

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCEIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICCIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERACÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

**ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO**

**ANALYSIS OF THE NEED TO MOTIVATE LEGAL DECISIONS UNDER THE
PERSPECTIVE OF THE LEGAL DISCOURSE**

**Ivan Aparecido Ruiz
Priscilla Galli Silva**

Resumo

Assim como toda atividade humana o Direito também depende da utilização da linguagem, por isso a importância do estudo do discurso. Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr. apresenta sua teoria para embasar uma pragmática do discurso jurídico, em que demonstra que a ação comunicativa em geral envolve uma regra fundamental denominada dever de prova. Além disso, trata a decisão judicial como uma modalidade de discurso racional, havendo a obrigação de que cada asserção seja bem fundamentada. Partindo desses pressupostos o presente estudo se propõe a explicitar as principais características do discurso jurídico, com enfoque nas decisões judiciais. Ao final, após a utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que a necessidade da fundamentação das decisões judiciais está intrínseca nas regras do discurso, sendo dever daquele que as realiza, não apenas demonstrar seu convencimento, mas também tentar alcançar o convencimento de seu receptor.

Palavras-chave: Discurso jurídico, Filosofia da linguagem, Decisões judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

Like all human activity the law also depends on the use of language, therefore the importance of studying the speech. In this sense, Tercio Sampaio Ferraz Jr. presents his theory to support a pragmatic legal discourse, it demonstrates that the communicative action generally involves a fundamental rule named duty of proof. In addition, deal with the judicial decision as a form of rational discourse, with the obligation that each proposition is well motivated. Based on these assumptions the present study aims to explain the main characteristics of legal discourse, focusing on judicial decisions. At end, after using the bibliographical and documentary research techniques, concluded that the need of motivating judicial decisions is inherent in the rules of discourse, and it is the duty of those that performs it, not only demonstrate their conviction, but also try to achieve convincing their receiver.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal speech, Language philosophy, Legal decisions

1. INTRODUÇÃO

Desde o início de sua formação, os estudiosos do Direito acostumaram-se a colocar como foco de sua análise as normas e a forma como são aplicadas, voltando-se para o processo civil com um olhar deveras técnico e individualista, tratando-o como um passo a passo a ser seguido, sem que aprofundem seu estudo em um viés filosófico.

Assim, sempre que se trata acerca da necessidade de fundamentação das decisões judiciais invoca-se a norma legal que a determina, mas em verdade é possível examinar as decisões judiciais como parte integrante do discurso jurídico, verificando a possibilidade de retirar essa regra da própria situação comunicativa das partes.

Para tanto, é necessário tratar das principais características do discurso em geral, que ultrapassa a simples transmissão de conteúdo, caracterizando-se como uma relação entre sujeitos, no qual a função do emissor é tão importante como a do receptor, ambos trabalhando em conjunto para criar o contexto do discurso.

Além disso, importante analisar as peculiaridades do discurso jurídico, através de sua evolução histórica, surgindo com a técnica retórica, tratada pela primeira vez como disciplina independente pelos gregos, bem como discorrer acerca de como os autores da atualidade compreendem a ligação entre direito e linguagem.

Nesse ponto, a filosofia da linguagem, por meio do giro linguístico ocorrido no Século XX, apresenta a linguagem não mais como um obstáculo entre o sujeito cognoscente e o objeto, mas sim como um pressuposto necessário ao conhecimento, uma vez que só é possível falar na e pela linguagem.

Desse modo, Tércio Sampaio Ferraz Jr., que ora apresentamos como marco teórico do presente artigo, defende que a decisão judicial é um discurso racional, dela exigindo-se fundamentação, devendo buscar a adesão de seus destinatários.

Por meio do método teórico, realiza-se estudo cuidadoso sobre o discurso jurídico, convidando o leitor a perceber o direito por uma perspectiva diferenciada, para entendê-lo de modo global, vislumbrando-o como um fenômeno social, cultural e comunicacional, que vai muito além das normas e sua aplicação.

2. NOÇÕES SOBRE O DISCURSO

Qualquer atividade desenvolvida pelo ser humano, dentre as mais variadas possíveis, depende da utilização da língua, e o rico catálogo de atividades desenvolvidas pelo homem

resulta em uma imensa variedade de modos e caráter dessa utilização, conforme afirma Mikhail Bakhtin (1997, p. 179).

Fernando Vieira Luiz (2013, p. 21) sustenta que o foco principal do problema da linguagem, atualmente, resulta do fato de ser matéria essencial às diversas áreas da filosofia, caracterizando-se como uma nova forma de entender o próprio ato de conhecer, o que se deve à reviravolta lingüística que transformou a linguagem de objeto de reflexão filosófica à esfera dos fundamentos.

Dentre as diversas possibilidades de emprego da linguagem encontra-se o discurso jurídico, meio pelo qual é possível fazer com que o Direito se manifeste como algo concreto dentro da realidade social.

Os elementos que caracterizam o discurso são: emissor, receptor, código, referente e mensagem. Nesse contexto, o receptor receberá uma mensagem do emissor, tal mensagem se refere a algum elemento e é formulada em um código. Ressalta-se que tal processo não se dá de maneira linear, como se emissor e receptor fossem elementos distintos, sem interação, na verdade o discurso vai além de simples transmissão de informações, caracterizando-se como uma relação de sujeitos e produção de sentidos. (ORLANDI, 2009, p. 21)

Verifica-se que o referente, a mensagem e o código não são prioridade quando se realiza a análise do discurso como um todo, em especial no viés do discurso jurídico do ângulo que se pretende tratar, já que o objetivo do estudo é demonstrar a relação entre os sujeitos que dele participam, o modo como eles interagem e como o discurso influencia nessa relação.

Ao prevalecer, na análise do discurso, a concepção de que não se trata apenas da transmissão de conteúdo, mas sim de uma relação entre sujeitos, é possível desmistificar sua suposta neutralidade e perceber sua real importância:

Hoje, por outro lado, prevalece a concepção do discurso como uma *prática* entre outras práticas, e a preferência analítica não mais pelo que o discurso diz (manifesta ou latentemente), mas por aquilo que faz, ou melhor, por aquilo que faz ao dizer. Em congruência com esse modo de entender o discurso, o processo de recepção é visto como uma atividade interpretativa diversificada segundo as condições de recepção, e, sobretudo, possivelmente divergente em relação às intenções significativas aplicadas pelo emissor. No discurso existem ações, lutas, submissões e pactos. Como assinalou Foucault, os discursos não apenas traduzem os conflitos ou os sistemas de dominação, como também são aquilo pelo que, e por meio do qual, se luta. Tampouco situamos a atividade discursiva apenas naquelas transformações que afetam as situações “externas” ao próprio discurso; observamos, sobretudo, as operações intradiscursivas por meio das quais os atores implicados afetam-se mutuamente e pelas quais o contexto do discurso

também se vê modificado. (ABRIL; LOZANO; PENÃ-MARÍN, 2002, p. 308)

Por conta das consequências advindas da utilização do discurso, seu estudo não pode se limitar à informação repassada, devendo abranger também o modo e a finalidade com que se deu a transmissão do conteúdo. No caso do discurso jurídico é preciso ir além do estudo daquilo que faz parte da mensagem transmitida, como os códigos, a doutrina e a jurisprudência, sendo necessária uma análise aprofundada também do discurso em si, suas características, o modo como é realizado, a maneira pela qual cada parte do processo judicial nele interfere e como será por ele afetada.

Mas, nem sempre o estudo do discurso se apresentou da maneira apontada, esclarecendo Bakhtin (1997, p. 290) que nos cursos de lingüística ensinava-se uma imagem distorcida do processo de comunicação, colocando-se o locutor como aquele que realizava uma função ativa e o ouvinte ou receptor como sujeito passivo, que apenas realizava a percepção da fala do locutor.

Contudo, Bakhtin (1997, p.290) acredita que esse esquema não é capaz de representar o todo real da comunicação, já que o ouvinte, ao receber e interpretar a informação proveniente do locutor, apresentará uma atitude responsiva ativa em relação ao discurso, podendo concordar ou discordar, completá-lo, adaptá-lo, executá-lo, entre outras possibilidades. Tal atitude ativa transforma o ouvinte em locutor.

Complementa, ainda, Rosângela Hammes Rodrigues, ao analisar as obras de Bakhtin, que o autor russo sustenta que a relação dialógica entre autor e interlocutor constrói-se com três movimentos dialógicos básicos:

[...]o *movimento de engajamento* do leitor ao discurso do autor, o *movimento de refutação* da possível contrapalavra do leitor e o *movimento de interpelação* do leitor ao horizonte axiológico do autor. No *movimento dialógico de engajamento*, o articulista eleva o leitor à posição de aliado, de um co-autor do artigo. O discurso é construído como se o articulista e o leitor falassem de uma mesma posição valorativa, em uma relação de concordância. O leitor é alçado à posição de um co-autor. [...]

No *movimento dialógico de refutação*, o autor antecipa as possíveis reações-respostas de objeção que o leitor poderia contrapor a seu discurso, abafando-as. Pelo movimento de refutação, o autor provoca o silenciamento de enunciados pré-figurados (possível contrapalavra), que ou incorpora no seu discurso, ou leva em conta na construção de seu enunciado. [...]

No *movimento dialógico de interpelação*, determinado ponto de vista é apresentado como o ponto de vista, como A verdade à qual o leitor deve se sentir compelido, persuadido a aderir. A opinião do articulista, um interlocutor de elite, constitui-se como norma para os leitores, uma vez que se mostra como um argumento para a plausibilidade e credibilidade do seu enunciado. [...] (RODRIGUES, 2005, p. 174-175).

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1997, p. 13) diferencia a função sintomática do discurso da função de sinal, declarando que ao se analisar os diversos componentes do discurso, quando se trata da relação do orador com o ouvinte apresenta-se uma função sintomática, ou seja, o discurso expressará sentimentos ou sensações, por exemplo, amor, ódio, astúcia, ingenuidade, já quando o foco é no ouvinte, verifica-se que o discurso causa nele certo comportamento, capaz de alterar seu modo de pensar, de agir ou de sentir, o que caracteriza a função de sinal.

Portanto, o que se verifica é que o discurso permeia os diversos ramos do conhecimento, podendo ser estudado tanto pela literatura quanto pela filosofia, tanto pela lingüística quanto pelo direito, estando em sua essência o fato de que se trata de uma relação entre sujeitos, emissor e receptor, e precisa seguir regras para sua formulação, já que um dos pontos imprescindíveis para que haja uma situação comunicativa é que o discurso seja compreensível.

3. DISCURSO JURÍDICO

Conforme explicitado, o discurso, falado ou escrito, está diretamente relacionado a qualquer atividade humana, bem por isso não é possível afirmar a data em que surgiu, já que remontaria ao próprio surgimento da humanidade, e, especificamente, não se pode dizer a partir de quando se deu a utilização do discurso com a finalidade de persuasão, que mais tarde viria a ser definida como retórica.

Mas, segundo esclarece Olivier Reboul (2004, p. 2), afirma-se que os gregos inventaram a técnica retórica, como uma disciplina independente que tinha a finalidade de criar um conjunto de preceitos práticos para possibilitar a defesa de qualquer causa e qualquer tese, independente de seu conteúdo, considerando-se, então, o marco de seu surgimento na Sicília grega, após a expulsão dos invasores.

Descrevendo esse cenário da retirada dos tiranos e retorno dos gregos às suas terras Aristóteles afirma:

Foi, porém, na Sicília que a retórica teve a sua origem como metalinguagem do discurso oratório. Por volta de 485 a.C., dois tiranos sicilianos, Gélon e Hierão, povoaram Siracusa e distribuíram terras pelos mercenários à custa de deportações, transferência de população e expropriações. Quando foram destronados por efeito de uma sublevação democrática, a reposição da ordem levou o povo à instauração de inúmeros processos que mobilizaram grandes júris populares e obrigaram os intervenientes a socorrerem-se das suas faculdades orais de comunicação. Tal necessidade rapidamente inspirou a criação de uma arte que pudesse ser ensinada nas escolas e habilitasse os

cidadãos a defenderem as suas causas e lutarem pelos seus direitos. E foi assim que surgiram os primeiros professores da que mais tarde se viria a chamar retórica. (ARISTÓTELES, 2005, p. 19)

Nesse contexto, elucida Reboul (2004, p. 2) que o surgimento da retórica se deu justamente no âmbito judiciário, já que a publicação da obra de Córax, juntamente com seu mestre Empédocles e seu discípulo Tísias, denominada “arte oratória”, intentava auxiliar os litigantes na defesa de sua causa, uma vez que não havia advogados naquela época e as queixas eram lidas pelos próprios litigantes diante do tribunal.

Na mesma época surgem os mestres sofistas, que acabam por se apoderar da retórica, tratando-a como um meio de atingir a finalidade pretendida de persuasão a qualquer custo, criando uma imagem desabonadora para essa ciência, que ainda assim se desenvolveu rapidamente. Platão, como áspero crítico dos sofistas, afirmava que a arte oratória que não oferece a verdade não poderia ser considerada arte. Também Aristóteles se dedicou a combater os sofistas, com o intuito de enobrecer a retórica, para colocá-la a serviço da verdade e da justiça. (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2001, p. 65-69).

Os sofistas não se preocupavam com o conteúdo daquilo que seria defendido, ensinavam a utilização do discurso voltada para prática, seu enfoque era no resultado a ser atingido, por conta desse viés estritamente pragmático é que foram criticados por Sócrates, Platão e Aristóteles, que temiam seu afastamento da moral e da verdade.

O conceito clássico de retórica que mais se difundiu no pensamento moderno é de Aristóteles, seu mérito foi o de sistematizar dois tipos de raciocínio, o analítico e o dialético. O primeiro tipo de raciocínio apresentava como principal característica levar a uma resposta única e necessária, demonstrada a partir do silogismo lógico. O segundo tipo de raciocínio, típico da arte retórica, tinha a capacidade de levar a várias soluções aceitáveis, partindo do provável e dos lugares comuns (topos), buscando atingir o verossímil através do uso dos topos argumentativos e das técnicas de persuasão. (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2001, p. 70)

Em contraposição ao uso da retórica realizado pelos sofistas, Aristóteles pretendia sistematizar regras rígidas para a sua utilização, para distinguir o que seria a boa e a má retórica, conduzindo-se pelo ideal da verdade e baseado nele realizava a distinção entre conhecimento apodítico, que desvenda a verdade, conhecimento dialético, que discute acerca do verossímil, e conhecimento sofismático, que induz apenas a aparências. Desse modo, almejava distanciar a retórica da vulgaridade e permitir seu uso adequado. (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2001, p. 71)

Verifica-se que, desde o início de sua sistematização, a retórica está intimamente ligada ao direito, justamente por esse motivo Chaim Perelman defende que para uma formação satisfatória dos juristas é imprescindível que o curso de lógica seja complementado por um curso de retórica, com a finalidade de ensiná-los a maneira de utilizar a argumentação jurídica. (PERELMAN, 2000, p. 505) Além disso, não se pode deixar passar despercebido que o desenvolvimento do direito clássico também esteve relacionado ao uso do discurso, por meio da retórica, da dialética, da gramática e da filosofia.

Ao descrever como se deu a construção da dogmática jurídica atual, a partir do direito romano, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 56-57) enuncia que o direito era concebido como o exercício da prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar, que recebeu a qualificação de *Jurisprudencia*. De início, a jurisprudência era exercida por jurados, em geral leigos, depois criou-se o Concilium Imperial e seus jurisconsultos, que seriam juízes profissionais, possibilitando o surgimento de uma teoria jurídica.

Os jurisconsultos passaram então a formular as *responsa*, que seriam informações sobre determinadas questões jurídicas levadas aos juristas por uma das partes, apresentadas no caso de um conflito diante o tribunal. Mas o acúmulo das *responsa*, leva à necessidade de escolha das premissas e ao fortalecimento das opiniões por meio das justificações, o que resultou na utilização de instrumentos técnicos trazidos da retórica, gramática e filosofia. Além disso, afirma-se que o pensamento prudencial desenvolvido nos *responsa* dos juristas romanos compara-se às técnicas dialéticas dos gregos, por apresentarem discussões de opiniões e busca de soluções nos mesmos moldes da argumentação dialética. (FERRAZ JR, 1997, p. 58)

Evidencia-se assim a importância do discurso, em especial da retórica, para o desenvolvimento do direito desde os tempos romanos, mantendo-se essa relevância na atualidade. Ao tratar da relação entre direito e linguagem, Maria Helena Diniz (1989, p. 153) afirma que “A ciência jurídica encontra na linguagem sua possibilidade de existir [...]”, isso porque o direito não poderia expressar-se de outra maneira que não fosse essa.

Antonio Castanheira Neves, por sua vez, discorre acerca da ligação entre direito e linguagem:

Assim como é nesse sentido que se poderá dizer que o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa

linguagem (nas significações lingüísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é. (NEVES, 1993, p. 90).

Constata-se que pensar o direito como linguagem representa mais do que importar-se com as regras gramaticais que prevêm a forma e o uso correto da língua, ou com sua análise semiótica, é, propriamente, abrir espaço para entendê-lo como um fenômeno social, cultural, comunicacional, que vai muito além das normas e sua aplicação. Por conta disso, revela-se a importância de conhecer os principais aspectos do discurso e a peculiaridades existentes no discurso jurídico.

Em relação ao discurso Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1997, p. 5) distingue dois graus de situação discursiva. Em um primeiro plano todo discurso revela-se como discussão, caracterizando-se essa como uma ação lingüística na qual o modelo primário se resume na união entre o ato de perguntar e o ato de responder. A pergunta envolve uma insegurança no comportamento daquele que a realiza, enquanto que a resposta se traduz por uma pretensão de autoridade, tanto pela capacidade de exigir confiança quanto pela apresentação de fundamentos e determinação de objetivos.

Já num segundo plano da ação discursiva reconhece-se que uma discussão não se limita ao questionamento de objetivos e fundamentos, que devem ser justificados, mas abrange também o questionamento das próprias justificações, acarretando a reflexividade do discurso, que se volta sobre si mesmo. Nessa situação em que objetivos e fundamentos são novamente questionados, surge a exigência de bons objetivos e fundamentos verdadeiros, introduzindo-se o discurso como *ars bene dicendi*, ou seja, técnica de expressar-se de maneira adequada para conseguir a persuasão do destinatário. (Tércio, 1997, p. 5)

Assim, ao tratar do discurso em geral é possível verificar como a situação comunicativa entre emissor e receptor, por si só, traz consigo a necessidade de que as asserções realizadas sejam fundamentadas, não sendo qualquer justificativa que poderá sustentar o discurso, mas sim bons objetivos e fundamentos verdadeiros, trazendo um ponto de partida para a análise da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Dando sequencia à análise do discurso, Ferraz Jr. aduz que, a possibilidade de que o discurso seja colocado em dúvida e a intenção daquele que fala de manter a autoridade do discurso, prezando pelo entendimento e convencimento do ouvinte, faz nascer em todo discurso uma regra fundamental:

Nesses termos, todo discurso, toda ação lingüística envolve uma regra fundamental, que denominamos *dever de prova*. Esse dever, que se manifesta na reflexividade da discussão, é sua regra básica, constituindo o

centro ético e lógico da discussão, a partir do qual é possível conceber a discussão, tendo em vista os seus diferentes componentes, como uma unidade estruturada. Não há discussão sem *onus probandi*; se há um dever de dizer, há também um dever de provar o que se diz. Centro ético da discussão, esse dever estabelece, também, uma relação entre os componentes da discussão, permitindo-lhe assim, uma estrutura. (FERRAZ JR, 1997, p. 8)

Conforme se avança no estudo das regras do discurso em geral, e partindo da análise do discurso jurídico como uma espécie do gênero discurso, evidencia-se a latente necessidade de análise da fundamentação das decisões judiciais sob a perspectiva do discurso jurídico, garantindo que se incorporem à argumentação jurídica regras do discurso que auxiliem em sua sistematização.

4. FILOSOFIA DA LINGUAGEM NO MUNDO JURÍDICO

A argumentação jurídica, especificamente quando se trata da fundamentação das decisões judiciais, não pode ser entendida simplesmente como uma escolha do operador do direito, como resultado da consciência daquele que a realiza, sem que existam regras a serem observadas para sua execução, ainda que não haja consenso acerca das diretrizes específicas a serem seguidas.

Nesse contexto, a aplicação das regras do discurso se torna uma ferramenta importante para auxiliar na definição de parâmetros que possam nortear a argumentação jurídica, para tanto, é preciso analisar a recepção da filosofia da linguagem no mundo jurídico e a quebra do paradigma da filosofia da consciência.

Segundo Fernando Vieira Luiz (2013, p. 21-22) a jurisdição ainda se encontra presa aos postulados da metafísica clássica e da filosofia da consciência, particularmente na dicotomia entre sujeito e objeto. Na metafísica clássica, que surgiu no pensamento grego e predominou até o surgimento da modernidade, a filosofia da linguagem apresenta um perfil objetivista, sendo a linguagem encarada como um instrumento, um meio de expressão para designar um objeto ideal, uma vez que o significado é algo que existe independentemente da própria linguagem ou do sujeito.

Considera-se a obra *O Crátilo*, escrita por Platão, como a primeira obra de crítica à linguagem, nela apresenta-se o diálogo entre Hermógenes, que traduz as teses do convencionalismo ao defender que a ligação entre o nome e as coisas é arbitrária, e Crátilo, que patrocina o entendimento do naturalismo de que cada coisa tem seu nome por natureza, apresentando-se ainda no diálogo a figura de Sócrates, que traz uma tese intermediária, na qual, a convenção assegura a utilização de um determinado nome, mas somente será justo na

medida em que escolhido conforme a essência dos objetos. Assim, em Platão a verdade não se dá através da linguagem, que é insuficiente para expressar aquilo que é imutável em todas as coisas, ou seja, a verdade deve ser buscada nas coisas mesmas, sem mediação da linguagem. Já em Aristóteles, as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam essências, isto é, a essência das coisas somente poderia ser conhecida pela linguagem. (LUIZ, 2013, p. 22-29)

Apesar das diferenças entre os pensamentos de Platão e Aristóteles, o ponto de convergência entre as duas teorias é o objetivismo, sendo o objeto o foco central do conhecimento, e sua finalidade a busca da essência do ser. Desse modo, o sujeito cognoscente não integra o estudo do filósofo, que tem como maior preocupação a busca da essência daquilo que é estudado.

A metafísica clássica, que estabelecia uma real relação entre ser e essência perdurou até o início do Século XX, com a reviravolta causada pelo pensamento de Descartes e as investigações filosóficas de Kant. Fernando Vireira Luiz (2013, p. 30) esclarece que não se nega as contribuições de diversos outros filósofos da época, mas que os dois autores citados podem ser considerados a base para o surgimento da filosofia da consciência. Para Descartes, o sujeito, por ser racional, é o lugar da verdade e o ponto de partida do conhecimento, uma vez que, ao observar a falibilidade dos sentidos e pensamentos, o filósofo deu-se conta de que, mesmo qualificando tudo ao seu redor como falso, precisou pensar para chegar a tal conclusão.

Para Kant o homem é incapaz de conhecer a essência do objeto, restando apenas pensá-lo, ou seja, criá-lo por meio de uma razão pura. O pensamento kantiano levou a filosofia ao extremo da subjetividade, considerando que o sujeito cria seu objeto na medida em que a subjetividade é condição de possibilidade do próprio conhecimento. A busca do sentido passa da essência do objeto, na metafísica clássica, para o sujeito, na metafísica filosofia da consciência.

Lenio Luiz Streck (2000, p.127) afirma que a mudança de paradigma da filosofia da consciência para filosofia da linguagem iniciou-se com Johan Georg Hamann, Johan Gottfried Herder e Wilhelm Von Humboldt. A crítica de Hamann a Kant pode ser considerada o ponto principal dessa mudança, ao afirmar que a linguagem vai além de uma significação acessória para algo previamente pensado possuindo uma função constitutiva do mundo. Herder também tece críticas a Kant, por ter a investigação kantiana deixado de tratar da linguagem como condição para o conhecimento de objetos, fundamentando a linguagem na experiência imediata que cria para si uma expressão, considerada o conteúdo cuja forma será obra da

consciência, estando ambos os elementos arraigados para dar origem à linguagem. Humboldt apresenta a linguagem como necessária para uma visão da totalidade do mundo, caracterizando-se como contraponto ao espírito individual e objetivo.

No Século XIX surgem diversos estudos de caráter lingüístico, onde Humboldt aparece como o fundador da filosofia da linguagem, influenciando, por exemplo, as teorias de Gadamer e Habermas. A consciência lingüística da filosofia torna-se mais evidente na segunda metade do Século XX, sendo possível afirmar que a viragem lingüística se deu em três frentes, a primeira na década de 20 com o neopositivismo lógico, que buscava a construção de linguagens ideais, a segunda a partir da obra *Inspirações Filosóficas* de Wittgenstein, em que a idéia principal é de que somente temos o mundo na linguagem, e a terceira se deu com o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária, em que a linguagem passou a ser vista como instrumento de comunicação e dominação social, considera-se a dimensão pragmática do discurso. (STRECK, 2000, p. 148-157)

Ocorre que, não ocorreu a recepção do giro lingüístico no exercício da jurisdição, que ainda é pautado no objetivismo, quando se afirma que a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, ou no subjetivismo, ao acolher a tese de que a interpretação judicial é subjetivamente limitada pelas preferências valorativas do intérprete, quando na verdade a filosofia da linguagem prevê a impossibilidade de separação entre interpretar e aplicar, no sentido de que tanto o intérprete quanto o texto contribuem para a determinação do significado textual. (LUIZ, 2013, p. 35)

Mesmo que a filosofia da consciência se contraponha à metafísica clássica, ao negar a existência de essência do objeto ou mesmo afirmar a impossibilidade de conhecer tal essência, retirando do núcleo do pensamento o objeto e voltando-se para o sujeito, ambas tem em comum a separação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, sendo justamente essa cisão que foi superada pela filosofia da linguagem, ao tratar o intérprete e o texto como responsáveis pelo significado a ser determinado.

Aduz Fernando Vieira Luiz (2013, p. 94-95) que a Nova Crítica do Direito, criada e desenvolvida por Lenio Streck, cria uma teoria fundada na intersubjetividade, trazendo ao mundo jurídico a viragem lingüística e, conseqüentemente, a percepção de que a linguagem não é um obstáculo entre o sujeito cognoscente e o objeto, mas, sim, representa um pressuposto necessário ao conhecimento, uma vez que só é possível falar na e pela linguagem.

5. ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO

Partindo do viés da linguagem proposto nesse estudo, as decisões judiciais são parte integrante do discurso jurídico, conforme expõe Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou que colabora para a tomada de decisão apela ao entendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas *com-provado*. Esta comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção de consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquistou a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional). (FERRAZ JR, 1994, p. 322).

Em primeiro lugar as decisões judiciais são um discurso racional, o que pressupõe a necessidade de mútuo entendimento, na medida em que os agentes do discurso não são influenciados por elementos exteriores à discussão, pautando-se na racionalidade. Ressalta-se que tal racionalidade não representa neutralidade, mas sim uma racionalidade situacional, uma vez que os agentes não se distanciam do mundo circundante, reconhecendo-se nele. No discurso racional há uma duplicidade de comportamento, por um lado é construtivo por não ignorar nenhuma ação linguística, e por outro lado desconstrói ao permitir que toda autoridade possa ser colocada em dúvida, caracterizando-se, nas palavras de Ferraz Jr. como “aquele que *presta contas*, que não apenas afirma, mas sempre fundamenta”. (1997, p. 30-31).

Nesse contexto, afirma o autor que a participação do ouvinte é decisiva, tendo em vista sua exigência crítica, decorrente do dever de prova, ou seja, a abertura do discurso racional, em que qualquer proposição pode ser colocada à prova, por meio de uma postura ativa do ouvinte ao criticar aquilo que lhe foi apresentado, gera a necessidade de fundamentação por parte do orador.

A decisão judicial está diretamente relacionada com as partes litigantes do processo, ao passo que são criadas por elas expectativas de resolução da lide que serão modificadas pela decisão a ser proferida. Com a decisão o posicionamento das partes pode ser de assimilação ou acomodação. A primeira é um processo de interpenetração e fusão, enquanto que a segunda é uma maneira de subordinação e se manifesta como compromisso, conciliação ou tolerância. No compromisso as partes participam diretamente da decisão, como no caso da mediação, sentindo-se igualmente fortes. Na conciliação, que do ponto de vista da decisão é representada pela arbitragem, há uma assimetria de forças e uma incerteza quanto à sua distribuição. Já a tolerância pode ser observada quando o processo é decidido por uma sentença. (FERRAZ JR. 1997, p. 80).

Assim, por serem as partes litigantes as receptoras do discurso jurídico, afirma-se que quanto melhor fundamentada a decisão, conseguindo persuadir com as justificações expostas ao demonstrar o porquê de se chegar àquele resultado, tanto melhor será a recepção das partes em relação à decisão proferida, isto é, ainda que suas expectativas iniciais tenham sido frustradas pela decisão, quando se deparam com motivos que consigam convencê-las torna-se mais branda a aceitação de um resultado diferente do esperado.

Ainda no tocante às expectativas modificadas pela decisão ressalta Ferraz Jr.:

[...] Não se trata, porém, simplesmente, de um processo de dominação-obediência (monólogo), mas de um processo de controle do próprio comportamento, capaz de modificar, retroativamente, os próprios objetivos (diálogo), dada uma situação específica, o que faz dele um processo que ultrapassa o plano individual, exigindo, para ser entendido, uma certa dissolução das motivações, dos impulsos e das reações numa ordem social complexa. Nesses termos, o controle discursivo da decisão exige certo planejamento e inovação, não no sentido de uma “lógica objetiva”, mas de uma “psico-lógica”, no sentido de uma exploração mais completa e minuciosa possível, em termos de esforços sucessivos a partir de frustrações ocorridas ou previstas, das possibilidades argumentativas.

No que se refere ao discurso judicial, cuja dialogicidade normativa estabelece a obrigação de interpretar, o planejamento (“psico-lógico”) se dá de acordo com um conjunto de prescrições interpretativas de natureza *tópica*. (FERRAZ JR, 1997, p. 80).

Ao direcionar seu estudo a fim de criar subsídios para uma pragmática do discurso jurídico, o autor filia-se à teoria da interpretação *tópica*, desenvolvida por Theodor Viehweg, na qual se pensa o direito partindo do caso concreto apresentado para se buscar uma resposta, trabalha com assertivas incompatíveis, capazes de instaurar diálogos, formando um procedimento crítico. Tal teoria utiliza como ponto de partida para a discussão os *topoi*, que se diferenciam dos axiomas justamente por permitirem questionamento, sendo essa sua função, já que o objetivo é criar o diálogo até que se consiga por meio desse processo, baseado na prudência, uma solução.

Enquanto no plano discursivo a decisão é vista como algo que é criado com interação entre as partes, já que aquele que produz a decisão deve fazê-lo considerando as regras do discurso e a necessidade de fundamentação decorrente do dever de prova e da necessidade de convencimento de seu receptor, no âmbito processual a necessidade de fundamentação das decisões judiciais¹ apresenta-se por um viés individualista, no sentido de que o magistrado

¹ A respeito das decisões judiciais, consulte-se, ainda: GOMES, Antonio Carlos; RUIZ, Ivan Aparecido. A resposta constitucional adequada: uma fórmula para se barrar o decisionismo, como forma de acesso à justiça, nos direitos da personalidade e fundamentais. In: **Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade** / Dirceu Pereira Siqueira, Ivan Aparecido Ruiz, organizadores, 1. ed. Birigui: Boreal, 2015, p. 1-21; FARACO NETO, Pedro. O acesso à justiça, a decisão judicial fundamentada e o personalíssimo direito a se comunicar: a(s) zona(s)

deverá utilizar-se de um juízo lógico para aplicar silogismo determinando a correspondência entre a norma e o fato, conforme afirma Moacir Amaral Santos:

[...] Desse modo, chega aos *fundamentos de fato* do juízo lógico, que é a sentença, que será o resultado de uma série de observações e raciocínios. Igualmente, apreciará os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, aos quais, entretanto, não está adstrito, cabendo-lhe apontar a norma aplicável à espécie, conforme lhe ditar a convicção. Nisso consistirão os *fundamentos de direito*, do juízo lógico, premissa maior do silogismo final, do qual extrairá a decisão. (SANTOS, 2014, p. 40).

Desse modo, ao se pensar a decisão em uma visão processualista a preocupação principal do magistrado é apenas expor os motivos do seu convencimento, conforme elucidam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 465) “[...] o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido”. Por outro lado, a decisão judicial quando entendida como discurso requer um passo além, no qual o magistrado precisa bem fundamentar sua decisão com o objetivo de convencer as partes, ou seja, deve se preocupar igualmente com o convencimento das partes e não apenas em demonstrar o seu convencimento, uma vez que elas também integram o discurso judicial.

Com a exposição de como se expressam os processualistas, torna-se ainda mais claro o que afirma Fernando Vieira Luiz (2013, p. 35) quando diz que as teorias que tratam da decisão judicial tradicionalmente voltam-se ao objetivismo ou ao subjetivismo na interpretação, relacionando a decisão com a correta determinação do significado do texto da norma ou sendo direcionada pela consciência do julgador, o que acarreta demasiada discricionariedade.

Objetivando trazer alguns critérios que pudessem nortear a fundamentação das decisões judiciais, na tentativa de diminuir o grau de subjetivismo dos magistrados, aprovou-se a inserção de um dispositivo no novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, que trata de algumas hipóteses em que não será considerada fundamentada a sentença, as quais podem ser observadas no art. 489, § 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem

de convergência. In: **Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade** / Dirceu Pereira Siqueira, Ivan Aparecido Ruiz, organizadores, 1. ed. Birigui: Boreal, 2015, p. 362-381; ABOUD, Georges. **Introdução à teoria e à filosofia** / Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, em especial o Capítulo 10. Teoria da decisão judicial.

explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Contudo, presencia-se uma forte resistência dos magistrados em relação ao dispositivo supracitado, alegando que a grande carga de processos com a qual precisam trabalhar inviabilizaria o cumprimento dos requisitos propostos, o que não pode ser aceito, uma vez que as mudanças introduzidas apenas concretizam alguns limites para a atuação dos magistrados, sendo que a necessidade de fundamentação das decisões judiciais já está prevista há tempos no art. 93, inc. IX, da Constituição República Federativa do Brasil de 1988.

Além disso, como demonstrado por este estudo, o fato de a decisão judicial ser parte integrante do discurso jurídico faz com que esteja intrínseca a necessidade de fundamentação, que se traduz no dever de prova, isto é, como discurso, a decisão judicial precisa buscar atingir a adesão dos destinatários e só consegue fazê-lo ao ser bem fundamentada.

6. CONCLUSÃO

Para concretizar-se, o direito depende da utilização da linguagem, fato que torna imprescindível aos juristas estudarem o discurso, suas características, o modo como é realizado, a maneira pela qual cada parte do processo judicial nele interfere e como será por ele afetada.

O discurso é reconhecido como uma relação entre sujeitos, o que significa que tanto emissor quanto receptor exercem um papel ativo em sua construção. Em relação ao discurso jurídico, sua origem remonta à técnica retórica criada pelos gregos, utilizando o discurso com a finalidade de persuasão.

A situação comunicativa em geral caracteriza-se por sua reflexividade, em que as próprias justificativas da asserção realizada podem ser colocadas em dúvida, acarretando a necessidade de uma boa fundamentação que seja capaz de sustentar o discurso. Desse modo, toda ação linguística envolve a regra do dever de prova, caracterizando-se como o centro ético e lógico do discurso, bem como seu ponto de partida.

A decisão judicial, parte integrante do discurso jurídico, é vista então como um discurso racional, que deverá ser comprovado, dela exigindo-se fundamentação. Ademais,

verifica-se que as expectativas das partes litigantes, receptoras dessa modalidade de discurso, são alteradas pela decisão proferida, sendo que quanto melhor fundamentada a decisão, conseguindo persuadir com as justificações expostas ao demonstrar o porquê de se chegar àquele resultado, tanto melhor será a recepção das partes em relação à decisão tomada.

Destarte, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais pode ser baseada nas regras do discurso, sendo que a própria estrutura da situação comunicativa traz dentro de si o dever de prova e a busca pela adesão ao discurso proposto, já que a decisão judicial, quando entendida como discurso, requer que o magistrado se preocupe também com o convencimento das partes e não apenas em demonstrar o seu convencimento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Introdução à teoria e à filosofia** / Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade / Dirceu Pereira Siqueira, Ivan Aparecido Ruiz, organizadores, 1. ed. Birigui: Boreal, 2015.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Estética da criação verbal**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 1 jul. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FARACO NETO, Pedro. O acesso à justiça, a decisão judicial fundamentada e o personalíssimo direito a se comunicar: a(s) zona(s) de convergência. *In: Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade* / Dirceu Pereira Siqueira, Ivan Aparecido Ruiz, organizadores, 1. ed. Birigui: Boreal, 2015, p. 362-381.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GOMES, Antonio Carlos; RUIZ, Ivan Aparecido. A resposta constitucional adequada: uma fórmula para se barrar o decisionismo, como forma de acesso à justiça, nos direitos da personalidade e fundamentais. *In: Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade* / Dirceu Pereira Siqueira, Ivan Aparecido Ruiz, organizadores, 1. ed. Birigui: Boreal, 2015, p. 1-21.

LOZANO, Jorge. PENÃ-MARÍN, Cristina. ABRIL, Gonzalo. **Análise do Discurso: Por uma Semiótica da Interação Textual**. São Paulo: Littera Mundi, 2002.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

ORLANDI, Eni P. **Análise do Discurso: Princípios & Procedimentos**. Campinas: Pontes Editores, 2009.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUES, Rosângela Hammes. Os gêneros do discurso na perspectiva dialógica da linguagem: a abordagem de Bakhtin. *In: MEUER, J.L.; BONINI, Adair; MOTTA-ROTH, Désirée (Org.). Gêneros: teorias, métodos, debates*. 2. ed. São Paulo: Parábola, 2007.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3

SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen; CARNEIRO, Maria Francisca. **Teoria e prática da argumentação jurídica: lógica e retórica**. Curitiba: Juruá, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.