

## 1 INTRODUÇÃO

Após a segunda metade do Século XX, ou seja, no pós-Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança de paradigmas teóricos no que pertence ao discurso jurídico, frente às dificuldades encontradas no positivismo, principalmente quanto ao seu extremo formalismo, com a precípua preocupação de afastar do campo jurídico o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade. Muitas das atrocidades cometidas por governos nazistas e fascistas foram levadas a efeito através da edição legítima de normas contidas nos respectivos ordenamentos jurídicos, o que levou muitos pensadores, filósofos e juristas a profundas reflexões sobre o positivismo e seus fundamentos.

Naquele ambiente, com a superação do jusnaturalismo e as críticas ao juspositivismo, floresceu o desenvolvimento de teorias que, sem afastar o direito positivo puro, baseado na mera subsunção do caso à norma e no decisionismo ou discricionariedade forte, passou a buscar uma nova hermenêutica do direito com base nas teorias da argumentação jurídica. Era o reconhecimento da existência de normas não escritas, com o intuito de limitar a discricionariedade do julgador, colmatando o sistema através de valores e princípios como mandados de otimização, servindo como amálgama do ordenamento na formação de um corpo coeso de normas.

Diante de tal contexto, Ronald Dworkin (2010) passa a descrever o direito como sendo composto não apenas de regras com “*pedigree*”, mas também por valores não escritos, que compõem o ordenamento como integridade, confrontando a Teoria Pura de Hans Kelsen (1934 – edição citada de 2006), e o positivismo analítico de Hart (1961 – edição citada de 2007) em um debate, principalmente com este último, que evidencia a construção do Direito através do discurso dialógico, da interpretação e da argumentação.

Com Alexy (1978 – edição citada de 2013), a teoria da argumentação jurídica, em constante desenvolvimento, toma corpo e se começa a tratar da ideia do “caso especial” através da ponderação como método de interpretação e aplicação do direito, enquanto, paralelamente, MacCormick (1978 – edição citada de 2006), com um viés pautado na prática da *common law*, sob a perspectiva empírica dos precedentes e seu caráter vinculante, busca nas razões das decisões a construção de um sistema coeso e coerente de normas.

Dito isso, de forma breve e com objetivo de contextualizar, é certo que são décadas de desenvolvimento de sistemas normativos que, além do direito posto, trazem na argumentação jurídica e na justificação racional a base de sua evolução. No Brasil, porém, foi o artigo 926

da Lei n.º 13.105, de 2015 (Código de Processo Civil), que trouxe a imposição legal de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Uniformidade, estabilidade, integridade e coerência são fundamentos das teorias da argumentação desenvolvidas após a segunda metade do Séc. XX, como se verá ao longo do texto.

A positivação do supedâneo teórico, por imposição legal, impõe aos atores do direito a compreensão do significado e dos reflexos do ato legislativo, vez que a uniformização da jurisprudência (art. 926), assim como a imperativa observância pelos juízes e tribunais de determinadas decisões (art. 927), demandam o aprimoramento da técnica argumentativa para a atribuição de força normativa ao sistema de precedentes que se pretende desenvolver.

Assim, o artigo traça um panorama geral da referida mudança paradigmática no positivismo do pós-guerra, do pós-positivismo e o desenvolvimento das teorias da argumentação entre os seus principais precursores até alguns de seus críticos e estudiosos. De outro vértice, faz um paralelo com a atividade decisória pelos tribunais pátrios, para entender os desafios do desenvolvimento de um sistema de precedentes por imposição legal com base teórica, que não pode prescindir da argumentação racional como fundamento basilar.

## **2 DA SUBSUNÇÃO À JUSTIFICAÇÃO**

O pós-guerra trouxe à tona uma série de consequências no campo dos direitos fundamentais. A construção de um Estado Democrático de Direito, na busca por uma sociedade mais justa, evidenciou a necessidade da observância de valores morais que vão muito além da simples subsunção do caso à norma, impondo-se o desenvolvimento da hermenêutica através da argumentação jurídica.

Kelsen, ao desenvolver a Teoria Pura do Direito, relativiza os valores morais:

Tem-se afirmado que uma exigência comum a todos os sistemas de Moral seria: conservar a paz, não exercer violência sobre ninguém. Mas já Heráclito ensinou que a guerra não só é o ‘pai’, isto é, a origem de tudo, mas também o ‘rei’, isto é, a mais alta autoridade normativa, o mais alto valor, sendo, portanto, boa, que o Direito é luta, por isso, é justa. E até Jesus diz: ‘Eu não vim para trazer a paz à terra, mas a discórdia’ (KELSEN, 2006, p. 73).

E vai além, ao afirmar que “[...] não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima”, concluindo que, “A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma

ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito [...]” (KELSEN, 2006, p. 74-78).

Quiçá aqui esteja a gênese dos debates que se sucederam, frente ao questionamento posterior de Dworkin, sobre os valores morais inseridos no Direito, criticando o pensamento positivista que entende que “[...] O direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado (DWORKIN, 2014, p.10).

Dworkin passa a questionar “Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito”, respondendo que a divergência não é exatamente sobre o que é o Direito, mas sobre o que o Direito deveria ser. Ao analisar a questão conclui que “[...] divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito” (DWORKIN, 2014, p. 11).

Habermas (1997, p. 253) entende que “a teoria dworkiniana dos direitos apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais”, o que se transformou num dos mais relevantes debates da época.

Além da questão da moralidade inserida no contexto do Direito, talvez o ponto de maior relevo no debate seja o enfrentamento com Herbert Hart, no pós-escrito a sua obra *O Conceito de Direito*, afirmando que regras e princípios jurídicos tem muitas vezes o que denomina “textura aberta”, ou seja, quando o Direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer sentido. Segundo o autor, não são apenas “casos difíceis”, mas o Direito é fundamentalmente incompleto, pois não fornece qualquer resposta para as questões em causa, cabendo aos Tribunais exercerem uma função restrita de criação do Direito o que Hart (2007, p. 314) denomina “poder discricionário”.

A “discricionarietà forte” defendida no positivismo, como se o juiz decidisse em um vazio, passa a fomentar maiores discordâncias no campo dos debates, face a possibilidade de agravamento da instabilidade do sistema jurídico.

Ao analisar o tema, sob a perspectiva positivista de Hart, Habermas (1997, 251-252) afirma:

Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às

vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.

Ronald Dworkin discorda deste posicionamento e tece sérias críticas sobre o tema. Aliás, o próprio Hart, em seu pós-escrito, chega a afirmar que ele é o seu principal crítico “[...] porque este sustentou não só que quase todas as teses distintivas neste livro estavam radicalmente erradas, mas também pôs em questão toda a concepção e teoria jurídica e daquilo que esta deveria fazer, que está implícita na obra” (HART, 2007, p.300).

E, de fato, Dworkin inaugura a obra *Levando os Direitos a Sério* asseverando que “a mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que este livro critica” (DWORKIN, 2010, p. XI), o que bem demonstra o embate dialógico entre dois autores.

Quanto a questão acerca do conteúdo do direito na prática decisória, segundo Habermas (1997, p. 252), “[...] Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito [...]”, contudo ressalta que “[...] Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões ‘corretas’, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos)”. Claudio Carneiro e Marcos Lemos (2012, p. 108) explicam:

Neste ponto, segundo Dworkin, o juiz estaria se afastando da penumbra positivista da discricionariedade, existindo assim uma única resposta correta para cada desafio jurídico (DWORKIN, 1978, p. 81), chocando-se frontalmente a teoria positivista, ao militar pela separação entre regras e princípios. O autor assume que o Direito é muito mais amplo que as regras legisladas, sendo também composto de princípios, defendendo que um dado sistema de princípios seria capaz de gerar não soluções diversas igualmente válidas, mas sim, uma única resposta correta, desautorizando consequentemente, a teoria positivista da discricionariedade forte.

Em uma visão positivista, é o procedimento que justifica a aplicação legítima da norma, ou seja, se uma decisão é proferida por um juiz competente, com base numa lei vigente, ou mesmo na ausência de lei, dentro da sua seara de discricionariedade, atende aos pressupostos de validade suficiente para a legitimidade do ato.

Para Habermas, a legitimação através da legalidade do procedimento normativo acaba por privilegiar o “processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes.” (HABERMAS, 1997, p.250)

Numa visão dworkiniana, não basta a regra produzida com “*pedigree*”, assim como não é aceitável a “discricionariedade forte” face ao potencial de insegurança causada pelo decisionismo e pela arbitrariedade. Cabe sim que a decisão seja adequada ao ordenamento como um todo íntegro, atendendo aos princípios gerais do direito numa justificação racional de forma íntegra e coerente com o sistema normativo.

Dworkin não abandona o positivismo, vez que seu modelo, “[...] trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração” (HABERMAS, 1997, p. 260) e ele descreve seu procedimento hermenêutico-crítico como uma interpretação construtiva que explica a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou um fim.

Assim, para Habermas (1997, p. 261), o procedimento da interpretação construtiva auxilia para que cada juiz possa, em princípio, chegar a uma decisão idealmente válida no caso concreto, compensando a suposta “indeterminação do direito” com fundamento teórico. Destaca que essa teoria deve “reconstruir racionalmente a ordem jurídica” de forma que o direito vigente seja justificado em uma “série ordenada de princípios”, tornando-se uma encarnação exemplar do direito em geral.

Assim, é possível concluir que Dworkin, embora critique frontalmente o positivismo, principalmente a partir da teoria de Hart, não o abandona, divergindo notadamente em relação ao conteúdo do Direito, assim como sobre a discricionariedade do julgador, que no pensamento dworkiniano deve buscar a decisão correta dentro de sistema normativo e não se utilizar da discricionariedade de forma ampla. A solução dos “casos defíceis”, diante da textura aberta da linguagem, da antinomia de normas, das lacunas do direito, da colisão entre princípios deve buscar na técnica argumentativa para a melhor solução do caso concreto amparada no sistema normativa.

William Pugliese e Leandro José Rutano, analisando a questão a partir das lições de Neil MacCormick afirma:

“Em primeiro lugar, registram-se as lições de Neil MacCormick e sua teoria institucional do direito. Para ele, não deve haver uma liberdade total a ser exercida quando se toma uma decisão – ao menos não no Direito. Para o autor, pode haver uma discricionariedade “guiada”. Quando há opções disponíveis para a tomada de uma decisão, os critérios para a escolha das diversas decisões possíveis giram em torno de justiça, sensatez, eficiência, razoabilidade, igualdade, entre outros. Esses critérios podem ser denominados “valores” e na medida em que são ou deixam de ser atendidos, tornam as decisões melhores ou piores. Pode, ainda, haver algum tipo de exigência no sentido de que esses valores sejam atendidos até certo ponto, pelo que também podem ser considerados standards ou padrões mínimos. Esses valores

são aplicáveis a uma imensa gama de situações e estão disseminados na ordem institucional, de modo que só podem ser reduzidos a expressões articuladas por meio de generalizações, tais como "devemos ouvir os dois lados de uma história em qualquer caso em disputa" ou "devemos considerar o impacto de uma decisão no bem-estar de todos com legítimos interesses na questão". (PUGLIESE e RUTANO, 2017, p. 9)

### **3 SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE DO DIREITO – COERÊNCIA E INTEGRIDADE**

O objetivo central do desenvolvimento das teorias da argumentação, está pautado na busca por segurança jurídica e, simultaneamente, satisfazer uma pretensão de legitimidade do direito. A pretensão de correção defendida por Dworkin implica reconhecer que o direito é construído em um corpo único, cujas normas, sejam regras, princípios ou mesmo os precedentes, devem ser costurados pelo julgador em fios interpretativos como um “tecido sem costura”, coerente e coeso auxiliando na construção do sistema normativo.

A decisão judicial, neste contexto, passa a ter uma obrigação de universalidade, na medida em que, além de ter os olhos no passado, ou seja, naquilo que já foi julgado anteriormente passa a se voltar também para o futuro, com vistas à construção daquilo que Dworkin denomina “romance em cadeia”, tendo em cada juiz o autor de um capítulo dessa “novela”:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.” [...] Podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. [...] Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar (DWORKIN, 2014, p. 275-276).

O juiz, como autor de um capítulo do romance, atua de forma individual, mas sem se afastar do contexto da obra em construção dentro do sistema, na qual “a coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto

através de argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação” (HABERMAS, 1997, p. 262).

Essa tarefa consiste na procura de princípios e determinações de objetivos válidos para que seja possível a justificação de uma ordem jurídica “concreta” em seus “elementos essenciais” para que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares como “componentes coerentes”.(HABERMAS, 1997, p. 263)

MacCormick, por sua vez, explica que a coerência das “numerosas normas” de um ordenamento devem fazer sentido quando “consideradas em conjunto”, pois os “conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou ‘concretas’ dessa norma” (MACCORMICK, 2006, p. 197) Neste sentido, ao tratar da coerência em MacCormick, explica-se:

Tratar de coerência é investigar o lugar dos argumentos a partir de princípios gerais do direito na argumentação jurídica. Não se trata, portanto, de uma simples análise de coerência narrativa – esta espécie, recorde-se, está ligada ao relato fático do juiz na sentença, que deve fazer sentido. A coerência significa que as inúmeras normas de um sistema jurídico devem fazer sentido quando consideradas em conjunto (PUGLIESE, 2017, p. 76).

Manuel Atienza (2016, p. 135) afirma que, para MacCormick, a argumentação prática em geral, e a argumentação jurídica em particular, cumprem essencialmente uma função de justificação, que está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, vez que, só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, o que no caso da argumentação jurídica significa estar de acordo com os fatos estabelecidos e as normas vigentes.

O autor descreve o “esforço integrador” de MacCormick, como desenvolvimento de uma teoria que equilibre os dois lados dessa balança teórica:

MacCormick trata, de certo modo, de harmonizar a razão prática kantiana com o ceticismo humano; de mostrar que uma teoria da razão prática deve ser completada com uma teoria das paixões: de construir uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa; que dê conta tanto dos aspectos dedutivos da argumentação jurídica quanto dos não dedutivos; dos aspectos formais e dos materiais; e que se situe, em resumo, a meio caminho – e esses termos são usados pelo próprio MacCormick (1978, p. 265) – entre uma teoria ultrarracionalista do Direito (como a de Dworkin, com sua tese da existência de uma única resposta correta para cada caso) e uma irracionalista (como a de Ross: as decisões jurídicas são essencialmente arbitrárias, i. e., são produto da vontade, e não da razão) (ATIENZA, 2016, p. 135).

Com o conceito de “integridade”, Ronald Dworkin procura demonstrar que as ordens jurídicas modernas têm como norte o Estado de Direito, vez que a fundação de uma comunidade política assim constituída pressupõe o reconhecimento mútuo entre os cidadãos em um sistema de direitos, com a garantia de autonomia privada e pública (HABERMAS, 1997, p. 267).

Para Habermas, o “princípio da integridade” trata de um “ideal político” de determinada comunidade, onde os “parceiros associados do direito” devem promover o reconhecimento mútuo de liberdade e igualdade, pois se trata de “um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade [...]”. (HABERMAS, 1997, p. 267).

Neste contexto, é o reconhecimento da igualdade entre os cidadãos que impõe a construção do sistema de forma íntegra, dando brilho à segurança jurídica, razão pela qual a argumentação dentro desse conjunto coerente de normas é fator de concretização da “pretensão de correção” e mais do que isso, traz estabilidade e integridade ao sistema.

Habermas afirma que cada juiz tem, intrinsecamente, uma obrigação de decidir cada caso sob a perspectiva de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios e isto é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, o que é “confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres iguais” (HABERMAS, 1997, p. 268). Acerca da segurança jurídica, o autor ainda conclui expressamente:

Um sistema de direitos que não é formado apenas e a fortiori de “regras” que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtidos em programas condicionais. O conceito clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas [...] exige uma estrutura de regras que ultrapassam um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determinações de fins. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, in casu a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a segurança jurídica num outro nível (HABERMAS, 1997, p. 273-274).

Como já mencionado na obra *Princípios da Jurisprudência*, “o caráter dialético ou argumentativo dos processos judiciais é uma característica inafastável do arranjo constitucional do Estado de Direito, pois nele os cidadãos têm a possibilidade de questionar e se defender contra qualquer acusação.” (PUGLIESE, 2017, p. 80), enquanto Habermas afirma que os

argumentos são razões que inseridas no discurso resgatam uma “pretensão de validade” abordadas nos atos de fala “constatativos ou regulativos”, que acabam por mover de forma racional os agentes argumentadores, no sentido de aceitar como válidas as “proposições normativas ou descritivas” ( HABERMAS, 1997, p. 280-281).

Segundo Robert Alexy, o discurso jurídico é um “caso especial” do discurso prático em geral, vez que as questões jurídicas se preocupam com o que deve ou não deve ser feito ou deixado de fazer e, tais questões são debatidas com exigência de correção. Assim, é questão do “caso especial”, porque as discussões jurídicas acontecem sob limites do tipo descrito (ALEXY, 2013, p. 212). Terezinha Teles Pires (2019, p. 105) afirma:

A teoria da argumentação elaborada por Robert Alexy, considerada teoria padrão no debate contemporâneo sobre a justificação racional das decisões normativas, propõe a tese de que o discurso jurídico é uma especificação do discurso prático em geral, por conter, em seus propósitos, a pretensão de se alcançar um juízo de correção. Trata-se de um “caso especial”, na visão do autor, considerando que o discurso jurídico está limitado às diversas pré-compreensões do Direito, tais como a lei, os precedentes e a dogmática. Esta seria, aliás, a principal característica do discurso jurídico, em comparação ao discurso prático em geral, sua necessária vinculação ao direito vigente. Não basta, portanto, fundamentar a racionalidade dos enunciados jurídicos, com base nos princípios e regras da razão prática, havendo-se, também, que justificar sua correspondência ao ordenamento vigente.

Segundo afirma a pesquisadora, Alexy procura demonstrar a veracidade de sua tese do “caso especial” da seguinte forma:

i) constata que as regras gerais da razão prática, embora necessárias, não definem quais as melhores premissas das quais deve partir o raciocínio jurídico, o que, em princípio, se mostra insatisfatório, no tocante ao juízo de correção das decisões; ii) a racionalidade do discurso jurídico está limitada pela racionalidade do sistema legislativo; iii) a justificação do discurso jurídico submete-se ao princípio geral da universalização (igualdade formal); iiiii) as regras especiais do discurso jurídico dependem das regras do discurso geral, consolidando-as em seu processo de diferenciação; iiiiii) o caráter racional da argumentação jurídica impõe que se estabeleçam regras internas para o seu desenvolvimento (TELES PIRES, 2019, p.105).

Portanto, a pretensão de Alexy com essa tese é limitar as possibilidades discursivas da prática do direito, o que inclusive evidencia a inadequação da racionalidade prática em sentido amplo, pois as respostas possuem uma relação de dependência com as premissas, o que potencializa a “[...] técnica do sopesamento e do princípio da otimização como estratégias suficientes para a refutação do decisionismo, cético em sua essência” (TELES PIRES, 2019, p.107).

Acerca do discurso jurídico como caso especial do discurso prático de Alexy, Manuel Atienza (2016, p. 195) sintetiza:

O discurso jurídico é, na opinião de Alexy, um caso especial do discurso prático geral. Isso quer dizer, mais concretamente, que: 1) no discurso jurídico se discutem questões práticas, 2) erige-se também uma pretensão de correção (a pretensão de justiça seria um caso de pretensão de correção), mas 3) isso se faz (e daí ser um caso especial) dentro de determinadas condições de limitação. Em outras palavras, no discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou “claim”, na terminologia de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente. Assim, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, sinteticamente, exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática. Por sua vez, Alexy distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas – a justificação interna e a justificação externa – de maneira que há, também, dois tipos de regras e formas do discurso jurídico.

Daí a importância do precedente na formação do ordenamento, através da justificação racional, vez que é nas razões das decisões que se alcança a integridade, a coerência e, por fim, a estabilidade do sistema em face de que, é na fundamentação da decisão que se encontram os argumentos jurídicos normativos da resolução do caso concreto que deve se amoldar ao sistema de forma construtiva.

O que aqui se defende, é o desenvolvimento do sistema de precedentes não apenas por impositivo legal, mas através da evolução da justificação das decisões por meio das teorias argumentativas, vez que é nas razões de decidir que extrai a *ratio* que deverá servir como carácter vinculativo para futuras decisões, cumprindo assim a função construtiva do sistema normativo.

#### **4 TEORIAS ARGUMENTATIVAS POR IMPOSIÇÃO LEGAL**

Como se percebeu ao longo do texto as teorias da argumentação jurídica amplamente debatidas desde o segundo pós-guerra, vêm dialogicamente buscando a legítima concretização de valores morais e princípios, dentro do Estado Democrático de Direito, com vistas à segurança jurídica, a igualdade e a pacificação das relações.

Observou-se um verdadeiro “diálogo de cavalheiros” entre os pensadores e filósofos nas críticas, nos debates e nas discussões, *e.g.* quando Hart (2007, p. 325) afirma que “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importâncias desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles.” Este gesto demonstra um objetivo

comum, um pensamento coletivo de buscar a evolução dos sistemas, ainda que entre teorias divergentes em certos aspectos, mas com vistas ao aperfeiçoamento teórico como um todo numa visão monista do direito globalizado.

Terezinha Pires (2019, p. 103-104) afirma que “os principais autores que se debruçam na busca de um modelo discursivo íntegro, adequado para justificar as normas e decisões, na seara do direito, estabelecem importante diálogo entre si, mas apresentam, também, antagonismos que precisam ser debatidos, com o propósito de melhor delinear as premissas do raciocínio jurídico.”

Observando-se a realidade brasileira, quando se vislumbra a edição de texto legal, a exemplo dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, com impositivos teóricos resultado de densa e intensa construção filosófica e jurídica ao longo de décadas, com a intenção de desenvolver um sistema de precedentes no país, se começa a questionar sobre sua efetividade. Nessa linha, como já mencionado, o Código de Processo Civil de 2015 precisa de uma teoria que explique as premissas e os requisitos da decisão judicial para que a proposta da legislação de conferir efeitos aos precedentes seja alcançada. Dizia, ainda, que o “porvir desta teoria depende da compreensão teórica e empírica da argumentação e da interpretação jurídicas voltadas ao sistema brasileiro, além de um direcionamento dos dispositivos recentes que tratam da vinculação dos efeitos das decisões dos tribunais” (PUGLIESE, 2017, p. 52). Isso demonstra preocupação com o desenvolvimento do sistema de precedentes no Brasil sem que as teorias inseridas no texto legal passem por um processo de aprimoramento dentro do ordenamento, na medida em que a construção do processo decisório no país não exprime exatamente o mesmo arcabouço teórico, carecendo de uma teoria própria de precedentes.

Acresça-se, ainda, que uniformidade, estabilidade, integridade e coerência são mais do que simples requisitos legais, pois devem ser tratados como elementos essenciais ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. “[...] É necessário seguir estes parâmetros como um ideal normativo, ou seja, buscar um aprimoramento do direito positivo ao mesmo tempo em que se preservam as garantias de segurança jurídica e de previsibilidade” (PUGLIESE, 2017, p. 53).

Um problema grave que enfrentado na construção desse novo sistema de precedentes é a forte resistência dos julgadores no Brasil, no que respeita as mudanças paradigmáticas. Lenio Streck, em um artigo publicado no início da década passada, já denunciava que o Brasil ainda possui fortes raízes no positivismo kelseniano:

Veja-se como essa questão do positivismo kelseniano não está superada no Brasil. No STF, um dos ministros mais antigos sustenta frequentemente em suas posições que a interpretação é um ato de vontade (na linha da afirmação kelseniana presente do Cap. VIII de sua Teoria Pura). Em pronunciamento recente, o Ministro afirmou, ainda, que a decisão é um ato fatiado no qual a primeira etapa representa a construção “ideal” (sic) da solução para o caso e, apenas em um segundo momento, é que se buscaria a justificação do decidido no ordenamento jurídico. Nas palavras do Min. Marco Aurélio de Mello: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio” (publicado no site Notícias do STF [2010]; ver também: “Marco Aurélio vê sua homenagem como ‘estímulo’” [2010]) (STRECK, 2011, p. 22-23).

Anote-se que o Ministro citado acima ocupou até 2021 uma das cadeiras do Supremo Tribunal Federal e, obviamente, foi instado a proferir decisões sob esta já não tão nova perspectiva teórica, no desenvolvimento da sistemática de precedentes vinculantes no Brasil. O Autor é ainda mais incisivo, conforme se extrai:

Desse modo, a defesa de posturas judiciais ativistas, o crescimento do panprincipiologismo e a fragmentação jurisprudencial, são fenômenos que decorrem, em última análise, de um mesmo núcleo problemático: a preservação subterrânea do paradigma da filosofia da consciência na construção das teorias e doutrinas do direito. Um pragmatismo primitivo é invocado para justificar as decisões individuais. Essas decisões não conduzem a um ponto coerente, capaz de unificar o sentido e acomodá-lo num contexto de integridade. Assim, um verdadeiro caos interpretativo acaba por ter lugar, algo que pode ser comparado ao estado de natureza hobbesiano; uma espécie de Estado de natureza hermenêutico (STRECK, 2011, p. 22).

Veja-se que a preocupação, mesmo antes da edição da lei, está na forma da interpretação e aplicação do arcabouço teórico dentro do ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual, não a toa, José Rodrigo Rodrigues, com similar preocupação já afirmou que “[...] nem a pesquisa em direito nem a pesquisa em ciências sociais têm prestado atenção na racionalidade jurisdicional. A pesquisa empírica em direito raramente se volta para a fundamentação das decisões jurisdicionais [...]” (RODRIGUES, 2013, p. 62), o que resulta em uma deficiência teórica desde os meios acadêmicos até a fundamentação das decisões pelos tribunais.

O Autor critica o fato das decisões colegiadas serem proferidas sem que haja uma “redação oficial da corte” e, por esta razão denomina a jurisdição brasileira como “*justiça opinativa*” afirmando que “[...] sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes” (RODRIGUES, 2013, p. 63).

Segundo Rodrigues (2013, p. 63), “[...] o julgamento no Brasil não tem como objetivo produzir um texto, que é mero efeito colateral dele”, o que resulta de extrema gravidade em um sistema cuja imposição legal é expressamente baseada nas teorias da argumentação jurídica, principalmente se se considerar que “[...] o debate sobre modelos possíveis para a racionalidade jurisdicional está cada vez mais presente no direito nacional e tem se dado apartado de uma avaliação da racionalidade da nossa jurisdição” (p. 105).

Eis o ponto central do debate: no Brasil, as decisões não são construídas a partir de uma racionalidade desenvolvida através do aprimoramento das fundamentações dentro de um todo coerente, coeso e uniforme dentro cadeia construtiva do Direito. Isso causa instabilidade e ofende a integridade do sistema. O resultado desta condição é preocupante:

[...] formação de padrões decisórios, especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam. Os acórdãos escritos dos tribunais são mero registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal. A decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes dos órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões para decidir (RODRIGUES, 2013, p. 107).

Como dito alhures, o texto citado foi escrito antes da edição do CPC/15 e, como visto, já expressava claramente uma preocupação com a deficiência argumentativa do arcabouço jurisprudencial no Brasil. De qualquer sorte, a opção legislativa está fomentando uma maior reflexão pelos atores do direito acerca de tais deficiências na busca da otimização e aperfeiçoamento do sistema normativo, o que já é um alento.

## 5 CONCLUSÃO

Já se passaram seis anos desde a edição do Código de Processo Civil de 2015 e, certamente, a nova sistemática de precedentes é um dos pontos de maior relevo trazido com sua promulgação. Não se trata de uma migração de sistema de *civil law* para *common law*, mas certamente, trata-se de uma aproximação ou, por que não dizer, de uma intersecção entre os sistemas. Neste panorama, a *ratio decidendi*, extraída da fundamentação da decisão, adquire substancial relevância, vez que é nela que se busca a força normativa do precedente ao qual se pretende atribuir caráter vinculativo.

Assim, a cadeia argumentativa construída ao longo do tempo traz consigo todo o supedâneo necessário para a atribuição de força normativa, sem se descuidar que cada decisão,

poderá (ou deverá) ser utilizada no futuro e como tal, os olhos do julgador não podem estar voltados exclusivamente ao passado. Para tanto, o comando legal que determina a uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência pelos tribunais, implica na inexorável observância das teorias da argumentação desenvolvidas ao longo de décadas, com vistas a construção desses sistemas.

Um interessante paradoxo é que as teorias construídas como oposição ao formalismo positivista agora estão formalmente positivadas no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 926 do CPC. Certamente, em um auditório imaginário, qual seja uma sala de aula em que um professor de Direito Processual Civil discursa sobre o Capítulo I, do Título I do Livro III do respectivo código, deverá obrigatoriamente “justificar” as “razões” teóricas, optadas pelo legislador para inserir tais “palavras” do artigo 926, o que fatalmente fomentará o debate, a discussão e a argumentação, campo fértil para o desenvolvimento desta imprescindível teoria no Brasil.

Quiçá, seja a partir deste ponto na história do direito pátrio que se irá construir uma teoria própria, com as nuances e vicissitudes desse país de dimensões continentais, com qualidades e problemas de mesma proporção.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- CARNEIRO, Claudio; LEMOS, Marcos. O movimento pós-positivista e a “visão” neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, jul./dez. 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- PUGLIESE, William Soares; RUTANO, Leandro José. **CONSIDERAÇÕES SOBRE A NORMA DE PONDERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**. Revista dos Tribunais : Revista de Processo, Curitiba, v. 268, ed. 1, 2017.
- RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.
- TELES PIRES, Terezinha Inês. Teorias da argumentação jurídica e a prática discursiva do Supremo Tribunal Federal: metodologias analíticas e estudo de casos (AC 4.070/DF e ADI 5526/DF). **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 102-127, 2019.