e não apenas para justificar a sua decisão (função justificadora).

Palavras-chave: Decisão judicial; Convencimento; Fundamentação; Argumentação; Interpretação.

Abstract: The article seeks to explore the hermeneutic limits of normative texts, in order to discerning, from formal and counter-normative sources, the factors that lead to judicial conviction. This exploratory endeavor is aware that the legal interpretation has an axiological dimension, since it does not reveal a supposed previous and univocal meaning of legal commands. However, the paper addresses the role played by individual rights and guarantees as limits against the moral activism of certain sectors of the judiciary. It is well known that there are extra-legal factors that determine how a judge arrives at his conviction, which are not included

¹ Advogado da União junto da 2.^a Região (Brasil); Doutorando em Direito.

in the formal legal system nor in the principles that guide it, forming what is called the context of discovery. The protagonism of this counter-normative context has put the context of justification on a secondary role, as a mere auxiliary function that tends to be viewed with discredit, as if it were nothing more than a legal fiction intended to make up the real judicial decision. The essay, however, aims to rescue the normativity of legal texts and demonstrate that they can also provide reasons to convince the judge (discovering function), beyond the reasons to justify his decision before litigants (justifying function).

Keywords: Judicial decision; Making; Persuasion; Legal basis; Reasoning; Interpretation.

Sumário: Introdução. 1. O dedutivismo legal e as questões de forte apelo moral. 2. O embate universalismo *versus* particularismo. 3. O realismo da decisão *versus* o formalismo da sua fundamentação. 4. Há como assegurar objetividade na interpretação de textos normativos? Conclusão. Referências bibliográficas

Introdução

O processo deliberativo de tomada da decisão judicial, em especial nos casos difíceis (*hard cases*), costuma despertar desacordos morais razoáveis, tanto sobre o caminho psicológico percorrido pelo juiz até a formação da sua convicção (contexto de descoberta), quanto sobre o modo pelo qual tal convicção é formalmente externada nos autos do processo judicial (contexto de justificação).

O contexto de *justificação* tem sido, até então, o campo mais explorado pelos teóricos do Direito vinculados às diversas vertentes positivistas, bem como pelos pós-positivistas que buscam na argumentação jurídica a fonte mais imediata de correção ou de legitimação material das decisões judiciais, por não se conformarem com a legitimidade meramente formal da lei.

Já o contexto de *descoberta*, por sua vez, não costuma receber tanta atenção acadêmica por parte das teorias fundacionalistas ou universalistas do Direito. Em contrapartida, as vertentes do Realismo Jurídico sempre se mostraram atentas aos eventos psicológicos, econômicos e sociológicos (enfim, pragmáticos, empíricos ou factuais) que levam à decisão judicial. Os autores realistas, habitualmente despreocupados com o caráter normativo das disposições legais, buscam compreender todos os fatores concretos relacionados a *como* um juiz chega à sua convicção, o que abrange elementos que não constam do ordenamento jurídico formal e nem da principiologia que o rege, sendo por isso considerados vetores *contranormativos*, na medida em que contrastam com o Direito *posto*.

Algum juiz admitiria impunemente, em uma sentença, que, por questões intuitivas ou preconceitos pessoais, já estava convencido da culpabilidade do réu antes mesmo de iniciada a instrução probatória? E que as provas foram

produzidas apenas para legitimar formalmente aquele pré-julgamento?

A resposta a esses questionamentos seria obviamente negativa, já que são contranormativos esses inconfessáveis fatores que podem levar um juiz a ter esse tipo de postura mental. Além desses, há outros fatores que sequer são conscientemente percebidos pelo juiz, mas que acabam conduzindo, mediante vieses cognitivos, os seus julgamentos.

Em suma, pode-se antecipar que, enquanto o contexto de *descoberta* diz respeito aos fatores não normativos que tentam explicar etiologicamente como um juiz chega ao resultado do seu julgamento, o contexto de *justificação* se ocupa da maneira pela qual esse julgamento é argumentativa e normativamente justificado para as partes e o público em geral, com base no Direito ou, quando muito, em valores morais caros à justiça.

Embora o ideal fosse que tais contextos convergissem num ponto ótimo de comunhão entre a “vontade consciente do julgador” e a “legislação aplicável” ao objeto do julgamento, a experiência forense tem mostrado não ser raro juízes se valerem de dispositivos normativos apenas como instrumentos retóricos para legitimar decisões já tomadas à margem da legalidade positiva.

A referida “legislação aplicável”, tão evocada pela comunidade jurídica em geral, teria vida própria, independentemente da vontade e até dos vieses inconscientes de quem a interpreta e aplica? E como conter o populismo judicial na interpretação de preceitos legais, cujo papel é ilustrativamente tão bem representado pelos autoproclamados “juízes heróis”², cujas decisões baseiam-se mais em sua própria moralidade individual que na moralidade pública que se positiva na legalidade democrática? É também desses temas que o presente artigo procurará tratar a seguir. E, ao longo do seu desenvolvimento, outro importante ponto terá de ser enfrentado, que é o eterno embate entre particularismo e universalismo, bem como entre realismo e formalismo jurídicos.

1. O dedutivismo legal e as questões de forte apelo moral

É possível recorrer ao dedutivismo legal em temas de alta indagação moral?

A resposta soa quase unanimemente negativa, haja vista que, em questões que despertam desacordos morais³ razoáveis, em especial nos casos difíceis

² Vide, a propósito, artigo escrito pelo Professor e Desembargador Roberto Freitas Filho: “O juiz ‘herói’ não é um bom juiz”. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 07/01/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz>. Acesso em 17/01/2020.

³ Dizem-se também “casos difíceis *moralmente carregados*”, assim entendidos: “Embora haja controvérsia na identificação de quais são os limites do domínio da moralidade, é concebível a existência de uma espécie particular de caso difícil: o caso difícil moralmente carregado” (...) “No contexto da tomada de decisão judicial nos casos difíceis do direito moralmente carregados, o viés confirmatório entra em cena na forma como os juízes argumentarão em favor de um julgamento moral causado por uma intuição moral. E o problema é que, assim como qualquer pessoa, os juízes podem ter adquirido crenças a partir de fontes indignas de confiança, lançando-se num processo de reforçá-las indevi-

(*hard cases*⁴), a solução raramente vem dada por um dispositivo legal aplicável mediante mera operação de subsunção. A solução de tais questões costuma advir da interpretação sistemática de vários preceitos normativos revestidos da forma de regras, em conjugação com o norteamento deontológico dado pela concretização de princípios jurídicos e até mesmo de ditames morais⁵.

A título ilustrativo, cita-se a recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao acolher um recurso do jornalista Fábio Pannuzio em ação movida pelo dono da empresa Havan, Luciano Hang. A decisão colegiada, tomada pela unanimidade dos desembargadores que integram a 5ª Câmara de Direito Privado, reformou a decisão de primeira instância, para afastar a obrigação que esta impunha ao jornalista de excluir uma postagem na rede social *Twitter*, em que chamava o empresário de «devedor contumaz e sonegador de impostos». O princípio que prevaleceu, no caso, foi o da liberdade de imprensa, mesmo exercida com “contundência e ironia descabida”⁶, apesar de a Constituição consagrar o direito à imagem e sua proteção no artigo 5º, inciso X, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

damente” (STRUCHINER; BRANDO; 2014, p. 183; 201). Sobre as relações entre Direito e moral no âmbito da argumentação, vide também: STRUCHINER; SHECAIRA, 2012.

⁴ Os casos difíceis decorrem não apenas da indeterminação ou vagueza da linguagem normativa que disciplina o tema submetido a julgamento, mas também da eventual injustiça da solução fornecida pela lei, por mais precisa que esta seja, como destaca Frederick Schauer: “*But there is another type of hard case, and this type is not a function of linguistic indeterminacy at all. Rather, it is the hard case that is hard just because a linguistically determinate result (...) can plausibly be argued not to be the best, or even a very good, legal outcome. These are hard cases, but not because the language gives no answer. They are hard precisely because the language gives an answer, but the answer that the language gives appears to be the wrong answer*” (SCHAUER, 2009, p. 157).

⁵ Para Dworkin, em *Justice for Hedgehogs*, o Direito seria um ramo do galho “moralidade política”, que por sua vez pertenceria à árvore “valor”. Dworkin defendia, assim, a tese da “unidade do valor”, em contraposição à tese da pluralidade, *verbis*: “A verdade de cada juízo moral verdadeiro consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais” (DWORKIN, 2011, p. 117).

⁶ Destaca-se da fundamentação decisória, *verbis*: “De fato, ainda que em cognição não exauriente, a decisão agravada tem o condão de ferir a legalidade estrita, vez que as conexões de sentido entre a ordem constitucional, a Lei Federal 12.965/14, os princípios gerais de direito e as regras de conteúdo indeterminado não levam à admissibilidade da exclusão das postagens lançadas na rede social *Twitter*”, disse o Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 2257437-20.2019.8.26.0000 (Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2257437-20.2019.8.26.0000&cdProcesso=RI005MR4W0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=xv4ji7TxiJGs1yTIIYCUzTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvCP%2F3LDvGEwHjVulLhZDjttX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcdvctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZADlb rslNqoWf%2BSkMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrvHLcJKNLPbTzQ%2BMSa9IsPff7rxRXVFe%2Fw8KxBUd4LA7VPBX1iVWrwqDgWS7dlBVX%2BJHnS1JzblmtM7GleIdBFVr7kgmyhadPoe%2BNY4ISTpw%3D%3D>). Acesso em 05.04.2020).

Ainda a propósito dessas questões, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal vem enfrentando temas delicados, com ampla repercussão nos meios sociais⁷. No Supremo certamente chegarão também as atuais discussões sobre se o uso massivo de redes sociais por magistrados compromete sua imparcialidade para julgar temas relacionados a seus *posts*⁸, bem como sobre os limites éticos e deontológicos a serem respeitados pelo juiz nas suas relações com membros do Ministério Público fora dos autos⁹.

Ao examinar o modo pelo qual o Judiciário tenta (pois nem sempre logra fazê-lo a contento) responder tais demandas, não se podem negar as críticas¹⁰ que se fazem ao dedutivismo enquanto método exclusivo de resolução de questões de alta indagação jurídica. O dedutivismo sempre foi o protagonista escalado pelo formalismo jurídico na sua obstinada tentativa de racionalizar a interpretação e a aplicação do Direito, integrando o que Luis Alberto Warat apelidou de “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1982, p. 48).

O dedutivismo – que não se confunde com formalismo¹¹ – foi adotado por Kelsen, Hart, MacCormick, Alexy, Gardner, Leiter¹² e Marmor, entre outros, a par de desempenhar, até hoje, relevante papel nas teorias da argumentação jurídica.¹³

⁷ Tais como os julgamentos sobre: a constitucionalidade dos tipos penais que criminalizam o aborto, a posse de drogas para uso próprio e a eutanásia; a tipificação analógica, por via judicial, da homofobia como racismo; os aspectos civis de uniões estáveis poliafetivas; o dever do Estado de fornecer judicialmente medicamentos de altíssimo custo não previstos nas listas do SUS nem registrados na ANVISA; a revisão judicial do mérito de indultos penais decretados pelo Presidente da República; etc.

⁸ O tema levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a instituir, em maio de 2019, “grupo de trabalho destinado a avaliar os parâmetros para o uso adequado das redes sociais pelos magistrados” (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2899>. Acesso em 12.01.2020).

⁹ Exemplo dessa relação é o escândalo envolvendo o ex-juiz Sergio Moro e o procurador da República Deltan Dallagnol, cujas supostas conversas privadas de teor promíscuo, entabuladas pelo aplicativo de celular *Telegram* sobre os destinos da “Lava-Jato”, foram ilegalmente obtidas e depois publicadas pelo site *The Intercept*, expondo uma aparente tensão entre o princípio constitucional da imparcialidade judicial, de um lado, e as políticas públicas de efetivo combate à corrupção, de outro.

¹⁰ Robert Alexy, por exemplo, concorda com a assertiva de Karl Larenz segundo a qual “[N]inguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”. Alexy afirma ser tal constatação um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas contemporâneos (ALEXY, 2011, p. 19).

¹¹ Dworkin pode ser considerado um formalista não dedutivista, pois não resumia o Direito a um mero resultado lógico do esquema subsuntivo entre premissas maiores e menores, mas sim como *integridade*: “O princípio judicial de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma noção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1999, p. 272).

¹² A defesa do dedutivismo, todavia, não impediu Brian Leiter de transcender a metodologia conceitual e de pesquisar aspectos empíricos e até sentimentais na formação do convencimento judicial e da teoria jurídica, no que se convencionou designar de “naturalização da teoria do direito” (LEITER, 2005, p. 56).

¹³ “Rule-deductivism is the view that the justification of law-applying decisions is adequately understood

Porém, apesar de ser importante tentativa de mitigar o voluntarismo judicial (objeto de estudos interdisciplinares do Realismo Jurídico), o dedutivismo é uma proposta reconhecidamente insuficiente para resolver casos difíceis, conforme os próprios positivistas¹⁴ admitem.

Frederick Schauer¹⁵, em palestra intitulada “*A natureza do direito e a psicologia da decisão jurídica: diálogos entre a psicologia e a filosofia do direito*”, proferida na PUC-Rio em 2012, discorreu sobre a insuficiência da lógica formal enquanto critério único para explicar o Direito. Apesar de insuficiente, o formalismo, porém, desempenha importante papel na seara processual, como meio de constringer o árbitro judicial a partir de um viés garantista¹⁶, dados os limites semânticos de certas garantias legais.

De outro lado, há um problema em explicar o Direito e, sobretudo, em fundamentar as decisões judiciais exclusivamente a partir de critérios morais, que é o da utilização, por magistrados, de juízos morais contrários à observância de determinadas prerrogativas processuais previstas em lei.

Mormente em países assolados pela chaga da violência urbana e da corrupção sistemática, como o Brasil, o discurso de combate à criminalidade tem sido instrumentalizado, por certos juízes e tribunais, como pretexto retórico para se violarem direitos e garantias individuais que integram a cláusula constitucional do devido processo legal.

O Supremo está a cada dia mais premido, sobretudo na presente quadra histórica, por setores reacionários da sociedade cujas pautas têm exigido da Corte um retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais. Até mesmo passeatas pela volta da ditadura militar a sociedade brasileira tem tido o desprazer de testemunhar em pleno alvorecer da terceira década do século XXI.¹⁷

on the model of a deductive argument – a “legal syllogism”, as it is often called – with a statement of an applicable rule as the “major premise” and a statement of the relevant facts as the “minor” one. Rule-deductivism – not to be confused with formalism – has long been a popular view in legal argumentation theory. Endorsed by Kelsen, Hart, MacCormick, and Alexy, it continues to be accepted by authors such as Gardner, Leiter, and Marmor, among many others” (D’ALMEIDA, 2019).

¹⁴ Apesar das críticas que a utilização do rótulo «positivismo jurídico» tem sofrido – dado o seu desgaste terminológico (vagueza diante dos diversos tipos de positivismo) e o caráter pejorativo que por vezes o acompanha, Frederick Schauer ainda reputa útil tal expressão, ao afirmar que “*it may be important to keep the label ‘legal positivism’ alive if only to keep our grip on a longstanding tradition that still has much, even in its earlier version, to teach us*” (SCHAUER, 2015, p. 976, nota de rodapé 71).

¹⁵ «*Nowadays it would be hard to find very many dissenters from the view that, when judges change the law, they base their decisions on a mix of policy and principle that can hardly be thought of as a deductive or logical exercise*» (SCHAUER, 2009, p. 125).

¹⁶ Não obstante, o juiz, para garantistas como Luigi Ferrajoli, “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, 2002, p. 46).

¹⁷ Sobre a passeata ocorrida em Brasília no dia 19.04.2020, em prol do regime militar, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, na mesma linha do que dito por outras autoridades judiciais acerca do mesmo evento, afirmou em sua conta no *Twitter*: “É assustador ver manifestações pela volta do regime militar, após 30 anos de democracia. Defender a Constituição e as institui-

O clima é de intolerância e de virtual linchamento público, pelas redes sociais, dos Ministros¹⁸ cujos votos costumam desagradar certos segmentos sociais menos progressistas, para dizer-se o mínimo.

Diante do verdadeiro embate, hoje travado no Supremo, entre liberdades constitucionais e agendas autoritárias¹⁹, a autonomia do Direito corre por vezes o risco de ficar refém de juízos morais sumários, identificados com práticas de “justiçamento” (sempre refratárias ao devido processo legal). Como ilustração dessas agendas autoritárias, podem ser citadas, a título exemplificativo, as externadas em recentes manifestações públicas (como as do dia 26/05/2019) ocorridas nacionalmente, a veicular propostas populistas de redução do catálogo e da eficácia dos Direitos Humanos (aos quais só os “humanos direitos” fariam *jus*), de extinção das faculdades de Filosofia e Ciências Sociais, de fechamento do Supremo, de retorno ao regime imposto pelo Ato Institucional nº 5 (AI-5), de censura à imprensa, entre outras, todas sob o abusivo pretexto de que tais instituições democráticas não mais teriam a “estatura moral” exigida pelos brasileiros “de bem”.

Em suma, se o Supremo permitir que pautas demagógicas baseadas em juízos morais de ocasião (porém com ampla acolhida popular) suplantem garantias individuais previstas em lei – muitas das quais vistas socialmente de modo pejorativo como meras “regalias legais em prol de meliantes” –, será o Estado de Direito que sentará no banco dos réus. Além de violar a cláusula constitucional do devido processo legal e com isso ceder espaço à implantação

ções democráticas faz parte do meu papel e do meu dever. Pior do que o grito dos maus é o silêncio dos bons” (Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/04/quem-deseja-ditadura-sonha-com-passado-que-nunca-houve-diz-barroso-sobre-protestos.shtml> Acesso em 20.04.2020).

¹⁸ Exemplos disso são os recentes pedidos de *impeachment* em desfavor dos Ministros do STF que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, votaram pelo enquadramento de atos de homofobia como crimes de racismo, até que o Congresso Nacional delibere sobre o tema.

¹⁹ Algumas delas são de extração religiosa – como a que pretende criminalizar o aborto até para a hipótese de estupro (PEC 29/2015, apresentada pelo ex-Senador Magno Malta) –, mas sempre subversivas do atual estágio civilizatório e dos direitos fundamentais. Outras possuem caráter *punitivista*, visando o afrouxamento de garantias processuais penais com vistas a um endurecimento consequencialista do combate ao crime, como denunciado pelos Ministros do STF Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, *verbis*: “Toffoli afirmou que é chegado o momento de a corte impedir ‘interpretações criativas’. Lewandowski respondeu à fala do ministro Luís Roberto Barroso sobre o que chamou de ‘surto de garantismo’ do tribunal quando a Justiça começou a quebrar um ‘pacto oligárquico’ ao punir crimes de colarinho branco. A jurisprudência garantista do Supremo, conforme Lewandowski, ‘não constitui nenhuma novidade, sempre construída a partir de casos de pessoas pobres, desempregadas, subempregadas e de pequeno poder aquisitivo’. Marco Aurélio reforçou o coro ao sustentar que não se pode partir para o justiçamento, colocando a segurança jurídica em risco e a sociedade em sobressaltos. Para o decano, Celso de Mello, há necessidade de se dar proteção efetiva ao devido processo legal, no sentido de que o processo penal é meio de contenção e delimitação dos poderes dos órgãos de acusação” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-27/anuario-justica-seguranca-juridica-desafio-seculo-xxi>. Acesso em 28.12.2019).

de um Estado de Polícia, o desprezo ao Estado de Direito – visto como um mero obstáculo ao combate à criminalidade – implica um risco ainda maior, que é o de retorno à barbárie do estado de natureza, onde as paixões, o arbítrio e os instintos substituem a razão legal.

Qual seria então o conceito de moral adotado pelas pautas que pregam um punitivismo divorciado do devido processo legal? Parece-nos que tal conceito assemelha-se a algo ligado à vaga noção de “bons costumes”, pois aquelas pautas punitivistas propugnam um padrão moralizador dos costumes, que reverta o que chamam de degeneração dos usos e práticas sociais. O problema é que esta noção já vem valorada pelo legislador ao elaborar leis que definem as hipóteses em que tal conceito jurídico indeterminado deva ser utilizado, como se dá, a título ilustrativo, na vedação legal a determinadas condições do negócio jurídico e na configuração legal do ato ilícito objetivo, previstos, respectivamente, nos artigos 122 e 187 e do Código Civil²⁰.

No âmbito do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), a propósito, além de não haver mais remissão à locução “bons costumes”, o vetusto capítulo denominado “DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES” foi renomeado para “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”, por força da redação dada pela Lei nº 12.015/2009. Mas a legislação processual penal ainda faz uma única remissão aos “bons costumes”, ao vedar a homologação, no artigo 781, de sentenças estrangeiras que os contrariem.²¹ Portanto, na ausência de tipo penal que preveja expressamente a aplicação da noção de “bons costumes”, não cabe ao juiz aplicá-la em desfavor do réu, sobretudo para condená-lo em processo criminal ou para exasperar-lhe a pena, e tampouco para privar-lhe do exercício das prerrogativas processuais que densificam a cláusula do *due process of law*.

Fora da seara penal, o recurso a juízos morais também pode revelar-se pernicioso, embora não tenha consequências tão graves, como a privação da liberdade de ir e vir. Mas o problema continua sendo o de saber se é possível aos magistrados evitarem que, no exercício da judicatura cível, seus próprios valores morais suplantem direitos expressamente previstos em lei. Só assim o Direito *posto* poderá preservar-se em face de elementos *contranormativos*.

O Direito pode ser separado da moral? Por óbvio que os estreitos limites deste artigo não permitem esboçar uma resposta a tal questionamento, por suscitar um dos mais intensos debates existentes em Teoria e Filosofia do Direito. Não obstante, o presente ensaio defende que o recurso a juízos morais jamais pode permitir que o juiz afaste prerrogativa processual das partes, por mais imoral que

²⁰ “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²¹ “Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes.”

esta lhe pareça. Com efeito, não cabe ao juiz, neste caso, substituir a moral da lei pela sua própria moral individual, máxime quando o faz para prejudicar uma das partes em juízo, seja mediante a violação ao direito de defesa, seja mediante o uso do seguinte artifício: “primeiro julgo conforme meus preconceitos, e só depois procuro fundamentos jurídicos que mascarem a ilegitimidade da decisão preconceituosa”.

É muito cara ao positivismo normativista a tese da separação rígida entre Direito e moral, tal como a sustentada por Herbert Hart (HART, 1958, pp. 593-629). Deve-se anotar, porém, que o conceito de moral²² não é bem definido na obra de Hart, podendo ser tomado de várias formas, abrangendo, por exemplo, noções como a voz da consciência, percepções sobre certo e errado baseadas em crenças religiosas, concepções ordinárias de decência e dignidade, preconceitos culturalmente arraigados, entre outras impressões subjetivas. É precisamente da fluidez desses conceitos que decorre a rejeição positivista do seu uso na aplicação do Direito, abstenção feita em homenagem ao protoprincípio da segurança jurídica, que se abordará mais adiante.

Em resposta à tese hartiana da separação rígida entre Direito e moral, Lon L. Fuller (FULLER, pp. 636-637) afirmava que o perigo maior dessa rígida tese da separação é justamente o contrário, pois o juiz que queira subverter a aplicação de uma lei, para escamotear sua escusa intenção, irá sempre justificar a decisão com base na lei, e não em sua moral *contra legem*. Já a aberta admissão do uso de argumentos morais, ao revés, irá sofisticar a fundamentação, além de deixá-la mais sincera, já que o juiz deverá justificar eticamente os argumentos não

²² Em rigor, embora quase sempre relacionada à ideia de conjunto dos costumes aceitos como corretos em determinada comunidade, obviamente não há apenas uma única forma de enxergar a moral, pois o conceito desta pode ser decomposto em diversas perspectivas (que podem ser descritivas ou prescritivas), tais como as seguintes, a título meramente ilustrativo: perspectiva *normativa* (no sentido kantiano do dever-ser universal, ou imperativo categórico, bem como na concepção dworkiniana de “unidade do valor”, em contraposição à tese da “pluralidade de valores”), perspectiva *jurídica* (como a que norteia a interpretação do princípio da moralidade na Administração Pública e da probidade administrativa), perspectiva *sociointuitiva* (o modelo de Jonathan Haidt e David F. Bjorklund é abordado no último tópico deste artigo), perspectiva *sociológica* (a variar de acordo com os costumes de cada um dos inúmeros grupos sociais), perspectiva *cognitivo-psicológica* (a depender de influxos emocionais e sentimentais, além de aspectos idiossincráticos), perspectiva *ética* (no sentido de reflexão sobre deveres de conduta), perspectivas *filosóficas* (diversas abordagens especulativas sobre as virtudes necessárias à “vida boa”), perspectiva *histórica* (a cada período histórico corresponde uma noção mais ou menos aproximada do que seja moral ou imoral, vide os exemplos da escravidão, da homoafetividade e da pedofilia na Grécia Antiga), etc. A obra de Kant, com sua empreitada universalizante de princípios objetivos (leis universais), concebia a moral em uma dimensão puramente racional (não-empírica) e deontológica, considerando-a “uma ciência que ensina não a maneira pela qual nós devemos nos tornar felizes, mas aquela pela qual devemos nos tornar dignos da felicidade” (KANT, 2007, p. 13). Para Dworkin, não existe uma pluralidade de valores morais, já que nenhum subsiste por si só, senão pela interação com todos os outros: “A verdade de cada juízo moral verdadeiro consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais” (DWORKIN, 2011, p. 117). A reflexão dworkiniana sobre os juízos morais, portanto, desemboca sempre na unidade deles, ou na sua inseparabilidade.

coincidentes com o texto da lei, segundo Fuller.

Como se vê, nenhum critério abstrato é suficiente para impedir que juízes camuflem os motivos de fato pelos quais se convenceram durante um julgamento. Essa constatação empírica, porém, não tem o condão de legitimar o arbítrio judicial, mas justamente o contrário; ela aponta a premente necessidade de que se desenvolvam mecanismos dissuasórios do abuso decisório, a servirem como antídotos institucionais, ou constrangimento *legal*, para desestimular que juízes coloquem os seus vagos conceitos de moralidade individual acima da concepção de moralidade jurídica que o legislador encetou no direito positivo. Exemplo de mecanismo dissuasório é a recente Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), que tipifica criminalmente certos abusos decisórios e vem enfrentando forte oposição corporativa das categorias profissionais cujos membros poderão em tese ser atingidos.

2. O embate universalismo *versus* particularismo

Pode o juiz, de modo legitimamente democrático, criar um direito para cada caso concreto por ele julgado e aplicá-lo retroativamente? Ou esse direito só seria válido se o seu reconhecimento pudesse ser universalizado para todas as hipóteses análogas?

A resposta a tais questionamentos perpassa pelo modelo de Justiça que se propugna.

Num modelo de regras (*model of rules*), espera-se dos juízes a observância, em suas decisões, dos preceitos gerais e abstratos que o legislador tenha previamente formulado.

Já no modelo particularista adotado no *common law*, ao revés, a razão que orienta a aplicação da lei pressupõe que a norma resultante da interpretação desta só se revela no caso concreto, a dar-se, portanto, de modo inseparável da situação de fato a atrair sua incidência.

Assim, segundo Gerald J. Postema, nos sistemas anglo-saxônicos não haveria que se falar em normatividade abstrata, senão apenas em força cogente concreta, pois a razão a nortear o julgamento não viria da lei, mas sim dos fatos (POSTEMA, 2019, pp. 30-31).

Jeremy Bentham, um dos maiores opositores do sistema jurídico no qual ele mesmo estava inserido, criticava a ausência de suporte legal positivado para embasar as decisões proferidas no *common law*, por entender que isso afrontaria a própria autoridade do soberano, de quem deveriam advir todos os comandos coercitivos, isto é, todo o direito cogente. Para a concepção nominalista, imperativista e voluntarista que caracterizava a Escola Analítica²³, sobretudo na

²³ Os juristas da *Analytical Jurisprudence* preocupam-se com o formal problema da ordem e da autoridade, pois, para eles, o Soberano é a única fonte do Direito e o responsável por assegurá-lo perante seus súditos. Tal concepção *personalista* da Escola Analítica contrasta frontalmente com os modelos *organicistas* próprios da Escola Histórica e do romantismo alemão, uma vez que estes estão

visão benthamiana (muito aproximada à noção hobbesiana de soberano), todo o Direito deveria emanar de um Soberano claramente identificado, e não de um corpo indefinido de juizes que criam direito a partir de casos concretos, sem uma fonte precisa. O Direito difusamente criado no *common law* seria, assim, uma ficção jurídica sem autoria nem materialidade (BENTHAM, 1838, p. IV)²⁴.

Cass Sustein, porém, adverte que, embora Bentham fosse um positivista, ele defendia uma dicotomia utilitarista quanto aos destinatários da lei, tese conhecida como “*acoustic separation*”, segundo a qual a população em geral estaria vinculada à lei, enquanto os juizes, no exercício da judicatura, estariam vinculados apenas aos casos concretos colocados sob sua jurisdição (SUSTEIN, 1994, pp. 53-54).

Os juizes, então, são absolutamente livres em seu poder-dever de julgar? Eles estão vinculados apenas aos traços específicos do caso concreto?

Para responder a essas questões, deve-se ter em mente que tanto as versões universalistas quanto as particularistas sobre o papel da decisão judicial possuem, teoricamente, seus prós e seus contras.

Não obstante, o que importa saber, para os fins do presente ensaio, é qual delas se adapta melhor ao estágio civilizatório e às peculiaridades de cada sistema jurídico, tais como os seus aspectos históricos, culturais, econômicos, sociais e outros. No Brasil, por exemplo, onde a litigância de massa sufoca o aparelho judiciário, muito provavelmente a adoção de um modelo particularista implicaria graves ofensas à isonomia, à efetividade da prestação jurisdicional e à segurança jurídica.

Um aspecto que chama a atenção é a *unidade* de entendimentos dentro de um mesmo Poder da República, no caso, o Judiciário, a serem uniformizados por seus órgãos de cúpula, sobretudo num país de dimensões continentais como o Brasil, cujos tribunais não têm capacidade de lidar, de modo atomizado/individual e eficiente, com a pletora de processos repetitivos que os assolam. Como explicar ao jurisdicionado, por exemplo, que a sua pretensão deduzida em demanda judicial teve um desfecho diametralmente oposto à de seu vizinho, apesar de serem idênticas as suas causas? O cínico ditado “cada juiz, uma sentença”, a retratar a possibilidade de cada juiz extrair uma norma diferente do mesmo dispositivo legal, não serve de argumento idôneo para explicar essa falta

sempre preocupados com o espírito coletivo (da *comunidade* regida pelo Direito), como bem observa José Lamego ao destacar o caráter espiritual-coletivo do historicismo alemão: “As forças históricas geradoras do ordenamento jurídico são forças espirituais coletivas, que transcendem a consciência dos indivíduos” (LAMEGO, 1990, p. 20).

²⁴ Nas palavras originais do célebre autor britânico, o direito pretoriano (*judiciary law*) dos anglo-saxões era assim caracterizado, *verbis*: “*Common law, as it styles itself in England, judiciary law, as it might more aptly be styled every where, that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric: like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe*” (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Edinburgh: Willian Tait Magazine, 1838, p. IV).

de unidade, a causar ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Para Castanheira Neves, todavia, a *unidade* não é um pressuposto abstrato (algo de onde se parte), mas um objetivo constituindo, algo para onde se vai. Trata-se de uma unidade de ordenação, dinâmica, a ser conquistada *a posteriori* num sistema aberto, reconstrutivo e dialético, em contraposição à noção apriorística de unidade, de caráter lógico-abstrato e estático. A crítica de Castanheira Neves tem por alvos a metodologia analítica e a conceitualística ahistórica, de matriz teórico-sistemático e escolástico-doutrinário.

Em sua tese doutoramento aprovada em 1967, Castanheira Neves defendeu que, embora a lei seja um instrumento privilegiado para a realização do Direito, haveria nela uma indeterminação intencional e normativa que só o julgador pode, constitutivamente, suprir, dados os limites de extensão e de validade que tornam o texto legal insuficiente, por si só, diante do caso concreto (NEVES, 1967, pp. 212 e ss). O Catedrático de Coimbra sustenta, como abordagens científicas mais fiéis à realidade do Direito, as metodologias prático-normativas e histórico-concretas, próprias da *casuística* a nortear a “jurisprudência dos interesses”, ao entender que “o direito é uma entidade cultural, com uma intencionalidade, um conteúdo e um dinamismo históricos” (NEVES, 2014, p. 198). Tal abordagem contrapõe-se ao método subsuntivo e à separação entre interpretação, aplicação e integração do Direito, que, sendo próprios do Positivismo Jurídico, desconsideram a “contínua constituição histórica do Direito”, de viés reconstrutivo e “historicamente regressivo”²⁵.

O modelo adjudicativo em vigor na Europa continental e no Brasil segue, porém, a visão kantiana, a qual sustenta filosoficamente o universalismo. Em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant estabelece que o uso da razão prática²⁶ conduz à máxima universal (imperativo categórico) segundo a qual o homem deve agir de forma tal que a sua conduta possa ser considerada um padrão universal de conduta. Se a sua ação não é direcionada exclusivamente pela razão, pois se desvirtua por inclinações outras (como a vontade subjetiva) que não apenas a determinada por aquela lei universal de conduta, o homem deve obrigar-se pelo mandamento da razão (que representa um princípio objetivo),

²⁵ Na tentativa de provar que o Direito positivo só existe na fase judicial, Castanheira Neves recorre a François Gény, célebre jurista francês que se contrapunha à Escola da Exegese, e cita o seguinte trecho da clássica obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*: “En la supposant parfaite et complète, la loi ne peut, à elle seule, porter directement toutes les injonctions, de nature à satisfaire les besoins tout concrets de l'avié juridique. (...). De ce point de vue, il est parfaitement exact de dire que la jurisprudence représente le véritable droit positif” (NEVES, 2014, p. 214, NR 476).

²⁶ “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma *vontade*. Como para derivar as acções das leis é necessária a *razão*, a vontade não é outra coisa senão razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, as acções de um tal ser, que são conhecidas como objectivamente necessárias, são também subjectivamente necessárias, isto é, a vontade é a faculdade de escolher *só aquilo* que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer, como bom” (KANT, 2007, p. 47).

cuja fórmula é dada pelo imperativo²⁷. Quando um imperativo determina uma ação que é boa por si mesma, sem qualquer outra finalidade, ele é considerado um imperativo categórico, em contraposição ao imperativo hipotético²⁸.

O conceito de imperativo categórico é essencial à noção de “universalidade da lei”:

“Quando penso um imperativo *hipotético* em geral, não sei de antemão o que ele poderá conter. Só o saberei quando a condição me seja dada. Mas se pensar um imperativo *categórico*, então sei imediatamente o que é que ele contém. Porque, não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade da máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral à qual a máxima da acção deve ser conforme, conformidade essa que só o imperativo nos representa propriamente como necessária” (KANT, 2007, p. 58).

Cass Sustein, por sua vez, critica as versões puras tanto do universalismo quanto do particularismo, por considerar as primeiras muito distanciadas da vida prática e as segundas, pouco promissoras quanto à previsibilidade do Direito (SUSTEIN, 1994, pp. 1-4). Neste texto, ao examinar os inconvenientes das visões extremadas que contrapõem sistemas puramente baseados em normas positivadas (*rules*) a sistemas puramente particularistas (*case-by-case decisions*), Sustein defende um caminho alternativo, no qual *standards* cumpririam um papel mediador entre as normas escritas e a discricionariedade judicial ao interpretá-las.

²⁷ “A representação de um princípio objectivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se *imperativo*. Todos os imperativos se exprimem pelo verbo *dever* (*sollen*), e mostram assim a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação). Eles dizem que seria bom praticar ou deixar de praticar qualquer coisa, mas dizem-no a uma vontade que nem sempre faz qualquer coisa só porque lhe é representado que seria bom fazê-la. Praticamente *bom* é porém aquilo que determina a vontade por meio de representações da razão, por conseguinte não por causas subjectivas, mas objectivamente, quer dizer por princípios que são válidos para todo o ser racional como tal. Distingue-se do *agradável*, pois que este só influi na vontade por meio da sensação em virtude de causas puramente subjectivas que valem apenas para a sensibilidade deste ou daquele, e não como princípio da razão que é válido para todos” (KANT, 2007, pp. 48-49).

²⁸ “Ora, todos os *imperativos* ordenam ou *hipotética* ou *categoricamente*. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma acção possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da acção que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a acção ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a acção é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme a razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico*” (KANT, 2007, p. 50).

Assim, não haveria preponderância nem do caráter prévio (*ex ante facto*) das normas nem da criatividade judicial (*ex post facto*) em inovar o ordenamento jurídico, uma vez que o recurso a *standards* pressupõe as consequências práticas da aplicação de determinado preceito jurídico, de modo que o pragmatismo dos *standards* os diferenciaria das regras legais abstratas. Nas palavras de Sustain: “*The principal distinction between rules and standards turns on the fact that we do not know what a standard is, or means, until it is applied*” (Ibidem, p. 9).

Nossa posição filia-se ao modelo universalista, sobretudo para a jurisdição brasileira, cuja dispersão jurisprudencial e a consequente insegurança jurídica daí advinda foram os principais alvos do legislador ao aprovar o Código de Processo Civil de 2015.

Entre as diversas inovações, a reforma processual trouxe várias técnicas de vinculação de juízes e tribunais a determinados tipos qualificados de pronunciamento, tais como acórdãos proferidos em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e enunciados de súmula, cuja observância passou a ser obrigatória, para além das hipóteses previstas no texto constitucional (enunciados de súmula vinculante e as decisões definitivas proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade).

O escopo principal do artigo 927 do Novo Código é o de constranger juízes e tribunais de segundo grau a resolverem as questões de direito de modo idêntico ao indicado pelos tribunais superiores. Desse modo, mesmo na lacuna da lei, não é admissível que juízes brasileiros criem regras a partir do caso concreto, se elas contrariarem o entendimento dos órgãos judiciários superiores.

A legalidade aqui adquire um sentido mais amplo, ou seja, o de juridicidade (pois abrange também o respeito aos precedentes qualificados, e não apenas à lei), podendo ser vista como sinônimo de Estado de Direito, tanto o *Rule of Law* dos anglo-saxões quanto o *Rechtsstaat* dos germânicos, ou, ainda, o *État de droit* dos franceses. Com efeito, Michel Rosenfeld, com quem concordamos, anota que esses três modelos convergem no que se denomina Estado de Direito “em sentido estrito” (*narrow sense*), apesar de apresentarem algumas diferenças entre si (ROSENFELD, 2001, p. 1319).

Embora seja difícil conceituar o *Rule of Law*, é fácil perceber o que ele não é, razão pela qual é comumente contraposto ao “governo dos homens” (*rule of men*), na medida em que o Estado de Direito tem como primado o governo da lei. Mas há outras características marcantes, tais como um considerável nível de segurança jurídica, de separação entre os Poderes e uma aceitação geral do princípio de que ninguém está acima da lei, como bem observa Michel Rosenfeld:

“At a minimum, therefore, the rule of law requires fairly generalized rule through law; a substantial amount of legal predictability (through generally applicable, published, and largely prospective laws); a significant separation between the legislative and the adjudicative function; and widespread adherence to the principle that no one is above the law. Consistent with this, any legal

regime which meets these minimal requirements will be considered to satisfy the prescriptions of the rule of law in the 'narrow sense'." (ROSENFELD, 2001, p. 1313).

Assim, a conclusão deste tópico é no sentido de que, na atual conjuntura judiciária brasileira, os juízes devem decidir a partir de critérios gerais, seguindo então em direção às especificidades do caso, para adjudicá-lo conforme os ditames legais e as orientações jurisprudenciais qualificadas superiores, de modo a não haver espaço para a criação casuística de regras individuais, próprias do particularismo jurídico.

A sinalização foi dada para o desenvolvimento do próximo tópico, no qual se procurará demonstrar as razões ético-jurídicas pelas quais os julgamentos devem basear-se na legalidade democrática, e não na moralidade particular de cada julgador.

3. O realismo da decisão *versus* o formalismo da sua fundamentação

Em Teoria do Direito, as correntes mais textualistas costumam buscar no texto legal a solução pronta e acabada do caso concreto, de modo a conferir total primazia à obra do legislador, enquanto as correntes ditas realistas entendem que não há Direito antes da decisão judicial e põem, portanto, enfoque exclusivo nos tribunais. Para as primeiras, a decisão judicial tem natureza "declaratória" (apenas declara o Direito que já existia antes do pronunciamento do juiz"; para as últimas, o papel do juiz é "constitutivo" do Direito, na medida em que este só passa a existir depois da decisão judicial, sendo o juiz, em última análise, o criador o Direito.

O "instrumentalismo pragmático"²⁹ norte-americano é tradicionalmente adotado pelo "movimento"³⁰ do realismo jurídico, representado, sobretudo, por autores como Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Mortimer J. Adler, Morns R. Cohen, Charles S. Peirce, John Dewey, Felix S. Cohen, Oliver Wendell Holmes, Nathan Roscoe Pound, Josiah Royce, Thurmond W. Arnold, William Orville Douglas, Joseph W. Bingham, William Fisher, Lon Fuller, Anthony Sebok, entre muitos outros.³¹ Trata-se de uma espécie de sociologismo jurídico ou empirismo puro, que,

²⁹ Robert Samuel Summers prefere a locução "instrumentalismo pragmático" a "realismo jurídico", por considerar ambígua esta última expressão, embora seja mais corrente na academia (SUMMERS, 1982, p. 36).

³⁰ Diz-se "movimento", e não "teoria" ou "doutrina", justamente porque se trata de um movimento acadêmico que veio para contestar a dogmática abstrata e o formalismo metodológico que ainda dominavam o ideário jurídico dos Estados Unidos da América até a década de 1930, aproximadamente.

³¹ *"Aunque en sentido estricto no constituyen una escuela ni un grupo cohesionado, estes autores pueden ser caracterizados en general por la asunción conjunta o disjunta de estas dos tesis: a) el rechazo de la explicación de los fenómenos jurídicos a partir de variables endógenas al mismo derecho; b) el rechazo a la construcción teórica de un cuerpo de conceptos «jurídicos» sistemáticamente elaborado. La primera tesis implica la apertura*

criticando a rígida separação entre “ser” e “dever-ser”, faz dissolver a autonomia e a força normativa do Direito positivado frente à decisão judicial. Segundo o ideário que permeia o realismo, é o Judiciário que dá origem ao Direito, e não o inverso, mesmo nos sistemas onde é a lei que estrutura os tribunais.

Para os realistas, é utópica e desprovida de qualquer senso, sobretudo prático, qualquer tentativa formalista de sistematização lógico-dedutiva do fenômeno jurídico, o que levou Oliver W. Holmes a negar a existência de qualquer resquício de lógica no Direito³². Trata-se de uma visão eminentemente cética, relativista e contranormativa do Direito legislado.

Portanto, para os magistrados que adotam uma postura realista em seus julgamentos, o raciocínio articulado na fundamentação que consta da sentença não funciona nem funcionou, na verdade, como a genuína fonte de seu convencimento, mas sim apenas como uma prestação de contas acerca do que fora decidido. No plano dos fatos, não haveria maiores problemas nisso. Mas, no campo da interpretação dos dispositivos legais e demais preceitos normativos aplicáveis ao caso, o convencimento atingido não decorreu logicamente do raciocínio externado na sentença desses juízes, pois eles não acreditam no empreendimento formalista voltado a sistematizar, de modo lógico-dedutivo, o fenômeno jurídico.

A aplicação de dispositivos normativos não decorre, para os adeptos do realismo jurídico, de uma operação racional por “subsunção”³³, por meio da qual o julgador submetteria a premissa menor (fato juridicamente relevante) ao âmbito de incidência da premissa maior (lei ou preceito normativo aplicável), para chegar-se a um resultado silogístico e óbvio. Se tal atividade não possui qualquer explicação dedutiva ou lógico-formal, isso fica ainda mais evidente em se tratando de categorias normativas mais abstratas, nas quais se enquadram, por exemplo, os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação dá-se mediante *concretização*, e não pelos meios tradicionais de interpretação.

O fenômeno da concretização judicial³⁴ do Direito não mais se restringe, há

de los estudios jurídicos a las aportaciones de las entonces incipientes ciencias sociales (sobre todo, la sociología y la economía). La segunda tesis implica la negativa a convertir la filosofía del derecho en ‘ciencia’ o ‘teoría’ autónoma, tal como habían propugnado, de distinto modo, en el siglo XIX, la filosofía jurídica analítica inglesa y las distintas escuelas del pensamiento alemán” (CASANOVA, 2000, pp. 235-236).

³² “Os realistas norte-americanos atacaram o formalismo, a educação jurídica baseada em modelo que pretendia que o direito fosse ciência, a distinção entre público e privado. Porque fatos determinariam decisões, os realistas norte-americanos criticavam a apropriação que o direito pretende fazer da lógica; o *Direito não é lógica, é experiência*, sentença de Oliver Wendell Holmes Jr., o mote dos realistas” (GODOY, 2012, p. 4).

³³ Luís Roberto Barroso conceitua a aplicação do Direito por “subsunção” como “um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo” (BARROSO, 2020, p. 243).

³⁴ A concretização não deve admitir, porém, a criação *solipsista* do Direito pelo juiz. Ao revés, a sentença que pretenda concretizar um mandamento constitucional/legal deve operar dentro de uma concepção intersubjetiva e *normativa* (e não de modo subjetivo e *realista*), para servir de “concretização reconstrutiva de mandamentos normativos em um ambiente dialógico” (MITIDIERO, 2015, p. 340).

tempos, aos mandamentos principiológicos extraídos da Carta Política, a qual é um documento “vivo” - dotado de conteúdos materiais e normativos que não se esgotam semanticamente - conforme Paulo Bonavides³⁵, com base na doutrina alemã, já apregoava na década de 1980. Hodiernamente, a concretização dá-se também em relação a diplomas infraconstitucionais.

O atual Código de Processo Civil, por exemplo, vale-se das chamadas “cláusulas gerais”³⁶, cujas técnicas de formulação e de densificação contrapõem-se às do modelo de tipicidade estrita (técnica casuística ou de regulamentação por *fattispecie*), na medida em que aquelas atribuem um espaço maior à discricionariedade judicial.

É essencial, no entanto, discernir decisões legitimamente discricionárias de decisões arbitrárias, quando estas últimas se revestem de sólida roupagem argumentativa. A discricionariedade admitida pelas cláusulas gerais não pode servir de mero eufemismo para camuflar eventual voluntarismo judicial, sob pena de o Direito perder a sua normatividade.

Do ponto de vista da segurança jurídica³⁷, considera-se arbitrária a decisão que, *v.g.*, inove o Direito *post* e aplique retroativamente tal inovação a fato ocorrido antes dela (*ex post facto*), gerando surpresa ao jurisdicionado que, em expectativa legítima, aguardava decisão amparada no Direito *post*, incluída sua vertente principiológica (já que princípios também têm teor normativo)³⁸, e não no Direito “criado” e *imposto* pelo juiz.

³⁵ BONAVIDES, 1984, pp. 33-44. No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, para quem “a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).” (CANOTILHO, 2001, p. 1177). Para aprofundamento do tema e, em especial, para um estudo minucioso sobre as diferenças entre preceito normativo e norma, vide MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 22.

³⁶ Cláusula geral é uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico), indeterminado. Exemplos: os sobreprincípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana.

³⁷ Para Kelsen, não há como garantir um mínimo de segurança jurídica no ato de concretização do Direito, dada a sua indeterminação; nenhum método de interpretação pode garantir um resultado seguro. O conceito de ciência que se encontra subjacente à perspectiva kelseniana - descritiva por excelência - é o das ciências naturais, pelo qual se tentam descrever os fenômenos, não por uma simples relação de *causalidade* (se ocorre o fato F, então C é a consequência *natural*), mas por uma relação de *imputação* (se ocorre o fato F, então C *deve ser* a consequência *jurídica*). Vale-se, para tanto, de um sistema *dinâmico*, no qual as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa por “competência” e “delegações de competência”, ao contrário do que ocorre nos sistemas *estáticos*, típicos dos conjuntos *morais*, que são constituídos mediante operações de *dedução* (SGARBI, 2006, p. 42).

³⁸ A concepção de legalidade cede espaço à noção de *juridicidade*, assaz mais abrangente, a pressupor respeito à legalidade, à constitucionalidade, à principiologia jurídica, à convencionalidade internacional (e seus princípios) e às orientações vinculantes exaradas pelos tribunais.

O problema, porém, está na dificuldade de atestar, de modo racionalmente verificável, que determinada decisão tem caráter puramente “declaratório” (e não “constitutivo”) do Direito *posto*, pois essa certeza não é dada pelo fato de o juiz simplesmente afirmar que aplica determinada lei e até reproduzir, no corpo da sentença, o conteúdo textual do dispositivo legal supostamente aplicado. A remissão expressa a um dispositivo legal e até mesmo a reprodução fiel de seu texto no corpo da sentença, se ele não for corretamente aplicado, podem ser meros alibis argumentativos utilizados pelo juiz para ocultar os verdadeiros motivos que lhe levaram ao convencimento ou para camuflar suas intenções ao julgar um caso de determinada maneira.

Por isso é que Laura Miraut Martín afirma ser ilusória a crença na clareza de determinados textos normativos, mas admite, como efeito positivo (quase um efeito placebo, eu diria, em tom jocoso) disso, que tal ilusão pode desempenhar um importante papel persuasivo/dissuasório, *verbis*: “*Cuanto más claro se considere um texto más fácil es su aplicación y la obediencia al mandato que contiene*” (MIRAUT MARTÍN, 2002, p. 397).

A razão das críticas que se fazem à possibilidade de um sentido claro das leis decorre da decadência científica do brocardo latino “*in claris non fit interpretatio*”. Para Castanheira Neves, tal aforismo, embora fosse evocado pelos escolásticos medievais na interpretação dogmática de textos sagrados e até pelos exegetas franceses na leitura do Código Napoleônico, não era um princípio típico do Direito Romano no trato da *lei*, mas sim uma máxima aplicável às *declarações de vontade*, tais como as contidas no testamento. Assim, a fim de limitar a possibilidade de deturpação da vontade do *testador* (e não do *legislador*!), os romanos costumavam recorrer ao seguinte brocardo atribuído ao jurisconsulto Paulus: “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (D. 32, 25, 1)” (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 14, NR 13).

Luis Prieto Sanchís, no mesmo sentido do catedrático de Coimbra, sustenta não ser a obscuridade ou clareza de um texto normativo um juízo que se forme de modo *apriorístico* à interpretação, mas sim um juízo formado somente após o processo hermenêutico (SANCHÍS, 2005, pp. 228-230).

O problema que daí advém é o de aferir a objetividade – se é que esta existe em matéria de interpretação – do juízo formado acerca de um dispositivo legal, o que constitui o tema do próximo tópico, que é, por sinal, o derradeiro ponto deste ensaio.

4. Há como assegurar objetividade na interpretação de textos normativos?

A falta de critérios que analiticamente comprovem, de modo lógico ou científico, a correção do processo deliberativo conducente às decisões judiciais, associada às críticas das quais o dedutivismo é objeto, naturaliza que magistrados decidam “à sua maneira”³⁹ sobre o sentido que deve ser dado aos preceitos constitucionais e legais, o

³⁹ Pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros em parceria com a Universidade

que pode ensejar insegurança jurídica e arbitrariedade judicial.

Toda e qualquer regra de direito, positivada ou não, estará potencialmente sujeita a interpretações polissêmicas, pois cabe ao intérprete atribuir sentido à norma⁴⁰. O problema que surge é sobre se é possível auditar, de modo exclusivamente racional, tal tarefa de atribuição de sentido; ou mesmo se isso seria possível a partir da pesquisa sobre o peso que sentimentos e emoções⁴¹ têm no processo decisório.

Alguns autores recorrem, para tanto, a categorias que transcendem a razão e são, portanto, melhor investigadas pelas ciências cognitivas e pela psicologia moral, na tentativa de explicar distorções e vieses psicológicos inconscientes. Exemplo de estudo que relaciona moral e intuição na formação de juízos de valor é o modelo sociointuitivo de Jonathan Haidt e David F. Bjorklund (HAIDT; BJORKLUND, 2008, pp. 181-217).

O presente tópico trata, portanto, de perquirir se é possível assegurar algum grau de *objetividade* na atribuição de sentidos normativos.

A experiência forense é pródiga em fornecer exemplos de decisões que, para alguns juristas, parecem objetivamente acertadas e correspondentes ao Direito *posto*, enquanto que para outros representam verdadeira inovação arbitrária no ordenamento jurídico.

Há também decisões, porém, que são facilmente percebidas como erradas por quase toda a comunidade jurídica, chegando ao ponto de beirar até mesmo o cinismo decisório⁴². Mas não é com elas, obviamente, a maior preocupação do

Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ) mostrou que a maioria absoluta dos juízes de primeira instância pouco levam em consideração os precedentes firmados nas instâncias superiores (pesquisa disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em 20.02.2020).

⁴⁰ Em verdade, texto e norma não se confundem, pois é a interpretação do primeiro que gera a segunda, de modo que um preceito legal se torna a norma do caso concreto quando do seu texto se depreende a regra solvente da controvérsia jurídica. “É um truísmo bem conhecido que mesmo o texto mais cuidadosamente produzido pode nunca encerrar um sentido perfeitamente determinado para todos os propósitos possíveis. Ainda mais quando os textos que encerram normas jurídicas (regras, princípios, parâmetros gerais, decisões individuais e outras normas individuais) são postos para funcionar de forma que afetam criticamente os interesses humanos, sendo então suscetíveis de gerar disputas calorosamente argumentadas sobre os impactos dos possíveis sentidos diferentes” (MACCORMICK, 2008, p. 163).

⁴¹ David Hume, ainda no século XVIII, em sua obra “Tratado sobre a natureza humana” (HUME, 1739), já defendia, contrariando o pensamento cartesiano, que os *sentimentos* seriam os senhores da *razão*.

⁴² Citam-se como exemplos de decisão teratológica: 1) como “justificativa” para negar pedido de prisão domiciliar por questões sanitárias, formulado pela Defensoria Pública em favor de internos do sistema prisional paulista, um desembargador fundamentou sua decisão no argumento de que apenas os três astronautas atualmente em missão especial fora do planeta Terra é que não poderiam alegar o iminente risco de contaminação pelo vírus causador da pandemia covid-19 (disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/cnj-explicacao-tj-sp-decisao-teratologica>; acesso em 09/04/2020); e 2) como represália contra a aprovação da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), vários juízes têm-se recusado a proceder ao bloqueio de ativos financeiros de devedores, mesmo estando presentes os requisitos legais necessários, alegando, para tanto, que aquela

presente artigo, mas sim com aquelas decisões que despertem desacordos morais razoáveis, efetivamente, seja em relação ao fundamento em si da decisão, seja no tocante às consequências⁴³ econômicas, sociais e políticas desta, haja vista a possibilidade sempre teórica de uma decisão proferida em conformidade com a lei gerar efeitos desastrosos ao ser executada.

Pode-se falar-se, então, em *objetividade* na atribuição de sentidos normativos?

Andrei MARMOR (2004, pp. 267-302) fornece três interessantes conceitos de “*objetividade* na interpretação de obras de arte”, que, não obstante, bem podem contribuir para a hermenêutica jurídica, quais sejam: 1) a objetividade *semântica*, segundo a qual “um enunciado é semanticamente objetivo se e apenas se for um enunciado sobre um objeto, e é um enunciado subjetivo se e apenas se tratar de um aspecto do próprio eu, isto é, sobre algum estado mental do sujeito que faz o enunciado” (MARMOR, pp. 269-270); 2) a objetividade *metafísica*, segundo a qual um “dado tipo de enunciado é objetivo no sentido metafísico se, e apenas se, existirem objetos do tipo supostamente descrito por esse tipo de enunciado, e uma classe de enunciados é subjetiva se nenhum objeto desse tipo existir no mundo” (*Ibidem*, p. 274); e 3) a objetividade *lógica*, segundo a qual “uma dada classe de enunciados é objetiva se, e apenas se, todo e cada enunciado nessa classe tiver um determinado valor de verdade” (*Ibidem*, p. 280), de sorte que a sua negação, ou subjetivismo lógico, equivale ao ceticismo.⁴⁴

Lei trouxe um risco sempre presente de responsabilização judicial nesses casos, a impor a omissão do juiz (disponível, a título exemplificativo, em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/juiz-rio-nega-pedido-bloqueio-ativos-lei-abuso> e <https://www.conjur.com.br/dl/nao-crime-abuso-autoridade-dolo.pdf>; acesso em 09/04/2020 e 20/04/2020, respectivamente). A segunda dessas decisões ilustrativas foi rapidamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos termos do seguinte fundamento: “Importante ressaltar que as condutas descritas na Lei 13.869/2019 constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho pessoal (artigo 1º, parágrafo 1º), o que significa dizer que não há falar em modalidade culposa, havendo a necessidade de dolo por parte do magistrado, o qual deve ser específico”.

⁴³ Para autores como Lenio Streck, não obstante, é perigoso usar as consequências que provavelmente advirão de determinada decisão como seu fundamento de decidir, haja vista que o juiz normalmente não dispõe de todas as variáveis necessárias à visão global que deveria ter para assim decidir: “O grande problema é que o consequencialismo se sustenta em uma espécie de ‘jogos filosóficos’ ou ‘jogos e escolhas de filosofia moral’. De todo modo, esses jogos ficam mais perigosos ainda porque raramente se tem todas as informações que podem ajudar a decidir o caso ou determinado ‘dilema’” (STRECK, 2020, p. 3).

⁴⁴ Esclarece-se que o objetivismo *lógico* pode subsistir sem o objetivismo *metafísico*, pois, para aquele, o que importa é a relação de consistência entre os enunciados, e não a sua existência no mundo. Exemplo disso é a Teoria da “Verdade de Coerência” (em contraposição ao “Fundacionalismo” ou “Teoria Correspondencialista da Verdade”), na qual, embora os enunciados não existam no mundo fenomenológico (não são objetivos metafisicamente), eles devem guardar sintonia entre si (objetividade lógica). Não obstante, a recíproca não é verdadeira, já que o objetivismo *metafísico* não dispensa o *lógico*. Marmor procura demonstrar que “a interpretação das obras de arte é tipicamente objetiva no sentido semântico; raramente objetiva, e apenas de maneira secundária, no sentido metafísico; e, sob certas condições, é muitas vezes objetiva no sentido lógico” (MARMOR, 2004, p. 288).

Já Jules L. Coleman e Brian Leiter afirmam que, malgrado o Estado Liberal não esteja comprometido com a *determinação* do Direito no sentido de garantia de um resultado único, ele está, sim, comprometido com a *objetividade*.⁴⁵

Como se vê, a visão tradicional da *certeza* e da *determinação* do Direito, sobretudo no Estado Liberal (onde a segurança jurídica passa a ser tida como um protoprincípio)⁴⁶, não está imune a críticas, tais como as formuladas por Coleman e Leiter, para quem “o liberalismo como teoria política normativa não está comprometido com a *determinação*, embora tenha vários outros compromissos com os quais a *determinação* pode ser facilmente confundida” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 316). Esses autores querem, com isso, rebater as críticas de movimentos como o *Critical Legal Studies* (CLS), a Teoria Feminista e a Teoria Racial Crítica, segundo os quais a prática judicial é indeterminada e não pode ser defendida com base no liberalismo. Discordando dessas correntes críticas, Coleman e Leiter indagam, em tom provocativo:

Dada a probabilidade, se não a inevitabilidade, da indeterminação, é razoável perguntar por que alguém pode pensar que sua existência constitui um problema para a possibilidade do governo legítimo pelo Direito, ou para a possibilidade da autoridade liberal. Por que a indeterminação tem importância? (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 342).

E, dissentindo dos que entendem haver descompasso entre princípios caros ao Liberalismo e as práticas judiciais, Coleman e Leiter propõem um conceito de “objetividade modesta”⁴⁷, isto é, que não se comprometa, de um lado, com a visão

⁴⁵ “Nosso argumento é de que o liberalismo, na verdade, não está comprometido com a determinação jurídica. Está, antes, comprometido com uma variedade de ideais políticos, inclusive as afirmações de que a coerção política deve ser justificada, os indivíduos devem ter uma oportunidade de conformar sua conduta às exigências do Direito, as instituições devem promover a autonomia e o bem-estar, e o governo democrático deve ser possível. Nenhum deles implica um compromisso com a determinação no sentido de garantia de um resultado único. A determinação não é parte da concepção liberal de Direito. A objetividade sim” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 417).

⁴⁶ “A segurança jurídica é um protoprincípio – o princípio dos princípios, a norma das normas, a norma *normarum* no quadro das espécies normativas, aquela que não só funda, mas também instrumentaliza as demais” (ÁVILA, 2012, p. 669). Não obstante, para Robert Alexy, em casos extremos, a “justiça material” deve prevalecer sobre a “segurança jurídica”: “O valor da segurança jurídica deve ser sopesado com o da justiça material. A fórmula de Radbruch diz respeito a uma ponderação que, em princípio, dá prevalência à segurança jurídica, invertendo a hierarquia somente em casos extremos. Contra isso só pode objetar aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto, o que, como qualquer perseguição de um princípio absoluto, contém certa dose de fanatismo” (ALEXY, 2009, p. 41).

⁴⁷ “Segundo a objetividade modesta, o que parece certo em ‘condições epistêmicas ideais’ (que são as melhores para se obter um conhecimento confiável a respeito de alguma coisa) determina o que é certo. (...) A objetividade modesta reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige; o que parece certo, mesmo para todos, quanto ao que uma norma exige pode não estar certo. Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição

cética dos convencionalistas, e nem, de outro lado, com os realistas filosóficos ou “correspondencialistas” (que, diferentemente dos realistas jurídicos, acreditam que as proposições jurídicas sejam metafisicamente demonstráveis).⁴⁸

Questiona-se, de outro lado, se o princípio da legalidade⁴⁹, já um tanto esgarçado desde as perspectivas inauguradas pela era pós-positivista⁵⁰, poderia sofrer um alargamento ainda maior, a ponto de abranger aspectos morais e até sentimentais. Como ficaria a autonomia do Direito, se formalmente se reconhecesse que o juiz pode julgar de acordo com suas emoções e própria moralidade (algo tão idiossincrático!), contanto apenas que venha a justificar, em momento posterior, seus julgamentos? É legítimo, num Estado Democrático

epistemicamente ideal determina o que é certo. Ao mesmo tempo, a objetividade modesta oferece um sentido em que as frases podem ser objetivas sem que suas condições de verdade independam totalmente de nossos recursos epistêmicos e de nosso acesso a elas” (COLEMAN; LEITER, 2004, p. 396).

⁴⁸ E, ao lançarem mão desse conceito de “objetividade modesta”, a substituir aquela crença de “determinação” ou “certeza” do Direito, Coleman e Leiter entendem que a proposta dworkiniana, ilustrada pela teoria dos “casos difíceis” e por seu “juiz Hércules”, acaba adotando, ainda que Dworkin assim não admita expressamente, aquele conceito de “objetividade modesta”. Dizem que Dworkin advoga, de um lado, uma resposta correta independentemente das convenções positivamente vigentes entre os juristas (o que supera o objetivismo convencionalista “mínimo”, que é próprio à maioria dos positivistas), mas que, de outro lado, não chega a equiparar-se a um objetivismo platônico (objetivismo “forte”) que seria próprio do jusnaturalismo (COLEMAN; LEITER, 2004, pp. 383-415). Isso é reforçado, no caso do juiz Hércules, pela constatação de que este, sendo um personagem fictício dotado de capacidades sobre-humanas, atua exclusivamente sob “condições epistêmicas ideais”, as quais só são possíveis em objetividade modesta.

⁴⁹ Luís Roberto Barroso observa que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, de modo que o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar, porém, o direito posto, *verbis*: “A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” (BARROSO, 2005, pp. 2-3).

⁵⁰ Não obstante se reconheça a existência de vários conceitos de pós-positivismo, bem como dos subtipos nos quais tal marco teórico se desdobra, entende-se por pós-positivismo, ao menos por ora (até porque não há um pós-positivismo, mas sim vários pós-positivismos), o pano de fundo metodológico que busca mitigar a discricionariedade judicial, elemento fundamental de toda experiência jurídica, o que leva Lenio Streck a afirmar que “todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão pós-positivista procuram enfrentar o problema das vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo” (STRECK, 2016, p. 133). Mas é o próprio STRECK quem alerta para os perigos de se supor que todas as teorias neoconstitucionais estariam de fato fundadas naquela dimensão pós-positivista, pois nem sempre é assim, infelizmente, já que alguns autores, segundo o crítico gaúcho, ainda continuam valendo-se do método positivista nas novas roupagens teóricas, de modo a, mediante artifícios puramente retóricos, mascarar a discricionariedade e o solipsismo no processo de tomada da decisão jurídica, afastando-se, assim, do direito legislado, como se este pudesse ser alterado pela simples vontade do juiz no caso concreto (*Ibidem*, pp. 134-135).

de Direito, assumir que juízes decidam primeiro, com base em suas intuições e íntimas convicções, e só depois justifiquem sua decisão encaixando-a na moldura jurídica, por vezes até manipulando retoricamente institutos legais?

Se o papel do contexto de descoberta for considerado assim tão prevalectente, a ponto de o contexto de justificação surgir enquanto mero expediente maquiador daquele, pouco ou nenhum papel normativo caberá ao Direito desempenhar. Presumir-se-á a ausência de prévio conteúdo do Direito posto, para chegar-se à desesperançosa conclusão de que “o Direito não é senão que aquilo que os juízes dizem que ele é”, lema do realismo jurídico. Qual seria, outrossim, o papel intersubjetivo do pluralismo democrático⁵¹ e do contraditório⁵² na construção do Direito aplicado, considerando o caráter solipsista⁵³ que o realismo jurídico atribui à interpretação⁵⁴ e à formação da decisão judicial?

A prevalecter a concepção realista, o papel da argumentação⁵⁵ em conferir coerência funcional a certos elementos (tópicos⁵⁶) ficará esvaziado diante da primazia absoluta do contexto de descoberta, operando apenas em segundo plano (contexto de justificação) e, ainda assim, de modo formalmente retórico.

Em 2019, o Conselho Constitucional francês considerou legítima a regra incluída no art. 33 da Lei de Reforma do Judiciário, proibitiva da utilização de

⁵¹ “Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode tornar-se, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador” (HÄBERLE, 1997, p. 48).

⁵² “A fundamentação do *decisum* é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que insculpida na Carta Magna como garantia fundamental (art. 93, IX). Com efeito, a legitimidade democrática do Judiciário reside no fato de que, em juízo, a solução justa é encontrada pelo Estado-juiz em conjunto com as partes. Há, assim, ativa participação e influência dos cidadãos na formação da jurisprudência” (FUX; BODART, 2017, p. 424).

⁵³ O solipsismo atribui ao juiz “uma constelação de poderes e faculdades para controlar o processo, acabando por assumir uma posição de superioridade sobre os demais partícipes na dinâmica processual (autor, réu, advogados, Ministério público, entre outros)” (PEDRON; COSTA; 2017, p. 320).

⁵⁴ Conforme Eros Grau, a aplicação do Direito seria, portanto, *alográfica*, tal como ocorre na interpretação artística da música e do teatro, pois, nestas formas de arte, a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens (o autor e o intérprete), o que exige compreensão + reprodução. Diferentemente disso, nas artes *autográficas* (pintura e literatura), a obra já existia antes da ação do intérprete, o que não se observa nas artes *alográficas* (música e teatro), em que a obra só se completa com a interpretação dada pelo artista que a reproduz (GRAU, 2006, p. 472).

⁵⁵ Diferenciando tópica *material* (catálogo de tópicos vigentes em cada época) de tópica *formal* (raciocínio ou técnica de fundamentação), de acordo com a distinção clássica levada a cabo por Viehweg, Garcia Amado afirma que os desenvolvimentos contemporâneos da teoria da argumentação jurídica operariam segundo a tópica *formal*, em cujo pano de fundo (contexto de justificação) os tópicos exerceriam muito mais uma função fundamentadora do que uma função inventiva (contexto de descobrimento) [GARCIA AMADO, 1988, p. 104].

⁵⁶ Os tópicos são elementos tão heterogêneos que a doutrina tem englobado na noção de tópicos categorias que vão desde princípios gerais de direito, passando por máximas jurídicas e cânones interpretativos, até chegar a normas legais (*Ibidem*, pp. 125-126).

dados de juízes para fins de previsão, análise ou comparação de suas decisões.⁵⁷ A utilização de tais dados, normalmente feita por empresas de tecnologia (startups) contratadas por grandes escritórios de advocacia, passou a ser considerada crime na França, após pesado lobby dos magistrados franceses, incomodados com o uso da inteligência artificial na predição do que costumam decidir e no controle sobre a coerência de seus julgamentos. A medida gerou críticas. É legítima tal criminalização? É lícito alijar a sociedade de informações úteis sobre o comportamento institucional de agentes do Estado? As pessoas não devem ter o direito de saber o que podem razoavelmente esperar de uma decisão judicial?

A resposta a tais perguntas depende do conceito que cada comunidade jurídica tem do seu próprio Direito e da importância que atribui à noção de segurança jurídica. As instituições francesas parecem estar mais preocupadas com a imagem dos juízes e a honorabilidade do Judiciário do que com a previsibilidade objetiva de suas decisões.

O Judiciário, enquanto instituição, deve ser visto como um Poder produtor de decisões objetivas, independentemente do membro ou órgão institucional (juiz, turma recursal ou tribunal) que as produz, pois o órgão prolator diz respeito ao aspecto subjetivo, que deveria ser o menos importante para o jurisdicionado. Nessa perspectiva objetiva, cita-se, como outro exemplo, o problema da pluralidade de fundamentos em decisões majoritárias proferidas por órgãos colegiados, em que cada magistrado pode ter-se valido de justificativa diversa para chegar à mesma conclusão obtida pela maioria. A minuta denominada *Court's opinion*⁵⁸ sempre suscitou grandes discussões no seio da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (MARINONI, 2017, p. 89), dada a necessidade prática de se atribuir ao colegiado um entendimento jurídico que represente a posição dessa instituição, mesmo quando se sabe não haver apenas um entendimento, senão múltiplos. Em suma, o que importa para o jurisdicionado é a posição objetiva do órgão colegiado, e não a formação subjetiva da decisão.

Kelsen assumia ser limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais (KELSEN, 1987, p. 297). Porém, na sua visão, este fato não justifica a concepção segundo a qual, antes

⁵⁷ "Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées" (Disponível em: <https://www.artificiallawyer.com/2019/06/05/frances-controversial-judge-data-ban-the-reaction/>. Acesso em 11.02.2020).

⁵⁸ "Na Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta de voto da Corte (*Court's opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese. Uma maioria de julgadores deve concordar com todo o conteúdo do voto da Corte antes da sua publicação. Por isso, o *Justice* a cargo de redigi-lo deve ser cuidadoso e levar em consideração todos os pontos suscitados pelos seus pares. Essa sistemática preserva a unicidade de entendimento da Corte sem tolher o direito de cada magistrado declinar suas próprias razões, por meio de votos paralelos favoráveis ou contrários (*concurring and dissenting opinions*).” (FUX; BO-DART, 2017, p. 428).

da decisão judicial, não haveria Direito algum, vale dizer, a ideia realista de que todo Direito é o Direito dos tribunais, de que sequer haveria normas jurídicas gerais, mas apenas normas jurídicas individuais.

Apesar de Kelsen negar que as normas jurídicas individuais possam existir independentemente das normas jurídicas gerais, ele não consegue descrever, de modo convincente, o mecanismo pelo qual as normas jurídicas gerais logram, de modo racional, predeterminar o conteúdo das primeiras, sem que o julgador incorra em decisionismos. Tal “salto”⁵⁹ não é explicado. Aliás, para Kelsen, as decisões são atos de vontade, e não inferências ou atos de cognição, o que o levou a negar qualquer tipo de lógica às normas ou ao pensamento normativo, já que, como as regras não contêm “valor-verdade”⁶⁰, elas não poderiam servir enquanto premissas para um raciocínio lógico em sentido forte.

O realismo jurídico baseou grande parte de sua análise do Direito na concepção do raciocínio judicial como um processo psicológico. A argumentação realista chegou a essa concepção a partir de uma desvalorização da capacidade justificadora do sistema jurídico que imperava no positivismo. Daí a importância do contexto de descoberta, no qual motivações e vieses de ordem psicológica ou sociológica funcionam como causas, enquanto no contexto de justificação o que importa são as razões.

A lógica trata de proposições, isto é, de orações às quais cabe predicar verdade ou falsidade. No entanto, as normas não são verdadeiras nem falsas. A norma que se expressa mediante o enunciado “Abra a porta!” não é verdadeira nem falsa. Pode-se dizer dela que é: eficaz, se é cumprida; válida, se é emitida por uma autoridade competente mediante procedimento apropriado; ou justa, se é moralmente correta.

⁵⁹ O trânsito desde uma disposição legal à interpretação resultante em um caso concreto por parte de um juiz é denominado por Peczenik, segundo MACCORMICK (2008, pp. 23-25), como “salto” ou “transformação”, pois a passagem de um enunciado normativo para a sua interpretação/aplicação ao caso concreto não tem um caráter abertamente lógico, já que não é uma simples consequência lógico-dedutiva. As modernas teorias da argumentação jurídica (TAJ) pretendem reforçar o papel da razão em sentido forte no campo da argumentação jurídica, apostando na racionalidade do discurso jurídico frente às correntes irracionistas. As circunstâncias que favoreceram o auge da TAJ moderna são muitas, entre as quais o majoritarismo cínico, o libertarismo inadequado, o relativismo ético, o pseudo-freudianismo, o dedutivismo inapropriado, o determinismo ideológico e o cientificismo.

⁶⁰ MacCormick afirma que, embora as regras não tenham valor-verdade, a interpretação jurídica que se faz delas pode possuir valor-verdade: “A conclusão dessa sessão (*sic*) do capítulo é, portanto, que não pode haver objeção séria ao deducionismo com base na observação correta de que as normas jurídicas não possuem valor-verdade. As normas de fato não o possuem, mas afirmações descritivo-interpretativas sobre o Direito podem possuí-lo, e a defesa do deducionismo estabelecida aqui exige apenas que afirmações desse tipo cumpram um papel crucial e legítimo em uma prática razoável de justificação jurídica. A teoria dos fatos institucionais indica que é perfeitamente apropriado atribuir valor-verdade tanto às afirmações sobre a validade de regras jurídicas válidas, como às afirmações descritivo-interpretativas sobre o conteúdo das regras válidas, entendidas como afirmações sobre o Direito existente em uma dada jurisdição ou nação” (MACCORMICK, 2008, pp. 88-89).

A lógica, ciência formal por excelência, pode oferecer respostas de caráter formal, mas não de caráter substantivo. Isto significa que as questões substantivas requerem algo mais do que o mero recurso aos métodos da lógica. Esta é uma ferramenta útil, mas insuficiente. Isto não diz nada contra essa disciplina, mas somente confirma seu caráter formal. Se se olhar para o passado, teve seu auge na filosofia analítica; se se olhar para o futuro, sua importância cresce com o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial. Neste sentido, a aversão para com a lógica jurídica é injustificada, como também é injustificada a pretensão de reduzir a questões puramente lógico-formais todas aquelas que ocupam as teorias da interpretação e da aplicação do Direito.

Há, porém, distinção entre os atos que são praticados ou que ocorrem em determinado momento – que não podem ser taxados de verdadeiros ou falsos – e as afirmações que se fazem sobre os estados de coisas que resultam desses atos e que perduram por algum tempo, já que essas afirmações podem ser verdadeiras ou não, tal como o marcador de combustível que não retrata o verdadeiro estágio em que se encontra o nível da gasolina, por exemplo. MACCORMICK (2018, pp. 82-86) esclarece que o ato de colocar gasolina no carro não tem valor-verdade, mas o tem o ato de medir a quantidade de gasolina que se encontra no tanque. Nesse sentido é que se pode reputar como falsa, p.e., a proposição que afirma inexistir pena capital no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que tal proposição desconsidera que há, sim, previsão de pena de morte para certos crimes militares (art. 55, “a”, do Código Penal Militar), desde que perpetrados em período de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”, da CRFB/1988).

O caráter dinâmico do Estado de Direito não traz a promessa isolada de conferir certeza e segurança jurídicas enquanto ideais únicos, mas sim a sua conjugação com a possibilidade de deixar tudo que for contestável ser contestado, o que se chama de “derrotabilidade” (MACCORMICK, 2008, p. 42). Esse caráter dinâmico não impede, porém, que a argumentação jurídica seja em algum sentido “silogística”, ainda que isso possa causar arrepios a autores realistas como Dewey, Holmes Jr. e Llewellyn.

A partir daí, Thomas Bustamante delinea os traços distintivos entre a postura positivista em geral e a de MacCormick, no que tange à certeza jurídica, *verbis*:

Unlike the positivists who place legal certainty as the only value secured by the Rule of the Law, MacCormick believes that the proclaimed ‘argumentative character of law’ is something to be celebrated in democratic societies, for it is deeply entrenched in the ideal of the Rule of Law. The recognition of the Rule of Law as a political ideal implies the recognition of law’s domain as the “locus of argumentation”. Although the principle of the Rule of Law is oriented towards the value of legal certainty, this value is not only one. Rationality and justice also figure among the basic values which form the basic ideal of the Rule of Law (BUSTAMANTE, 2011, p. 713).

O Direito não é um sistema axiomático⁶¹ nem governado por regras estritas, como o jogo de xadrez, no qual todas as possibilidades estariam predefinidas necessariamente nas regras. As fontes de Direito irão quase sempre conter alguns elementos explicitamente contraditórios, cabendo às decisões judiciais tentar resolver tais contradições à medida que elas surgem, e não pressupor que elas não existam ou que sejam meramente aparentes. Neste sentido, o recurso aos silogismos é uma parte necessária da retórica da justificação do Direito, já que o respeito ao princípio do Estado de Direito exige observância às normas jurídicas, positivadas ou não.

Partindo do pressuposto de que não existe um sistema jurídico puramente lógico-dedutivo, o intérprete passa a privilegiar a busca de premissas, cabendo à interpretação servir de ponte entre tais premissas e as contingências sociais cambiantes que lhe servem de suporte fático. Fixadas tais premissas nessa fase tópica (denominada fase pré-lógica), a tarefa secundária deverá ser a de buscar, até onde for possível, a aplicação dedutiva daquelas premissas ao resultado final, aí entrando em campo a lógica formal, ainda que secundariamente (GARCIA AMADO, 1988, p. 174- 175).

No sistema brasileiro, todavia, os juízes em geral, para iniciarem um raciocínio jurídico, não necessitam buscar premissas na própria razão prática dos casos, vale dizer, fora do ordenamento positivo, como ocorreria na primeira etapa da tópica de Viehweg (denominada fase pré-lógica), que é essencialmente factual, livre, problemática e, portanto, contranormativa. Dada a exaustiva quantidade de diplomas normativos que regulam quase todos os aspectos da vida humana no Brasil, na prática sempre se consegue buscar a solução para um caso na própria legislação nacional, o que torna despendioso o recurso a tópicos extraídos do caso concreto.

Enfim, no Brasil, mais importante do que conhecermos as causas da decisão (que formam o contexto de descoberta e, portanto, determinam o resultado decisório), é termos acesso às razões que constam do contexto de justificação e verificarmos se há conexão objetiva entre as razões e a descoberta. Nenhuma ciência - incluída a psicologia experimental - consegue ainda demonstrar como o convencimento é formado neurologicamente. Em outras palavras, continua sendo uma incógnita o caminho mentalmente percorrido pelo agente decisório no que diz respeito aos aspectos causais do contexto de descoberta. Mas a ciência jurídica felizmente já fornece instrumentos idôneos a indicar se um

⁶¹ A Constituição não pode ser considerada um sistema axiomático, vale dizer, um sistema puramente lógico-dedutivo, já que sistemas deste tipo devem possuir os seguintes requisitos: regras exaustivamente estritas, ordenadas e escalonadas, sem necessidade de recurso a elementos externos para a solução de qualquer problema; rigorosa proibição de interpretação dentro do sistema, no qual as conclusões se dão por mera dedução ou cálculo demonstrativo; preceitos fixos para a interpretação dos fatos; plena admissibilidade do *non-liquet* (abstenção de julgar sob o pretexto de falta de norma aplicável ao caso); intervenção continuada de legislador com atuação precisa, permanente e sistemática para regular os casos não expressamente regulados pelo sistema (GARCIA AMADO, 1988, p. 144-145).

convencimento judicial está devidamente fundamentado ou não, isto é, se as razões articuladas pelo juiz guardam, de forma objetiva, correspondência com o ordenamento jurídico e com a matéria de fato submetida a julgamento, bem como se estão coerentemente concatenadas entre si. Tal operação deverá estar de acordo com o clássico método lógico-dedutivo, que rege a passagem racional e o desdobramento formal de mandamentos normativos gerais e abstratos (premissas gerais) rumo às conclusões específicas e concretas que solucionarão, argumentativamente, a controvérsia submetida a julgamento (premissa menor).

Conclusão

O presente artigo, intitulado “Argumentos descobrem ou apenas justificam?”, poderia também ter outros títulos interrogativos, tais como “Primeiro decido, depois justifico?”, ou “Há algum Direito antes da decisão judicial?”, ou, ainda, “É o juiz livre para decidir por vontade própria e de modo independente do que diz a lei?”, entre outros possíveis epítetos provocativos quanto às possíveis formas de se proferir uma decisão judicial solipsista, tomada à margem da legalidade democrática e da juridicidade, sempre forjadas intersubjetivamente.

Se a decisão judicial é um ato de conhecimento, e não de mera vontade ou capricho pessoal, não deve haver espaço, ao menos dentro de um Estado de Direito (onde deve vigorar o “governo das leis”, e não o dos homens), para decisões judiciais que não sejam consequência direta de argumentos jurídicos aplicáveis ao caso concreto.

Não se pode entender por argumentos jurídicos, todavia, as eventuais predisposições do magistrado em decidir de tal ou qual maneira, pois não é isso o que o ordenamento jurídico espera dos intérpretes da lei. O que deles se espera é a reverência a comandos normativos, e não a mera legitimação de elementos contranormativos, conforme as críticas que foram feitas ao realismo jurídico, que não vê qualquer lógica no fenômeno jurídico.

Tampouco se pode negar a insuficiência dos critérios formais fornecidos pelo positivismo jurídico. O que se refuta veementemente, porém, é a tese negacionista do realismo jurídico, que insiste em rechaçar o papel do formalismo lógico-dedutivo, ainda que apenas na fundamentação das decisões judiciais.

O artigo buscou demonstrar que o respeito a prerrogativas processuais das partes pelo juiz não se confunde com um legalismo ingênuo à moda oitocentista, tal como foi simbolicamente ilustrado por Montesquieu ao propugnar que juízes fossem meros “des êtres inanimés”⁶². Excluídas as hipóteses excepcionais, o apego à lei continua sendo uma exigência indispensável ao controle da decisão judicial.

⁶² A restrita visão de Montesquieu sobre o papel dos juízes, enquanto “seres inanimados que não podem moderar o rigor da lei”, celebrizou-se nesses termos, *verbis*: “*Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU, 1995, p. 116).

E, no respeito à lei destaca-se, a propósito, a rígida observância pelo juiz das prerrogativas processuais das partes, uma vez que o exercício do contraditório substancial tornará ainda mais evidente a prova, em um futuro recurso, de eventual divórcio entre o convencimento formado pelo magistrado e as razões (ou falta delas) apontadas como causas eficientes da sua convicção decisória.

Em matéria de direitos individuais e, sobretudo, de prerrogativas processuais que densificam a cláusula constitucional do *due process of law*, não cabe ao juiz recorrer a juízos de sopesamento ou ponderação para flexibilizá-las, tampouco substituir a moral da lei pela moral individual do julgador, máxime quando este o faz para prejudicar uma das partes em juízo. Dentre as manobras que mais perversamente violam o direito de defesa, desponta o uso sub-reptício do seguinte artifício: primeiro julgar conforme os próprios preconceitos, e só depois procurar fundamentos jurídicos que mascarem a ilegitimidade da decisão preconceituosa, fundamentos estes que não foram os responsáveis pelo convencimento que conduziu ao veredicto.

Concordamos com Eduardo Couture quando afirma que a sentença não é um puro desdobramento lógico de um conjunto de normas puras⁶³, mas não podemos admitir que ela seja mero fruto de pulsões sentimentais, como sua origem etimológica (do latim, *sentire*) poderia sugerir. Enfoques puramente sentimentais são avessos ao jusracionalismo, cuja base filosófica deve à moral kantiana as perspectivas que colocam o ser humano a salvo de instrumentalizações e que rejeitam as inclinações individuais e paixões como obstáculos morais à realização daquilo que é normativamente correto, vale dizer, daquilo que está de acordo com princípios objetivos (leis universais), sobre os quais Kant tão bem especulou.

Também como decorrência da metafísica kantiana, defendemos o universalismo diante de posturas casuísticas ou particularistas, mormente no Brasil, onde a litigância de massa sufoca o aparelho judiciário e serve de terreno fértil a graves ofensas à isonomia, à efetividade da prestação jurisdicional e à segurança jurídica, caso o particularismo prevaleça. Rebatem-se, porém, as visões extremadas que contrapõem sistemas puramente baseados em normas positivadas (rules) a sistemas puramente particularistas (case-by-case decisions), pois, em certos casos, caberá em tese excepcionar uma regra geral, desde que essa exceção seja, ela também, generalizável para outras situações igualmente excepcionais.

E, caminhando para o final, concluímos que, por mais realisticamente que uma decisão seja proferida, a sua fundamentação deve ser sempre formalmente articulada, de acordo com o método lógico-dedutivo, pois só assim será possível aos destinatários da decisão acompanharem racionalmente a operação mental desenvolvida pelo magistrado para justificar, como base no Direito, o seu

⁶³ “A sentença não é um pedaço de lógica, nem tampouco uma norma pura. A sentença é uma obra humana, uma criação da inteligência e da vontade, isto é, uma criatura do espírito do homem” (COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1951, p. 86).

veredicto. O rigor dessa fundamentação servirá de indício para verificar eventual divórcio entre as causas que acarretaram a decisão (contexto de descoberta) e as razões que a justificaram do ponto de vista jurídico (contexto de justificação).

Sendo pouco rigorosa a argumentação contida na sentença, a parte por ela prejudicada poderá, em grau recursal, demonstrar ao órgão judiciário superior que o raciocínio articulado na fundamentação não funcionou como a genuína fonte de seu convencimento, senão como uma mera tentativa formal, e malsucedida, de prestar contas acerca do que fora decidido.

Portanto, não nos parece legítimo, num Estado Democrático de Direito, assumir que juízes decidam primeiro, com base em suas intuições e íntimas convicções, e só depois justifiquem sua decisão encaixando-a na moldura jurídica, por vezes até manipulando retoricamente institutos. Nem mesmo Kelsen, com seu ceticismo moral e sua reticência normativista quanto à busca de critérios de legitimidade material para as decisões judiciais, aceitava que juízes subvertessem o Direito posto e o substituíssem por suas próprias visões de mundo, como se nenhum Direito existisse antes da decisão judicial. Por mais que assumisse ser limitada a possibilidade de predeterminar, através de normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, as normas individuais que não de ser produzidas pelos tribunais, o positivista austríaco refutava a ideia contranormativa de que antes da decisão judicial não há Direito algum.

Em últimas palavras, a resposta à provocação do título pode ser assim sintetizada: argumentos podem até não convencer o juiz ou constituir a causa da descoberta judicial, mas, quando articulados na fundamentação de uma sentença, devem guardar o maior liame possível com a legislação que disciplina o tema no qual inserida a controvérsia, a fim de que, assim procedendo, o magistrado demonstre analiticamente que há íntima correlação entre as causas do seu convencimento e as razões lançadas na decisão para justificá-lo.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Conceito e validade do direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In "Revista Eletrônica Migalhas" em 2005. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em 21.04.2019.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Edinburgh: Willian Tait Magazine, 1838.

BONAVIDES, Paulo. *O método concretista da Constituição aberta*. In "Revista da Faculdade

de *Direito da Universidade Federal do Ceará*". Vol. 25, n. 1, jan./fev., 1984, pp. 33-44.

BUSTAMANTE, Thomas. *Comment on Petroski. On McCormick's post-positivism.* In "German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence". Vol. 12, nº 02, 2011, pp. 693-728.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CASANOVA, Pompeu. *El realismo jurídico norteamericano.* In "El ámbito de lo jurídico". Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.). Barcelona: Editorial Crítica, 2000.

COLEMAN, Jules Leslie; LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade* (cap. 7, pp. 303-418). In: "Direito e Interpretação: Ensaios de Filosofia do Direito". Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do Processo Civil.* Trad. Mozart Víctor Russomano. Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1951.

CROSS, Rupert; HARRIS, Jim W. *Precedent in English Law.* 4th edition. Oxford: Clarendon Press, 2004.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. D. Plunkett, S. Shapiro and K. Toh (eds). *Dimensions of normativity: New essays on metaethics and jurisprudence.* New York: Oxford University Press, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. *O Império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS Filho, Roberto. *O juiz 'herói' não é um bom juiz.* In "Revista Eletrônica Consultor Jurídico". Publicado em 07/01/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz>. Acesso em 17/01/2020.

FULLER, Lon L. *Positivism and fidelity to law: A reply to Professor Hart,* 71. Cambridge: Harvard Law Review 630, 1958, pp. 630-672.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito.* In "Revista de Processo". Vol. 269, ano 42. São Paulo: RT, julho/2017, p. 421-432.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la tópic jurídica.* Madrid: Editorial Civitas S. A., 1988.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O realismo jurídico norte-americano é intrigante.* In "Revista Eletrônica Consultor Jurídico" em 15/07/2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-mericanointrigante> Acesso em 18/01/2020.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação do Direito.* In: "Dicionário de Filosofia do Direito". BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). São Leopoldo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Haidt, J.; Bjorklund, F. *Social intuitionists answer six questions about moral psychology.* In. "Moral psychology" SINNOTT-ARMSTRONG, W. (Ed.). Cambridge: The MIT Press, 2008, pp. 181-217.

HART, Herbert L. A. *Positivism and the separation of law and morals,* 71. Cambridge: In "Harvard Law Review" 593 (1958).

HUME, David (1739). *Tratado da natureza humana.* Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Editora da Unesp, 2000. Original: *A Treatise of Human Nature.*

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma "recepção".* Lisboa: Fragmentos, 1990.

LEITER, Brian. *American legal realism.* In “*The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*”, GOLDING, M.; EDMUNDSON, W. (Eds.). Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2005, pp. 50-66.

Mc CORMICK, Donald Neil. *Retórica e o Estado de Direito.* Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no Direito estadunidense.* In “*Revista de Processo Comparado*”, v. 5, 2017, p. 83-106.

MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade.* In “*Direito e interpretação: ensaios de Filosofia do Direito*”. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MIRAUT MARTÍN, Laura. *Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos.* In “*Anuario de Filosofia del Derecho*”. Madrid: Nueva Época, 2002.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil Brasileiro.* RePro. Volume 245/2015, julho/2015, p. 333-349.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'esprit des lois (1758).* Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* 2ª ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais.* 1ª ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 198

Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma repositição crítica. Coimbra: Almedina, 1967.

O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Rafael. *A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos.* Braga: In “*Scientia Iuridica*”, setembro/dezembro/2017, p. 317 a 340.

POSTEMA, Gerald J.

Bentham and the Common Law tradition. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

ROSENFELD, Michel. *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy.* In “*Southern California Law Review*”. V. 74. Los Angeles: Southern California University Press, 2001, pp. 1307-1352.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de Teoría del Derecho.* Madrid: Editorial Trotta, 2005.

SCHAUER, Frederick

The path-dependence of legal positivism. Schauer Book. Vol. 101: 957. “*Virginia Law Review*”, 2015, pp. 957/976.

Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHECAIRA, F.; STRUCHINER, N. *Realismo jurídico.* In “*Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*”. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: Editora LTr, 2011, v. 01, pp. 348-351.

STRECK, Lenio Luiz. *Coronavírus, o consequencialismo e o dilema do trem: Matar o gordinho?* In “*Revista Eletrônica Consultor Jurídico*” em 02/04/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>. Acesso em 03/04/2020.

Lições de crítica hermenêutica do direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRUCHINER, N.; BRANDO, M. S. *Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?* In: “*Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental*” Noel Struchiner; Rodrigo de Souza Tavares. (Org.). Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2014, p. 171-220.

STRUCHINER, N.; SHECAIRA, F. *A Distinção entre Direito e Moral e a distinção moral do*

Direito. In. "Revista de Direito do Estado (RDE)", número 22, 2012, pp. 131-145.

SUMMERS, Robert S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca: Cornell University Press, 1982.

SUSTEIN, Cass R. *Rules and Rulelessness*. In "Program in Law and Economics Working Paper" N. 27, 1994. Disponível em <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12795546/Rules%20and%20Rulelessness.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04.04.2020.

WARAT, Luís Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, pp. 48-57, jan. 1982. Disponível: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 22 maio 2019.