

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

VINICIUS PINHEIRO DE SANT'ANNA

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS (JURISPRUDÊNCIA E COMENTÁRIOS À
TENTATIVA DE SUA POSITIVIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL).**

VITÓRIA

2011

VINICIUS PINHEIRO DE SANT' ANNA

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS (JURISPRUDÊNCIA E COMENTÁRIOS À
TENTATIVA DE SUA POSITIVIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL).**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior

VITÓRIA

2011

VINICIUS PINHEIRO DE SANT' ANNA

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS (JURISPRUDÊNCIA E COMENTÁRIOS À
TENTATIVA DE SUA POSITIVIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL).**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Aprovada em 30 de junho de 2011.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Orientador

Prof. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen
Membro (PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior
Membro Externo

Dedico esse trabalho ao Professor José Pedro Luchi por despertar meu interesse na ciência filosófica.

“Estamos habituados a julgar os demais por nós mesmos e, se de nossos defeitos complacientemente os absolvemos, condenamo-los severamente por não terem as nossas qualidades.”

Balzac.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela oportunidade de chegar ao fim de mais uma etapa no meu eterno aprendizado.

Aos meus pais, de quem recebi a maior lição: Amor.

Para Mônica, companheira dos meus sonhos e ideais.

À minha obra maior, Marina, filha querida que me faz tentar ser a cada dia uma pessoa melhor.

Aos filhos que a vida me presenteou – Melina e Eric – por me fazerem enxergar que família também é escolha.

Aos companheiros de escritório e aos amigos que souberam entender, perdoar e suprir minhas ausências.

Aos Professores e amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, em especial aos Professores Francisco Vieira Neto, Adriana Pereira Campos e Valesca Raizer Borges Moschen, pelo carinho e acolhimento no processo desta Dissertação.

De forma especial agradeço ao meu orientador Hermes Zaneti Júnior, pelos questionamentos nos momentos adequados e paciência na condução ao longo desta caminhada, além das preciosas lições jurídicas e de vida que foram decisivas para a conclusão deste estudo.

Dirijo, também, agradecimento aos servidores da Secretaria do Mestrado, especialmente a Luciano Marchesi Marques, e a todos os colegas de caminhada, bem como aos meus alunos da graduação de Direito da Ufes, no período em que atuei como professor substituto, por terem despertado a sede de conhecimento em minha alma.

RESUMO

A argumentação jurídica desenvolve um papel fundamental no processo civil, sobretudo quando a sociedade e o meio jurídico reconhecem a necessidade e revelam intenções de estabelecer normas que visam a estruturar as decisões judiciais, que já devem ser, todas, públicas e motivadas. O parágrafo único do art. 477 do Projeto do Código de Processo Civil (PL 166/10), embora timidamente, possui o nítido propósito de positivizar no ordenamento jurídico processual norma que imponha que as decisões judiciais, em determinadas circunstâncias, deve ser mais transparentes e bem elaboradas, em situações em que o material legislado não se apresenta suficientemente pronto. O trabalho pretende apresentar outra proposta redacional ao dispositivo, algo que melhor atenda ao estágio atual da teoria da argumentação jurídica. Promover-se-á, então, descrição da teoria de Alexy, para melhor compreensão de suas características e propósitos. Após isso, far-se-á análise de casos julgados pelos tribunais superiores, constatando que a metodologia apreendida e diversos conceitos da teoria de Alexy já são utilizados pela jurisprudência dos tribunais superiores. Diante disso, as propostas redacionais serão apresentadas, estabelecendo-se premissas que, seguindo critérios de racionalidade próprios da teoria de Robert Alexy, devem conduzir a atividade do juiz diante de conflitos entre princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

ABSTRACT

The legal reasoning plays a fundamental role in civil proceedings, especially when the society and the law recognize the need and demonstrate intent to establish standards that aim to structure the judicial decisions that have to be all public and motivated. The sole paragraph of art. Project 477 of the Code of Civil Procedure (PL 166/10), although reluctantly, has the apparent purpose of positivize on legal procedural rule requiring that judicial decisions in certain circumstances, be more transparent and well prepared, in situations legislated in which the material is not presented sufficiently ready. The paper intends to present another proposal to the editorial device, something that best suits the current stage of the theory of legal reasoning. Promote It will then describe the theory of Alexy, to better understand its characteristics and purposes. After that, it will be far analysis of cases decided by higher courts, noting that the methodology and seized several Alexy's theory concepts are already used by case law from higher courts. Given this, the redactional proposals will be presented, establishes premises that, following its own criteria of rationality Robert Alexy's theory, should lead to activity before the judge conflicts between principles, vague legal concepts and general clauses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O QUE É A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA?	15
1.1. Brevíssimas considerações sobre seu surgimento	15
1.2. Da teoria de Robert Alexy	17
1.2.1. Das regras e formas do discurso prático geral	26
1.2.2. Das regras e formas do discurso jurídico	29
1.2.3. Considerações sobre as regras dos discursos	35
1.3. Regras e princípios (e máximas)	37
1.3.1. Considerações preliminares	37
1.3.2. A distinção entre regras e princípios (e máximas)	39
1.3.3. A máxima da proporcionalidade (ou princípio da proporcionalidade)	44
1.4. Conclusões	45
2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA – ANÁLISE DE CASOS ...	47
2.1. Usos da argumentação jurídica na jurisprudência dos tribunais superiores	47
2.2. Caso “gleba”	48
2.2.1. Ementa	48
2.2.2. Contexto	48
2.2.3. Análise	50
2.3. Caso “Quinto Constitucional”	53
2.3.1. Ementa	53
2.3.2. Contexto	53
2.3.3. Análise	55
2.4. Caso “Ação Direta”	57
2.4.1. Ementa	57
2.4.2. Contexto	58
2.4.3. Análise	59
2.5. Caso “Responsabilidade do proprietário do veículo”	61
2.5.1. Ementa	61

2.5.2. Contexto	61
2.5.3. Análise	64
2.6. Caso “Posições Jurídicas Judicializáveis”	66
2.6.1. Ementa	66
2.6.2. Contexto	66
2.6.3. Análise	67
2.7. Conclusões	69
3. COMENTÁRIOS À TENTATIVA DE POSITIVIZAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PROJETO DO CPC (PREMISSAS PROVISÓRIAS)	71
3.1. Dispositivos do Projeto/Anteprojeto do Código de Processo Civil.....	71
3.2. Imperfeições terminológicas importantes	73
3.3. Dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.....	75
3.3.1. Premissas provisórias para conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais... 78	
3.4. Das cláusulas gerais e princípios jurídicos.....	79
3.4.1. Premissas provisórias para colisão entre princípios	87
3.5. Além dos suportes fáticos expressos	88
3.6. Conclusões	90
CONCLUSÕES	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (JURISPRUDÊNCIA E COMENTÁRIOS À TENTATIVA DE SUA POSITIVIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL).

INTRODUÇÃO.

De acordo com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988,¹ as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade.

O que antes apenas se deduzia do disposto no §4º do art. 153 da Constituição de 1969,² passou a princípio constitucional explícito a partir da Constituição atual. Isso se dá após destaque para sua *função política*, já que a publicidade e a motivação autorizam a sociedade como um todo (e não apenas as partes envolvidas no processo em que proferida) a aferir, de fato, a imparcialidade do juiz, a legalidade e a justiça das decisões.³ O referido dispositivo da

¹ Cf. art. 93, inc. IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Em 23/03/2011.

² Dispõe o art. 153 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 que: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça. § 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. §4º **A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.** O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977) (cf. BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm. Em 18/02/2011 destaque não-original).

³ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68; e BARBOSA MOREIRA, J.C. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de Direito Processual – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 86 e s. De acordo com Câmara, “A motivação da decisão é essencial para que se possa verificar se o juiz prolator da decisão era ou não imparcial. Isto se dá por uma razão. Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados. Trata-se, pois, de mais uma garantia ligada à ideia de processo justo, de devido processo legal. A motivação das decisões judiciais é essencial para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – vol. 1*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 56). Nesse mesmo sentido, afirmam Didier Jr. e outros que se trata de “função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 265).

Carta da República de 1988 em vigor traduz, portanto, norma que possui, além do caráter jurídico, evidente relevância político-social.

O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais encontra, ainda, regramento específico na disciplina processual civil,⁴ e tanto é assim que o processo civil impõe estrutura formal própria aos provimentos judiciais, o que se extrai diretamente, do artigo 458 do Código de Processo Civil,⁵ que estabelece que a fundamentação, assim como o relatório e o dispositivo, é “requisito essencial” da sentença (*rectius*: das decisões judiciais). O art. 165 do CPC reforça-o: “as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”,⁶ assim como também seu art. 131 do CPC, que estatui o princípio da livre motivação racional ou princípio da persuasão racional. O artigo 11 do Projeto do CPC (PL nº. 166/10) praticamente repete os dizeres constitucional. A exigência de fundamentação representa particular importância para o direito processual civil por uma razão muito direta: está ligada ao exercício do direito de se insurgir contra decisões judiciais, seja mediante o manejo dos recursos próprios, seja por ações autônomas de impugnação das decisões (ação rescisória – art. 485 do CPC, embargos de terceiro – art. 1.046 do CPC, mandado de segurança – art. 5º, LXIX, CF, *habeas corpus* – art. 5º, LXIX, CF, etc.).⁷

Não obstante esse caráter jurídico, a indisfarçável feição política⁸ do disposto no art. 93, IX, da CF,⁹ e também por ser visto como direito fundamental,¹⁰ não deixa que se separe a obrigatoriedade de uma decisão pública e fundamentada de certo ideal democrático.

⁴ Assim como também, na do processo em geral, *e.g.*, no processo penal e trabalhista, e, também, no processo administrativo (processo aqui visto como o “encadeamento de eventos destinado à *formação ou execução* de atos jurídicos – (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 95) conforme, respectivamente, os artigos 382 do Código de Processo Penal Brasileiro e 832 da Consolidação das Leis Trabalhistas, e artigos 2º, 50, e seus parágrafos, da Lei Federal nº. 9.784/99.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*, promulgado em 11 de janeiro de 1973. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Em 23/03/2011.

⁶ *Idem*.

⁷ Cf., por todos, BARBOSA MOREIRA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13 ed. Rio de Janeiro, 2006, v. 5, p. 229.

⁸ Para Câmara, “[n]ão deve causar espanto nossa afirmação de que um princípio do Direito Processual deva ser analisado sob um enfoque político. O jurista precisa ter consciência de que, na verdade, não existe um “mundo jurídico”, isolado da realidade. O Direito não pode ser visto apenas como uma ciência interpretativa e normativa, mas como uma ciência que precisa, como todas as outras, retratar a realidade e o mundo dos fatos. Este mundo, o real, é eminentemente político (afinal, o homem é um animal político). Além disso, não se pode esquecer que o Direito Processual é ramo do Direito Público e, nesta qualidade, examina atividades estatais, as quais – notoriamente – são regidas por finalidades políticas.” (CÂMARA, *op. cit.*, p. 50).

⁹ Isso conduz o preceito, naturalmente, a uma normatividade constitucional, manifestando-se como *direito fundamental* à obtenção de decisão fundamentada, ainda que não inserido o dispositivo no capítulo dos “direitos e deveres individuais e coletivos”, conforme se pode inferir do §2º do art. 5º da CF, que estabelece: “[o]s

Para Robert Alexy, a tensão entre a *representação política* (parlamento) e a *representação argumentativa* (tribunal), gerada pela ação do tribunal constitucional¹¹ na atribuição de guardião dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, é visto acima do processo democrático,¹² uma vez que a positivação dos direitos do homem, que os “transforma” em direitos fundamentais,¹³ não anula a validade dos direitos do homem como direitos morais, dada a suprapositividade desses direitos.¹⁴ Alexy sustenta que somente se pode legitimar¹⁵ e considerar exitosa a representação argumentativa sobre a política se possível uma solução racional do problema da colisão dos direitos fundamentais entre si e entre os direitos fundamentais e os bens coletivos. Nesse desiderato, Robert Alexy propõe uma teoria dos

direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CF/88).

¹⁰ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC (Análise e Proposta). In: *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 40, Jan/Fev 2011.

¹¹ “As funções instrumentais dos tribunais são as seguintes: resolução dos litígios, controle social, administração e criação de direito. (...) A função de criação do direito por parte dos tribunais é, de toda a mais problemática, sobretudo nos países de tradição jurídica europeia continental. (...) ... deixando de lado a arquitetura constitucional e olhando mais as práticas judiciais cotidianas, há muita criação de direito nos tribunais, tanto nos países da *common Law* como nos países do direito europeu continental. (...), e de algum modo destinada a aumentar de importância nas circunstâncias que parecem estar a prevalecer no terceiro período jurídico-político, o período pós-Estado-providência. A criação intersticial do direito prospera, de fato, à medida que colapsam os princípios de subsunção lógica na aplicação do direito. Ora, muitas das características do terceiro período não fazem senão aprofundar tal colapso, como seja, entre outras, a emergência de normatividade particularista e negociada, a complexidade crescente dos negócios traduzida no uso cada vez mais frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa fé e de equidade, a pressão formal ou informal sobre os juízes para agirem mais como mediadores do que como julgadores. Todos esses fatores fazem com que se atenuem ou sejam cada vez mais difusas as fronteiras entre a criação e a aplicação do direito. É nessas fronteiras que a criação judicial do direito tem lugar” (SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm . Acesso em: 24/03/2011).

¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Huck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 11 e 53-4. Para Alexy, “[o] cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos”(ibidem, p. 54). Vide também: ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional - O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, pp. 167-8.

¹³ Destaca, Hermes Zaneti Jr., que “os direitos fundamentais são conquistas históricas dentro do Estado, sem serem ‘confináveis a uma época’ e são políticos, à medida que superam a abstração do indivíduo, para aderir ao sujeito, à pessoa, não sendo apreensíveis de todo, e não são estáticos, estão sempre em constante mutação, não se limitando ao institucionalizado” (cf. idem – destaques não constam no texto original).

¹⁴ Segundo Alexy, “[p]ara a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, vale moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional pode ser justificada” (ALEXY, op. cit. 47).

¹⁵ Sempre que o protagonismo judiciário ocorre três questões se levantam: a da legitimidade democrática, já que os magistrados são agentes não eleitos; da capacidade, *i.e.*, se há recursos para dar efetividade a suas decisões; e da independência, financeira ou quando se vê confrontado pelos demais “poderes” (cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 23.03.09).

princípios, em que a máxima da proporcionalidade exerce um papel determinante¹⁶ e dá racionalidade ao discurso.¹⁷

Dessa conclusão, extrai-se algo que é de fundamental importância para o trabalho, pois, apesar de a teoria da argumentação jurídica estar amplamente difundida nos meios acadêmicos e também na prática forense (ainda que às vezes sem remissão expressa),¹⁸ agora há tentativas concretas de institucionalização da argumentação jurídica na lei processual, pelo menos no que toca à metodologia oferecida para a estrutura das decisões judiciais.

A partir da compreensão de determinados aspectos relevantes da teoria de Robert Alexy e do uso que os tribunais superiores no Brasil fazem da argumentação, entende-se como razoável analisar dispositivo do Anteprojeto na sua versão atual em que aprovada no Projeto do Código de Processo Civil e de conferir-lhe conteúdo um pouco mais elaborado e mais próximo da argumentação jurídica nos moldes em que concebe Alexy.

Esse é o objeto desse ensaio. Vale conferir o que dispunha, antes, o parágrafo único do art. 472 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 9-12. De acordo com Alexy, “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” e “[p]rincípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 116 e 114). Para Bonavides a adoção do princípio da proporcionalidade surgiu da constatação de que as declarações de direitos passam de declarações político-filosóficas a atos vinculantes, o que se deu por obra da doutrina e jurisprudência na Alemanha e Suíça (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 399). Dimoulis, por sua vez, destaca que as experiências constitucionais germânicas, do nominalismo constitucional ao atual estado da força normativa da constituição, servem como modelos aplicáveis ao direito constitucional brasileiro (DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, RT, 2009, 235). Não obstante, sustenta que a proporcionalidade, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, foi recepcionada, no Brasil, pela doutrina e da jurisprudência de Portugal, e reconhece que atualmente a bibliografia brasileira se inspira diretamente pelos debates na Alemanha (ibidem, 165).

¹⁷ “A racionalidade do discurso se define por um conjunto de regras do discurso”. “Um discurso racional prático é um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos” (ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. *Isonomia*01_03, p. 48. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf?portal=4. Em 26/03/2011).

¹⁸ Brasil Júnior sustenta que antes de se tornar disciplina autônoma da ciência jurídica, “a Ciência Processual já utilizava a argumentação para justificar e legitimar as decisões judiciais, mesmo sem destacar explicitamente o método argumentativo” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007 – nota 3, p. 52).

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.¹⁹

Com a versão recentemente modificada, aprovada no Senado Federal e remetida à Câmara, o dispositivo recebeu novo número e redação mais enxuta:

Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. **Parágrafo único.** Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.

Lidos os textos legais transcritos, correspondentes a duas versões do mesmo dispositivo do Anteprojeto e do Projeto do CPC, respectivamente, e portanto conhecidas as situações sobre as quais deve haver racionalidade, propor-se-á, para os suportes fáticos encontrados, os seus respectivos consequentes.

Pretende-se atingir esse objetivo, reforça-se, a partir do estudo da argumentação jurídica na concepção de Robert Alexy, pois se admite como razoável reconhecer a presença de sua teoria nos pronunciamentos dos tribunais e, por outro lado, que sua institucionalização é iminente desde o que consta no dispositivo do Projeto. Dessa premissa, é que parte o trabalho. Por isso, não serão levantadas as resistências à teoria de Alexy. O propósito é descrever a teoria de Robert Alexy da maneira mais fiel possível, sem, portanto, criticá-la. Dar-se-á preferência a escritos do próprio autor como referência.

Após o destaque para os conceitos relevantes da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, serão analisadas decisões dos tribunais superiores que enfrentam casos que dela supostamente se utilizam. Constatando-se sua aplicação, o dispositivo do Projeto é que sofrerá

¹⁹ Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 381. Versão original do anteprojeto.

análise visando à identificação dos diversos “suportes fáticos”²⁰ (circunstâncias em que se exigirá do intérprete/aplicador o uso da argumentação jurídica) da possivelmente futura norma processual e, sem maior complexidade, os respectivos consequentes normativos, isto é, a forma que o juiz deve estruturar sua decisão em cada caso.

Assim, o estudo possuirá três capítulos, além da introdução e conclusão. Num primeiro, será estudada a própria *teoria da argumentação jurídica*, basicamente no que for essencial para sua utilização no bojo dos provimentos judiciais, embora ela não se refira somente a isso. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy se apresentará, inicialmente, como uma “aproximação” de diversas teorias que surgem,²¹ todas, a partir do reconhecimento de que a norma jurídica não fornece, de antemão, todas as respostas para os problemas da vida e que a subsunção afigura-se incapaz de resolver todos os problemas colocados aos juristas, e, por fim, que “*rejeita a lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos*”²². A compreensão de alguns conceitos é importante para entendimento da teoria de Robert Alexy. Serão definidos, por exemplo, a pretensão de correção do direito, o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, a distinção entre regras e princípios e a máxima da proporcionalidade.

No segundo, proceder-se-á um exame de casos, colhidos arbitrariamente e por amostragem, de julgados dos tribunais superiores. Constatar-se-á, sem dificuldades, que os órgãos judiciais há muito se valem da argumentação jurídica (e geral) no âmbito da fundamentação das

²⁰ Nesse sentido: “a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (=suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (=efeitos jurídicos)” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20) Aqui o termo (“suporte fático”) dirá respeito à entidades jurídicas, e não a coisas do mundo (as cláusulas gerais, o conceito indeterminado, os princípios).

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 43. Hermes Zaneti Junior destaca a noção de *cooperação* que orienta o estudioso na busca da identificação dos *platôs de entendimento filosófico*, sem privilégio para o *absolutismo de valores*: “[a]s teses têm limite temporal, a pesquisa também. Importa tomar a linha do cientista pró-ativo que busca identificar os platôs de entendimento filosófico em uma crítica da estrutura ontológica na forma fraca, evitando a diluição do conteúdo do discurso em uma vazia tentativa de superação (bem identificada nas ciências modernas com pretensão totalizante). Antes, será necessária a adoção de uma postura de cooperação, para a identificação dos pontos comuns, o que de resto é natural, na tentativa de entendimento nas sociedades pluralistas. Fora isso, só resta o absolutismo de valores.” (ZANETI JUNIOR, Hermes *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 58). A propósito desse “aproveitamento” de doutrinas parciais (com o que indubitavelmente parece se buscar maior “adesão” dos estudiosos, além de demonstrar vasto e profundo conhecimento teórico), nota-se que mesmo no caso da Física (categorizada como ciência da natureza) não vigora uma teoria unificada completa e em seguida reconhece que “o princípio da incerteza parece ser a característica fundamental do universo em que vivemos. Uma teoria bem-sucedida deve, portanto, necessariamente incorporar este princípio” (HAWKING, Stephen, MLODINOW, Leonard. *Uma nova história do tempo* (tradução: Vera Paula de Assis). Rio de Janeiro, 2005, pp. 121-2).

²² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 45.

decisões judiciais, o que possibilita maior controle sobre o ato decisório. Evidenciar-se-á que ela já está solidificada em pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, nos julgamentos dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*).²³

No terceiro capítulo, como adiantado, promover-se-á uma análise do dispositivo do Projeto do Novo Código de Processo Civil relacionado com a teoria da argumentação jurídica, apontando definições, conceitos e distinções dos seus diferentes *suportes fáticos*, na intenção de apresentar eventuais imprecisões terminológicas importantes, e de identificar, assim, as situações que reclamam a argumentação jurídica, na pretensão de encontrar uma redação que melhor garanta a aplicação da argumentação jurídica no atual estado da teoria.

Na conclusão, quer-se, a partir do que se inferiu do exame dos julgados e da análise das tentativas de positivização da argumentação jurídica no processo civil, evidenciar a essencialidade da argumentação jurídica para a estrutura formal da sentença.

Espera-se que o presente trabalho possa suscitar, no meio acadêmico e nos profissionais do Direito, interesse maior e estudos realmente profundos acerca da argumentação jurídica no Brasil no seio do processo civil, assim como dos conceitos, institutos e categoriais que lhe seguem, especialmente pela importância atual do tema para a teoria e filosofia do direito.²⁴ Como anota Atienza, os estudos sobre a argumentação jurídica constituem, atualmente, “um dos principais centros de interesse da atual teoria e filosofia do Direito. De certo modo, a teoria da argumentação jurídica é a versão contemporânea da velha questão do método jurídico”.²⁵

²³ De acordo com Alexy, casos difíceis são aqueles em que “são necessárias valorações adicionais, que não se deixam desprender somente do material fundado em autoridade dado” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 39-40).

²⁴ Cf. Dimoulis a “metodologia da aplicação do direito (interpretação)” é um dos objetos da teoria do direito (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político* - Coleção Prof. Gilmar Mendes; vol. 2. São Paulo: Método, 2006, p. 28).

²⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 118.

1. O QUE É A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA?

1.1. Brevíssimas considerações sobre seu surgimento.

Para Marinoni, a aplicação da norma não se restringe à subsunção das regras legais ao caso particular. De acordo com esse autor, “geralmente, senão sempre, a decisão judicial exige que a argumentação recaia em pontos que não podem ser dedutivamente expostos”. Assim, quando se ultrapassa os domínios tradicionais do que se concebe como o saber jurídico, verifica-se o que se chama de um discurso prático e moral.²⁶ Em igual sentido, Samuel Meira Brasil Júnior²⁷ afirma que “a argumentação não se limita ao aspecto formal de validade do raciocínio (justificação formal ou interna ao argumento), mas estende-se à correção das premissas e da conclusão (justificação material ou externa ao argumento)”. Entende-se, portanto, que a lógica clássica (formal) revela-se insuficiente para a solução dos problemas jurídicos e fundamentação e controle das decisões judiciais. A insatisfação com os resultados da lógica formal produziu novas perspectivas de interpretação jurídica como a tópica e a retórica com base no modelo argumentativo, o que, segundo Brasil Júnior, se trata de uma ruptura de paradigma, pois a decisão passa a ter como escopo a justificação dos argumentos na aplicação das normas.²⁸ De acordo com Amaral, a lógica jurídica formal, mesmo útil, não pode ser absoluta, opondo, inclusive, à concepção mecânica do silogismo, a pragmática, que seria “a busca de soluções ideologicamente aceitáveis e socialmente justas”²⁹. Segundo Atienza,³⁰ o que se compreende atualmente como argumentação jurídica surgiu em meados do século XX e, como a doutrina citada, também sustenta que tem em comum a “rejeição da lógica formal como instrumento para analisar raciocínios jurídicos”. Atienza elege como as três concepções mais relevantes à tópica de Wiehweg, a *nova retórica* de Perelman e Olbrecht-Tyteca e a *lógica informal* de Toulmin.³¹

²⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 243.

²⁷ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 53.

²⁸ BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 52.

²⁹ AMARAL, Francisco, *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 91-3. Miguel Reale também sustenta que o modelo contemporâneo deve se render a uma metodologia *dialética*, em que se deve “argumentar por problemas e contraposições” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90).

³⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 45.

³¹ As obras que inauguraram os pensamentos dos referidos autores são, respectivamente, as seguintes: *Tópica y jurisprudencia* (WIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, Traducción de Luis Díe-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964) *Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique* (PERELMAN, Chäim, & OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Traité de l’argumentation: la nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958) 1950, e *The uses of argument* (TOULMIN, Stephen E., *The uses of argument*. Cambridge University Press, 1958). Também

Bonavides³², da mesma forma, salienta a relevância da tópica, afirmando que ela consiste, ao mesmo tempo, em técnica de investigação de premissas e teoria da natureza de tais premissas e do uso dessas na fundamentação jurídica. Compara-a em importância para o debate científico contemporâneo apenas com a teoria pura do Direito de Hans Kelsen:

“A tópica é o tronco de uma grande árvore, que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos, sobretudo quando reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias retóricas, argumentativas e consensuais, atadas a essa realidade, uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à praxis e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional. Neste ponto já se pode dizer que a tópica ultrapassa, a um tempo, o sociologismo no Direito, o formalismo normativista e o jusnaturalismo, bem como a concepção sistêmica e dedutivista, de cunho meramente formal, com antecedências clássicas no pandectismo e na jurisprudência dos conceitos.”

Maliska sustenta que a tópica pertence ao campo da dialética (método de raciocínio sobre problemas a partir de opiniões geralmente aceitas), que se contrapõe ao método cartesiano de solução de problemas matemáticos, especialmente por admitir mais de uma resposta e requerer um entendimento preliminar, do que se serve de um catálogo de *topoi* (“um repertório de pontos de vista preparados de antemão”).³³

atribuem aos mesmos o início dessa mudança paradigmática Brasil Júnior (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.) e Marinoni (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 243; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, RT, 2008, p. 126).

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 497-8.

³³ Cfr. palestra proferida por Marcos Maliska, professor da graduação e do mestrado da UniBrasil, em 29/07/2007, Wrocław, Polônia, sob o título *A influência da Tópica na Interpretação Constitucional*: http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf. Em 09/03/2011. O que se aponta como ponto de partida das teorias da argumentação jurídica não está ignorado pela doutrina nacional de vanguarda, que vem conferindo cada vez mais vigor e atualidade à Tópica de Theodor Wieweg. Zaneti Jr. aplica o pensamento tópico ao processo, já que, estabelecida a “pretensão de correção” como *condição do jogo* (as partes e o juiz pretendem argumentar racionalmente), o pensamento tópico revela-se, no debate judicial democrático concretizado no procedimento, como instrumento adequado para identificação do “problema” (as premissas da discussão) (ZANETI JUNIOR, Hermes *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 86-7). Martins-Costa, por seu turno, se utiliza da tópica na aplicação das normas do direito material. Após salientar, na atividade lógico-substantiva, a necessidade “de que a prescrição normativa esteja completa e contenha indicação pontual das consequências”, a autora destaca que há situações em que isso não será possível (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 366), e que essa ausência de *relação de identidade* (entre o fato concreto a o suporte fático) dará lugar a uma “*relação de semelhança*, ou com casos figurados na realização jurisprudencial precedente, ou indicados pela *communis opinio*”, situações em que surge a argumentação *através do exemplo* e a resposta é *alcançada topicamente*, a que atribui a função *ressistemizadora* das cláusulas gerais. Nas palavras de MARTINS-COSTA: “A resposta à determinação de qual dessas consequências se configurará concretamente não será encontrada, contudo, mediante uma *relação de identidade*, como ocorre nos casos sujeitos à subsunção, mas através de *relações de semelhança*, ou com casos figurados na realização jurisprudencial precedente, ou indicados pela *communis opinio*, assim entendido o que vem sendo consagrado através de processos, lentos, mas

Basta, contudo, para os fins desse trabalho essas noções da tópica, como tese, portanto, que, rompendo com paradigma anterior do pensamento jurídico (baseado numa razão demonstrativa), sustenta a possibilidade de se estabelecer premissas prováveis (não evidentes) sem que isso signifique abandonar a racionalidade (razão não é apenas o que investiga verdades como algo que corresponde às coisas do mundo).³⁴

Robert Alexy delimita o uso da tópica na sua teoria. Para esse autor, a tópica interessa como teoria sobre a *natureza das premissas*, exatamente porque nesse sentido argumentar topicamente não pressupõe enunciados verdadeiros, nem arbitrariamente definidos, mas enunciados verossímeis, plausíveis, geralmente aceitáveis ou prováveis.³⁵ Assim, embora não poupe críticas à tópica, admite que sua teoria assume, em um sentido, as intenções da tópica formal, que, segundo a proposta de Wiehweg, possui como objeto as regras da pragmática da linguagem (relação entre signos, falante e situação); além de conservar a tese de que mesmo quando não são possíveis fundamentações concludentes ainda há campo para a decisão racional.³⁶ Por isso, é possível, nesse sentido, considerar a tópica de Theodor Wiehweg como importante ponto de partida para as teorias da argumentação jurídica,³⁷ sendo que é a de Robert Alexy que será utilizada como padrão neste ensaio.

1.2. Da teoria de Robert Alexy.

Como adiantado, Robert Alexy sustenta que a decisão jurídica não pode ser deduzida, em muitos casos, de norma legal, costumeira ou de precedentes, elegendo quatro situações importantes: “a vagueza da linguagem do direito; a possibilidade de contradições normativas;

contínuos, da elaboração do direito. Daí surge a questão da argumentação *através do exemplo*, a qual não tem natureza propriamente lógica, mas quase-lógica. A resposta, enfim, *foi alcançada topicamente*, atuando a boa-fé como o *topos* que possibilitou a solução do problema. Ao mesmo, a resposta, finalmente dada, passará a integrar, então, a experiência jurídica, por forma a alargar os contornos do sistema. É nesse sentido que se afirma que as cláusulas gerais têm função *ressistemizadora*” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p.369).

³⁴ Sobre as diversas concepções e uso das terminologias dialética, tópica e retórica, seus sentidos jurídicos, e polêmicas que giram em torno delas, ver artigo do professor Paulo Ferreira da Cunha, da Universidade do Porto: <http://www.hottopos.com/mirand14/pfc.htm>. Acesso em 09/03/2011.

³⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 40.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 41-43 e nota 72 da p. 42.

³⁷ A tópica apenas expõe os primeiros passos, “o ponto de decolagem do processo argumentativo” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 56). Ainda de acordo com Manuel Atienza, as que têm maior interesse e talvez as mais discutidas e alcançaram maior difusão forma as de Neil MacCormick e Robert Alexy (ibidem, p. 118).

a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se; e, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma”.³⁸

Robert Alexy pontua alguns pressupostos e também estabelece as suas intenções. Logo de início de sua obra, Alexy indica as ideias fundamentais da sua investigação, reputando útil para suas indagações o resultado das discussões éticas da filosofia da linguagem e dos da teoria da argumentação que está em desenvolvimento, e salienta que concebe argumentação jurídica como atividade linguística que trata da correção de enunciados normativos, designando essa atividade, portanto, como “discurso prático”.

Adota, Alexy, postura que denomina “analítico-normativa”, uma vez que refere a estrutura lógica dos argumentos efetuados ou possíveis e porque estabelece e fundamenta para a racionalidade do discurso.

Considera de importância nuclear a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois os enunciados normativos apresentam, em ambas as formas de discurso, uma “pretensão de correção”, mas o discurso jurídico possui uma série de condições que o limitam, como a subordinação à lei, aos precedentes obrigatórios e à dogmática, e, no caso do processo judicial, ao estabelecido pela ordem processual. O que Alexy visa é a estabelecer um conjunto de regras e formas com o propósito de criar um “código da razão prática” como grupo de regras e formas (cinco grupos de regras de um total de vinte e duas e uma tábua de seis formas de argumentos) cuja adoção autorize um resultado fundamentado que possa apresentar uma pretensão de correção.³⁹

Segundo Alexy, as regras do discurso definem um processo de decisão em que não determina o que deve ser tomado como base da decisão e nem prescreve todos os passos a serem seguidos, mas estabelece regras com tão pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente distintas possam estar de acordo com elas, mas tão sólidas que uma discussão realizada de acordo com elas possa ser qualificada como racional.⁴⁰ Nesse

³⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36; ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 23-4.

³⁹ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 34-7.

⁴⁰ Nas palavras de Alexy: “propor regras que, por um lado, sejam tão frágeis, é dizer, que tenham tão pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente diferentes pudessem estar de acordo

sentir, destaca que que essa fragilidade se confirma na medida em que as regras do discurso permitem um cumprimento apenas aproximado, mas ressalta que isso, todavia, não as priva de sentido, pois malgrado a reconhecida impossibilidade de certeza definitiva na seara do discursivamente necessário e do discursivamente possível, avalia suficientemente válida sua empreitada se servirem as regras para explicar a pretensão de correção como critério de correção dos enunciados normativos, de maneira que uma norma ou mandado que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso possa ser qualificada como “justo”.⁴¹

Embora sustente que o discurso jurídico se assenta nas regras e formas do discurso prático geral, Alexy salienta que aquele está limitado pela lei, precedente, dogmática e, no caso do discurso jurídico judicial, pelas regras processuais (o discurso jurídico se divide em quatro níveis como se verá mais adiante). Por isso, segundo Alexy interessa estabelecer também (além do código da razão prática geral, cujos critérios, regras e formas de argumentos ainda serão conhecidos) as regras segundo as quais as condições do discurso jurídico devem ser consideradas e as formas de argumentos que servirão de referência. Destaca, assim, as relações existentes entre a argumentação prática geral e a argumentação jurídica (do caso especial), que significariam três coisas diferentes. Em primeiro lugar, pode se considerar que o processo de fundamentação ou reflexão deve ocorrer de acordo com os critérios do discurso prático geral e que a fundamentação jurídica serve apenas para legitimar secundariamente o resultado assim obtido, o que implicaria dizer que, em todos os casos que a solução não decorrer da lei, o discurso jurídico não seria outra coisa que o discurso geral com fachada jurídica (“tese da secundariedade”). Em segundo lugar, pode-se afirmar que a argumentação jurídica somente chega a um determinado ponto e que daí em diante entra a argumentação prática geral (“tese da adição”). Em terceiro lugar, pode se entender que o uso dos argumentos especificamente jurídicos se intercala em todos os níveis com o dos argumentos práticos gerais (“tese da integração”).

Essa última concepção é exatamente de que parte a tese de Alexy. Entretanto, adianta que a afirmação da “tese da integração” não responde como se implementa essa conexão, restando o desafio de se estabelecer como ela se determina, ou como se dá, nas palavras de Esser, a

com elas, mas que, por outro lado, sejam tão sólidas que uma discussão realizada de acordo com as mesmas possam ser qualificadas como ‘racionais’” (ALEXY, Robert. *Ibidem.*, p. 37).

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 37-8.

relação entre o “controle de correção” (que corresponde à argumentação prática geral) e o “controle de concordância” (correspondente à argumentação jurídica específica).⁴²

Antes disso, Alexy estabelece seus pontos de partida. Primeiramente, como adiantado, Alexy admite a concepção do argumentar topicamente, em que não pressupõe enunciados verdadeiros, nem arbitrariamente definidos, mas verossímeis, plausíveis, geralmente aceitos ou prováveis, e investigando regras da pragmática da linguagem, aproveita-se da tese de que há campo para a decisão racional ainda quando não são possíveis fundamentações concludentes.⁴³ Baseado em Esser e Kriele, Alexy demonstra que é possível uma argumentação racional juridicamente, e, consente com este último em que o conceito de razão é um dos conceitos centrais da ciência jurídica e também no caminho perseguido pela escola de Erlangen, de Habermas, e de Perelman (o estabelecimento de intercâmbio mais intenso entre a ética contemporânea e a teoria do direito), aos resultados da moderna filosofia da linguagem e a dos novos trabalhos sobre o princípio da generalização.⁴⁴

Finalmente, Robert Alexy visa ao exame de *algumas teorias do discurso prático* objetivando responder a questão de como podem ser fundamentados os enunciados, proposições ou orações normativas, o que pressupõe uma teoria da linguagem normativa. Alexy considera que a análise dessa linguagem, sobretudo a normativa da moral, se intensificou muito ultimamente na filosofia analítica e formou disciplina própria denominada “metaética”, muitas das quais não são compatíveis com o discurso prático.

Alexy esclarece, oportunamente, que o modelo mais simples de discurso prático consiste numa discussão entre duas pessoas sobre se deve ser feito ou sobre se é bom, o que depende, diante do outro, de demonstrar, justificar, fundamentar a verdade (ou correção) da afirmação. Alexy parte da premissa de que a função das expressões usadas em proposições normativas não se limita a designar algo, mas sobretudo a prescrever algo.⁴⁵

⁴² ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 38 e 39.

⁴³ Cfr. ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 40.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 44-5. Robert Alexy adianta também que Luhmann não concorda com esse rumo, pois este afirma que se estaria advogando o “mito da razão”, impossível com a complexidade das sociedades contemporâneas, enquanto Alexy, apesar de afirmar a impossibilidade de discutir a teoria de sistemas de Luhmann, aduz que, embora ela seja compatível com a sua em certo sentido, o resultado da sua teoria da argumentação jurídica é seguramente um argumento contra a pretensão de totalidade da teoria de sistemas (ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 46).

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 51-6. Alexy afasta o *naturalismo* e *intuicionismo* como teorias metaéticas capazes de responder à questão de se é possível ou não a justificação moral das convicções, já que estão reduzidas a

Diante disso, Alexy concentra seu exame nas concepções do discurso moral como atividade guiada por regras. Dessas teorias, Alexy enumera o que considera resultados importantes: (a) as funções da linguagem não se restringem a descrições de objetos, propriedades ou relações empíricas ou não empíricas; (b) o discurso moral é uma atividade guiada por regras próprias que tratam do equilíbrio racional de interesses, sendo a principal tarefa de uma teoria do discurso prático racional a elaboração dessas regras, importando a diferenciação entre a descrição e análise das regras faticamente existentes (perspectiva empírica) e a justificação ou fundamentação das regras (perspectiva normativa); (c) deve-se diferenciar as *regras* da fundamentação prática das distintas *formas de argumento*; (d) as proposições normativas são *universalizáveis*, ou seja, quem aduz uma razão G em favor de uma proposição normativa N, pressupõe uma regra que diz que G é uma razão em favor de N; e (e) a argumentação prática obedece a regras que não são as da argumentação nas ciências naturais, o que não significa a negação do caráter de atividade racional daquela.⁴⁶

Em seguida, Alexy se ancora, especialmente, nas teorias do discurso de Habermas, na da deliberação da escola Earlangem, que tratam da fundamentalidade de proposições normativas (no centro de ambas as teorias se encontram discussões de questões práticas),⁴⁷ e na argumentação jurídica de Perelman, sempre reunindo elementos constantes implícita ou explicitamente nesses estudos para estruturar sua teoria da argumentação jurídica.

Da teoria da deliberação da escola de Earlangem (tentativa de aplicação do método construtivista no campo da ética), considera importante (a) a exigência de clareza e precisão linguística e que deve ser possível passar do discurso prático para a análise da linguagem

discursos empíricos. Por outro lado, aproveita algumas ideias do *emotivismo*, que prega, segundo Stevenson, que “o uso essencial dos juízos morais não consistem em referir-se a fatos, senão em *influir* alguém”. Isso contribui para a noção de que as expressões morais emitem significado capaz de modificar ou reforçar atitudes, e Stevenson, apesar de excluir a argumentação moral do campo da lógica (já que estabeleceu uma relação causal *psíquica* - não lógica - entre razões), atenta para a possibilidade de mudança de opinião mediante a discussão da gênese de uma convicção moral e diferencia fundamentação racional e fundamentação *não racional* ou *persuasiva* (embora assinale que o argumento persuasivo se une na maioria das vezes ao racional) definido aquela como a que se pode aduzir como razões fatos e essa como a que se vale de outros meios. Ademais, salienta o emotivismo também conduz ao problema central da argumentação, que se refere à questão da existência de regras que permitem distinguir fundamentações válidas de inválidas e promove análise e classificação de formas de argumentos e de argumentação, uma das tarefas nucleares do discurso prático (ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp.56-63).

⁴⁶ Apoia-se, para tanto, nas investigações de filosofia da linguagem de o último Wittgenstein e de J.L. Austin. Do primeiro Robert Alexy se auxilia do conceito de “jogo de linguagem” e do segundo, da “teoria dos atos de fala”, e segue em análise da teoria da argumentação moral de Hare, Toulmin e Baier (ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp.63-110).

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 110 e ss.

quando surgirem obscuridades na linguagem, (b) o princípio da razão prática que, ao estabelecer que os enunciados devem se dirigir a qualquer pessoa e que devem ser utilizados sem a utilização de nomes próprios e que, também, que qualquer norma submetida à discussão deve poder ser aceita, corresponde ao princípio de universalidade de Hare e do prescritivismo, e junto a isto com formulações que coincidem com o princípio da generalizabilidade de Habermas, (c) o discurso prático permite não somente conciliar desejos subjetivos e convicções normativas preexistentes, mas sobretudo modificar as convicções normativas e, assim, as concepções sobre a justificação dos desejos subjetivos, e (d) a ideia fundamental do argumento genético fático ou crítico (normativo) dos sistemas normativos, que, partindo da possibilidade de crítica da norma quanto a sua origem, admite que toda norma invocada deve poder passar por uma comprovação de sua gênese social ou individual.⁴⁸

A partir de uma sistematização e releitura, especialmente, do discurso prático de Habermas que Alexy desenvolve a teoria da argumentação jurídica como discurso prático geral.⁴⁹ Com base em Habermas, Alexy afirma que os enunciados normativos (juízos de valor ou de dever) podem ser fundamentados como as proposições empíricas, fazendo-se correspondência entre o conceito de verdade (tradicionalmente aplicado a essas) ao de “correção”, no sentido de que “a condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais”. Assim, a “verdade” passa a não mais depender da verdade da asserção, mas da sua justificação (e o conceito de verdade se transferiria, então, do nível da semântica para a pragmática).⁵⁰ Da diferença que Habermas estabelece entre duas formas distintas de *comunicação*, a ação (jogos de linguagem em que as pretensões de validade suscitadas nos atos de fala são reconhecidas tacitamente) e o discurso (que se estabelece quando são postas em dúvidas informações, *i.e.*: quando se pergunta sobre a verdade de proposições usada para transmitir as informações), Alexy define “fato” como algo que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente, sendo que o fato depende da linguagem e as proposições a respeito dos fatos dependem do discurso. Essa concepção autoriza afirmar que as diferenças entre a

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 143-56.

⁴⁹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 160.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 110 a 114.

argumentação teórica e a argumentação prática não impedem que ambas sejam concebidas como racionais.⁵¹

Por fim, há racionalidade no discurso prático (e não só no discurso teórico, relacionado a atos de fala ligados a uma pretensão de verdade sobre coisas do mundo), uma vez que se deve admitir presente a pretensão de verdade (num sentido amplo), de validade ou de correção também acerca de um juízo de valor ou de dever (se algo é bom; obrigatório, proibido ou permitido) que for questionado (problematizado), o que dependerá de um “consenso” entre os participantes do discurso, não apenas dos participantes de fato, mas dos participantes em potencial, já que deve ser “objetivamente” verdadeiro, válido, correto, noção essa que remete ao uma situação ideal de fala, de diálogo (discurso).

Ainda baseado em Habermas, Alexy afirma que as condições de liberdade e simetria precisam ser verificadas, evitando-se contingências exteriores ao discurso e coações decorrentes da própria estrutura do discurso, o que Alexy chamará de “regras da razão”.⁵²

De Perelman, Alexy ainda aproveita três pontos relevantes: (a) o conceito de auditório universal, que considera próximo a de situação ideal de diálogo de Habermas (a norma pode ser generalizada se todos podem estar de acordo com ela), (b) a universalidade dos conceitos e atitudes atrelada a certo contexto sócio histórico e (c) o fato de se não poder com frequência indicar um resultado único e correto, de maneira definitiva.⁵³

Para Alexy, uma suposição nuclear da teoria do discurso é a de que a “aprovação, no discurso, pode depender de argumentos” e que existe uma relação necessária “entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e validade moral”, o que formula

⁵¹ A “base da teoria de Habermas é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem”, sendo que “em todo ato de fala dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade”, que, por sua vez, se for problematizada, “o falante tem de dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático)”. É o que afirma Atienza com base em McCarthy, que seria o mais autorizado comentarista de (cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 160-2).

⁵² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 172.

assim “[c]orretas, e, com isso, válidas, são, rigorosamente, as normas que, em um discurso ideal, por cada um, iriam ser apreciadas como corretas”⁵⁴

De acordo com Robert Alexy o discurso jurídico se revela como caso especial do discurso prático geral.⁵⁵ Isso porque o discurso jurídico e o discurso prático geral apresentam semelhanças, uma vez que ambos (1) se referem a questões práticas (questões sobre o que se deve fazer ou não, sobre o que pode ser feito ou não) e (2) erigem uma pretensão de correção, mas também porque se diferencia pelo fato de (3) o discurso jurídico encontrar as limitações ditas pela lei, pelos precedentes, pela dogmática e, nas disputas judiciais, pelo processo.⁵⁶

Exatamente pelas condições a que está submetido o discurso jurídico, “*em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis do material normativo preexistente*”.⁵⁷

Portanto, a racionalidade do discurso jurídico depende de saber se e em que medida essas valorações adicionais são susceptíveis de um controle racional, se há possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27. De acordo com Alexy, se se faz certas atenuações corresponde ao princípio do discurso abstrato de Habermas (“[v]álidas são, rigorosamente, as normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais”), e na intenção fundamental, corresponde ao princípio de Kant do legislador (“pode somente a vontade, concordante e unida, de todos, contanto que cada decisão sobre todos e todos sobre cada um o mesmo, portanto, somente a vontade popular, universalmente unida, ser dadora de lei”)(*ibidem*, 27).

⁵⁵ Para Alexy “o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548; e ALEXY, Roberto. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa5_07*, 1998, 149. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em: 06/03/2011; ALEXY, Robert. *La tesis del caso especial*. *Isegoria/21* (1999), p. 24. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/75/75>. Acesso em: 07/03/2011.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *La tesis del caso especial*. *Isegoria/21* (1999), p. 24. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/75/75>. Acesso em: 07/03/2011; e ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 206-7.

⁵⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548; e ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa5_07*, 1998, 149. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em: 06/03/2011; ALEXY, Robert. *La tesis del caso especial*. *Isegoria/21* (1999), p. 24. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/75/75>. Acesso em: 07/03/2011.

De acordo com Robert Alexy, “uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional”,⁵⁸ um sistema de regras e princípios capazes de atribuir a racionalidade à argumentação e a seu resultado, mas sem o condão de fornecer necessariamente “uma única resposta correta”.⁵⁹ É que o discurso prático racional se apresenta compatível com resultados os mais variados, uma vez que, malgrado reste amplo espaço para o discursivamente necessário (v.g., os direitos fundamentais) e o discursivamente impossível (v.g., escravidão), sempre haverá lugar para o discursivamente possível.

O âmbito do discursivamente possível se manifesta em diversos níveis: do discurso prático geral, do processo legislativo, do discurso jurídico em um sentido amplo - já vinculado à lei, ao precedente e à dogmática - e o do processo judicial, sendo esse o mais institucionalizado, já que depende das regras da ordem processual, em que não apenas se argumenta, mas também se decide. Os resultados do processo judicial serão racionais se, antes, satisfizer aos requisitos dos outros três.

Alexy salienta, por oportuno, que não implica renúncia à racionalidade do debate judicial a particularidade de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo serem objeto de decisão e não apenas de argumentação, pois essas questões valorativas decididas a partir de vinculações racionais (fundamentadas discursivamente) podem também ser decididas com base em uma argumentação racional.⁶⁰

Ademais, a conexão entre o discurso prático geral e o jurídico se mantém também porque a pretensão de correção estará sempre presente nas decisões judiciais, não apenas implicitamente (assim como no discurso prático geral, no discurso jurídico não se permite que alguém afirme

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa 5_07*, 1998, p. 150. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em 06/03/2011; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549. Vide também: ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 221 e ss.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa 5_07*, 1998, p. 150. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em 06/03/2011.

⁶⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 549-51

algo e depois se negue a justificar sem dar razões para isso),⁶¹ mas também, explicitamente, por força do que estabelecem as regras processuais que impõem ao magistrado o dever de fundamentar as decisões judiciais (o que se infere, *v.g.*, das regras de justificação interna que obrigam a indicação de, ao menos, uma norma universal, como concreção do princípio da universalidade).⁶²

Diante disso, Alexy elabora então um código da razão prática e a sua associação com a teoria do direito, de maneira que aquela não apenas complemente as regras do discurso jurídico, mas, inclusive, constitua uma base para sua justificação e crítica, no âmbito da justificação e crítica do próprio sistema jurídico em seu conjunto.⁶³ O discurso jurídico se estabelece de acordo com as regras do discurso prático geral, ou seja, com base em regras de uma teoria procedimental, o que, em suma, permite que se reconheça sua racionalidade.

Segue o conjunto de regras e formas de argumentação do discurso prático geral e do discurso jurídico, a fim de dar um pouco de concretude e melhor compreensão do que se expôs.

1.2.1. Das regras e formas do discurso prático geral.⁶⁴

Alexy formulou, então, regras do discurso prático geral, dividindo-as em quatro grupos:⁶⁵

1. As regras fundamentais (condições para comunicação em que se trate da verdade ou da correção):

⁶¹ De acordo com Alexy, “... quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada, y, por ello, su afirmación correcta. En el discurso jurídico, al igual que en el discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello. Con los enunciados jurídicos se plantea, por tanto, como con los enunciados normativos generales, una pretensión de corrección” (ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 208).

⁶² ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 215.

⁶³ ALEXY, Roberto. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa 5_07*, 1998, p. 150. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20ra%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em 06/03/2011.

⁶⁴ As formas de argumentação, todavia, serão expostas em notas, com a referência imediatamente antes da ordem em que Alexy as apresenta em sua *Teoría de la argumentación jurídica* (ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 281 e ss. - Apêndice), e será mantida a correspondência à atribuição que originalmente era designação numérica, exatamente para facilitar a constatação.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 214 a 222 e 283-5 (Apêndice)

- (1.1) Nenhum falante pode se contradizer.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo crê.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto *a* deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a *a* em todos os aspectos relevantes.
- (1.3') Todo falante só pode utilizar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria a si mesmo em todas as situações em que afirmaria.
- (1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados.

2. As regras de razão (condições da racionalidade do discurso: a primeira é a “regra geral de fundamentação”; as demais contêm os requisitos da situação ideal de fala – igualdade de direitos, universalização e não-coerção):⁶⁶

(2) Todo falante deve, quando lhe pedem, fundamentar o que afirma, a menos que possa dar razões que justifiquem recusar a fundamentação.

(2.1) Quem pode falar pode participar do discurso.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

3. As regras do ônus da argumentação:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da adotada para uma pessoa B, está obrigado a fundamentar isso.

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.

(3.3) Quem apresenta um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento a uma anterior manifestação, tem, se isto lhe é pedido, de fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.⁶⁷

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 166.

⁶⁷ 4. As formas de argumentos típicas do discurso prático. Alexy afirma que há duas maneiras de fundamentar uma *proposição normativa singular* (N): (1) fazendo referência a uma *regra* (R) pressuposta como válida ou (2) assinalando as *consequências* de N (F, de *Folge*=consequência). Quem alega uma regra pressupõe que se cumpram as condições de sua aplicação (características de uma pessoa, um acontecimento ou um conjunto deles, o comportamento de alguém etc.), pressupondo como verdadeiro um *enunciado* (T, de *Tatsache*=caso concreto); e quem sustenta como razão para N uma afirmação sobre consequências pressupõe uma regra que expressa que a produção das consequências é obrigatória ou boa. Distinguem-se as duas formas:

5. As regras de fundamentação (referem-se às características da argumentação prática e estabelecem como realizar a fundamentação pelas formas acima).
- (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências da regra também no caso hipotético de que ela se encontrasse na situação daquelas pessoas.
- (5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.
- (5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral
- (5.2.1) As regras morais, que servem de base às concepções morais do falante, devem poder passar na prova da sua gênese *histórico-crítica*. Uma regra moral não passa nessa prova:
- (a) se, embora originalmente se pudesse justificar racionalmente, tenha perdido depois sua justificação, ou
- (b) se, originalmente não se pôde justificar racionalmente e tampouco se pôde acrescentar novas razões que sejam suficientes.
- (5.2.2) As regras morais, que servem de base para as concepções morais do falante, devem poder passar na prova da sua formação *histórico-individual*. Uma regra moral não passa nessa prova se se estabeleceu apenas sobre a base de condições de socialização não-justificáveis.
- (5.3) Deve-se respeitar os limites de realizabilidade realmente dados.

<p>(4.1) T</p> <p style="padding-left: 2em;"><u>R</u></p> <p style="padding-left: 2em;">N</p>	<p>(4.2) F</p> <p style="padding-left: 2em;"><u>R</u></p> <p style="padding-left: 2em;">N</p>
---	---

(4.1) e (4.2) são subformas de uma forma mais geral:

(4) G

R

N.

Segundo Alexy, sobre a verdade de T e sobre se F é realmente uma consequência da ação em questão pode se desenvolver um *discurso teórico*. Interessa saber que há diversas maneiras de defender a regra R. De acordo com Alexy, em (4.2) se pode justificar R apontando as *consequências* dessa regra mais uma regra R' que exija R sob a condição T'. Disso resultam duas formas de argumento de segundo nível, também subnormais de 4:

<p>(4.3) F_R</p> <p style="padding-left: 2em;"><u>R</u></p> <p style="padding-left: 2em;">R</p>	<p>(4.4) T'</p> <p style="padding-left: 2em;"><u>R</u></p> <p style="padding-left: 2em;">R</p>
---	--

Por fim, se usando regras diferentes se pode chegar a resultados incompatíveis deve ser acrescentado às anteriores *regras de prioridade (Vorrangregeln)*, que podem, por sua vez, conforme a prioridade que se estabeleça, seja absoluta ou valha apenas sob determinadas circunstâncias (C). Assim, tem-se:

- (4.5) R_iPR_k ou então R' _iPR' _k
- (4.6) (R_iPR_k)C ou então (R' _iPR' _k)C

6. As regras de transição (pressupõem que, no discurso prático, surgem problemas que podem tratar sobre fatos [discurso teórico], de problemas linguísticos e conceituais [discurso de análise da linguagem] e concernentes à própria discussão prática [discurso de teoria do discurso]).

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso da teoria do discurso.

Essas são as regras e formas de argumento do discurso prático geral estabelecidas por Alexy.

1.2.2. Das regras e formas do discurso jurídico.

Alexy formula, ainda, regras e formas de argumentação do discurso jurídico, que limitam o discurso e permitem o controle das decisões judiciais.

A pretensão de correção no discurso jurídico significa apenas que as proposições normativas podem ser racionalmente fundamentadas no contexto do ordenamento jurídico vigente (não havendo pretensão, como no discurso prático geral de “absoluta racionalidade”).⁶⁸ Alexy diferencia o discurso jurídico em dois tipos, que se manifestam pela “justificação interna” e a “justificação externa”.

Seguem primeiramente as regras e formas de argumentação respeitantes à justificação interna⁶⁹ (tem como método o silogismo: a inferência decorre logicamente das premissas):⁷⁰

A forma mais simples de justificação interna possui uma estrutura que pode ser assim descrita:

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 213 e 274; ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. *Isegoria*/21 (1999).<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/75/75>. Acesso em: 07/03/2011.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 222 a 272 e 284-5 (Apéndice).

⁷⁰ A justificação interna se ocupa da verificação se a conclusão da decisão decorre logicamente das premissas que se apresentam como fundamentação (ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 214).

J.1.1) . (1) O soldado deve dizer a verdade em assuntos de serviço

. (2) O senhor M é um soldado.

. (3) (1), (2) = O senhor M deve dizer a verdade em assuntos de serviço.⁷¹

(J.1.1) satisfaz a justificação mediante regras universais requerida pelo princípio da universalidade (1.3), que serve de base ao princípio de justiça formal e que, por sua vez, exige “observar uma regra que formula a obrigação de tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria”. Para observar uma regra em uma fundamentação jurídica se exige, como em (J.1.1), que a decisão decorra logicamente desta regra.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve se aduzir pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve decorrer logicamente de ao menos uma norma universal, junto com outras proposições.

(J.2.1) e (J.2.2) não devem, assim como o princípio da universalidade, serem superestimadas: não estabelecem como deve ser a norma universal e tampouco impedem a inserção de uma cláusula de exceção, contanto que essa se verifique válida universalmente.

Essas regras importam ainda que não haja uma lei, caso em que a norma universal deverá ser construída. Alexy observa muito oportunamente que a exigência de dedutibilidade lógica expressada pelo (J.2.2) não pode ser interpretada como exigência de que a fundamentação jurídica deva decorrer sempre de uma regra de direito positivo, uma vez que em muitos casos a norma com que se inicia não é nem sequer uma norma dessa natureza.

Nesse sentir, declara que o aspecto mais importante da exigência de dedutibilidade é justamente o de não encobrir as premissas não extraídas do direito positivo e o de revelá-las em toda a extensão. Contudo, a tarefa de justificar essas premissas não extraídas do direito positivo, mas da justificação externa.⁷²

⁷¹ . (1) $(x) (x \rightarrow ORx) =$ O soldado deve dizer a verdade em assuntos de serviço

. (2) $Ta =$ O senhor M é um soldado.

. (3) $ORa \quad (1), (2) =$ O senhor M deve dizer a verdade em assuntos de serviço.

Sendo “T” predicado que representa o suporte fático da norma; “O” operador deôntico geral; “R” um predicado que expressa a conduta a que está obrigado o destinatário; e “x” e “a” simbolizam respectivamente uma variável e uma constante de indivíduo.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 220.

Há casos em que é suficiente a justificação da forma J.1.1, mas é insuficiente nos casos em que não se pode realizar diretamente a inferência dedutiva, situação em que se recorre a um modo mais geral de justificação interna, capaz de estabelecer regras para o uso do predicado que representa o suporte fático da norma.

Essas regras são representadas por J.1.2, que pode ser esclarecida com os argumentos seguintes:⁷³

- . 1) Quem comete assassinato deve ser castigado com pena de reclusão maior.
- . 2) Quem mata traiçoeiramente comete assassinato.
- . 3) Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa fé de outrem age traiçoeiramente.
- . 4) Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo, aproveita-se do seu estado de falta de defesa.
- . 5) X matou Y enquanto este estava dormindo.
- . 6) Deve-se impor a X a pena de prisão maior.⁷⁴

Não está em questão a correção das premissas utilizadas para a fundamentação do que resultou (6), pois isso é objeto de justificação externa, e aqui só importa a estrutura da interna.

J.1.2 satisfaz as regras adicionais de justificação interna abaixo:

(J.2.3) Sempre que existir dúvida sobre se *a* é um *T* ou um *M'*, deve se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja explicação não seja discutível

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de passos de desenvolvimento.

⁷³ Alexy formula a seguinte forma (mais geral):

- (J.1.2) . 1) $x) (Tx \rightarrow ORx)$
 . 2) $x) (M^1x \rightarrow Tx)$
 . 3) $x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
 .
 .
 .
 . 4) $x) (Sx \rightarrow M^ax)$
 . 5) Sa
 . 6) $ORa 1) - 5)$

O símbolo para o predicado que representa o suporte fático da norma é “T”. Não está em questão a correção das premissas utilizadas para a fundamentação de ORa, pois isso é objeto de justificação externa e aqui só importa a estrutura da interna.

⁷⁴ Os exemplos a forma resumida de apresentação é de Atienza (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 173-4).

Alexy destaca que as regras e formas descobertas até aqui se referem à estrutura formal da fundamentação jurídica e também que o ponto determinante é o da segurança e da universalidade, de sorte que se podem designar como “regras e formas da justiça formal”.

Além disso, Alexy salienta que as regras (J.1.1) e (J.1.2), assim como (J.2.1)-(J.2.5), asseguram uma certa medida de racionalidade, relativa à racionalidade das premissas, já que o juízo sobre a racionalidade da decisão pertence ao campo da justificação externa.⁷⁵

Seguem agora as regras e formas de argumentos da justificação externa, cujo objeto, segundo Alexy, é fundamentar as premissas usadas na justificação interna (ou seja, a correção das premissas utilizadas no silogismo do discurso jurídico), premissas essas que podem ser de tipos bem distintos. Podem ser: (i) regras de Direito positivo, (ii) enunciados empíricos⁷⁶ e (iii) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo.⁷⁷

Assim, as regras e formas de justificação externa podem se classificar, em poucas palavras, em: (i) interpretação da lei, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razão, (5) argumentação empírica e (6) formas especiais de argumentos jurídicos.⁷⁸

Sustenta, Robert Alexy, que um dos papéis mais importantes dos cânones da interpretação⁷⁹ é o de justificar a passagem de uma norma R para uma regra concreta R' a partir de uma regra

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 220 e 222.

⁷⁶ Alexy afirma que não pode examinar com detalhes a argumentação empírica, mas ressalta sua relevância no fato de que em quase todas as formas de argumentação jurídica e argumentação prática geral inclui enunciados empíricos (que são de tipos completamente distintos), além de, na teoria do discurso prático geral, a importância do conhecimento empírico estar considerada por meio da regra de transição (6.1): “qualquer falante pode em qualquer momento passar a um discurso teórico (empírico)” (ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 224-5). Para Alexy, a argumentação empírica serve tanto para justificação dos enunciados empíricos que empregam na justificação interna como para a dos enunciados de igual natureza empregados na justificação externa de enunciados não empíricos (ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 223 – nota 51).

⁷⁷ Cada um desses tipos requerem diferentes métodos de fundamentação, pois as regras de direito positivo devem ser fundamentadas conforme os critérios de validade do ordenamento, as premissas empíricas permite o recurso a uma escala completa de formas de proceder, que vai desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas de presunção racional, até as regras da carga da prova no processo, e as premissas que não são nem Direito positivo nem enunciados empíricos serve ao que se pode designar como “argumentação jurídica” (ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 218 e 222 a 223).

⁷⁸ De acordo com Alexy, o principal resultado da análise lógica das formas de argumentação que se reúnem nesses grupos é a compreensão da necessidade e possibilidade da vinculação (interconexão) entre os seis grupos de regras e formas da justificação externa, bem como aclarar principalmente o papel da argumentação empírica e da argumentação prática geral no discurso jurídico (ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 223).

⁷⁹ Os cânones da interpretação, por sua vez, podem ser explicados conforme o modelo abaixo:

- J.1.2'. 1) $(Tx \rightarrow ORx) (R)$
 . 2) $(Mx \rightarrow Tx) (W)$
 . 3) Ma
 . 6) ORa

A partir da norma R [(1)] e da regra de uso das palavras W [(2)] segue-se a regra concreta R'.

de uso das palavras W. E sua função pode ser usada inclusive diretamente na fundamentação de normas não positivas e de muitos outros enunciados jurídicos.

Não obstante, embora o autor distinga seis grupos de argumentos interpretativos: semânticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos e sistemáticos, só elabora a forma dos três primeiros, referindo-se a esses, respectivamente, como J.3 (semântico), J.4 (genético) e J.5 (teleológico).⁸⁰

De acordo com Alexy, as formas correspondentes aos cânones de interpretação, ao argumento genético e à argumentação teleológica se apresentam com frequência incompletas, já que pressupõem enunciados que os complete, o que Alexy designa de “requisito de saturação”.

J.6 Deve resultar saturada toda forma de argumento que se deva incluir entre os cânones da interpretação. A propósito dos cânones de interpretação, Alexy afirma que, dependendo de qual argumento se usa, os resultados podem ser diferentes e destaca que ainda que não se possa estabelecer uma hierarquia rigorosa entre eles é possível estabelecer regras que atribuam prevalência a favor dos argumentos semânticos e genéticos, e também as regras que estendem os argumentos interpretativos à vigência do princípio da universalidade - 1.3, 2.2.a e 2.2.b, conforme abaixo:

2)' (x) (Mx → ORx) (R')

R' pode designar-se como “interpretação de R através de W”. Um dos papéis mais importantes dos cânones é o de fundamentar tais interpretações, ou seja, justificar a passagem de R a R'.

⁸⁰ No que concerne ao *argumento semântico*, apresenta três formas de argumentos, conforme sejam usados para justificar, criticar ou se afirmar algo como possível, com referência ao uso da linguagem, uma interpretação R' de R (a regra W deve ser entendida aqui como uma *especificação* da linguagem natural ou técnica):

J.3.1) R' *deve* ser aceito como interpretação de R sobre a base de W_k.

J.3.2) R' *não pode* ser aceito como interpretação de R sobre a base de W_k.

J.3.3) É *possível* aceitar R' como interpretação de R e é *possível* não aceitar R' como interpretação de R, pois eles não regem nem W_i nem W_k.

Por meio do *argumento genético* se justifica uma interpretação R' de R, porque corresponde à *vontade do legislador*. Podem-se distinguir duas formas fundamentais de *argumentos genéticos*:

J.4.1) . 1) R'(=I) é desejado pelo legislador 2) R'

J.4.2) . 2) Com R o legislador pretende alcançar Z

. 3) ¬R'(=I) → ¬Z

. 4) R'

No que toca à *argumentação teleológica*, sua forma fundamental é a seguinte:

J.5) . 1) OZ

. 2) ¬R'(=I) → ¬Z

. 3) R'

Essa forma corresponde a do argumento genético (J.4.2), a não ser pelo fato de que Z não é querido pelo legislador, mas algo objetivo, fundamentado por referência a uma norma ou um grupo de normas. As formas anteriores se apresentam com frequência incompleta, pois pressupõem enunciados que tornariam completas as formas, a que Alexy designa de “requisito de saturação”.

J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos.

J.8) A determinação do peso de argumentos de distintas formas deve ter lugar segundo regras de ponderação (é uma regra do discurso prático geral acerca do uso de cânones).

J.9) É preciso considerar todos os argumentos que sejam possíveis propor e que possam ser incluídos pela sua forma entre os cânones da interpretação.

Alexy conceitua *dogmática jurídica* como uma série de enunciados jurídicos que se referem às normas estabelecidas e à aplicação do Direito, que, todavia, não podem se identificar com sua descrição e que estão entre si em uma relação de coerência mútua, e que se forma e que se discute no marco de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente e que têm conteúdo normativo.⁸¹ As regras da argumentação dogmática que Alexy formula são as seguintes:

J.10) Caso seja colocado em dúvida, o enunciado dogmático deve ser fundamentado com o emprego de, pelo menos, um argumento prático de tipo geral.

J.11) Todo enunciado dogmático deve poder ser bem sucedido numa comprovação sistemática, tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo.

J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados.

Acerca do uso dos precedentes Alexy afirma que seu fundamento se constitui no princípio da universalidade, destacando que embora se possa decidir diferentemente um caso igual em todas as circunstâncias relevantes, quando se modifica a valoração das circunstâncias, a decisão só pode ser alterada se se puder aduzir razões suficientes para isso. As regras mais gerais para seu uso são:

J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

Por fim, Robert Alexy apresenta três formas de *argumentos jurídicos especiais*, que são tipicamente usados na metodologia jurídica: o argumento *a contrario*, a analogia e a redução ao absurdo.⁸² Segundo Alexy merece destaque que essas três formas de argumentos são casos

⁸¹ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 246.

⁸² As formas são assim representadas, respectivamente:

J.15) . 1) (x) (OGx →Fx)

especiais do discurso prático geral, pois o argumento *a contrario* “é um esquema de inferência válido logicamente”, a analogia é regida princípio da universalidade, e a redução ao absurdo “é um caso em que se toma em consideração as consequências”.⁸³

Como essas formas podem ser reduzidas a regras e formas do discurso prático geral, seu uso pode ser chamado de racional. Entretanto, assim como o dos cânones, só é racional se as formas “resultarem saturadas” e se os enunciados inseridos possam ser fundamentados no discurso jurídico. Por isso, para o uso dessas formas vige a regra:

J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais têm que resultar saturados.

Expostas as formas e regras de ambos os tipos de recursos, convém algumas considerações sobre a interconexão recíproca entre eles.

1.2.3. Considerações sobre as regras dos discursos.

De acordo com Alex, está evidenciada a união entre o discurso jurídico e o discurso prático, o que se manifesta das seguintes maneiras: (a) a *necessidade do discurso jurídico sobre a base do discurso prático geral*, dada a fragilidade das suas regras e formas, que ou definem um procedimento de decisão que não chega a resultado algum ou não garante nenhuma segurança, (b) a *coincidência parcial na pretensão de correção*, já que no discurso jurídico ela está limitada à racionalidade da legislação (c) a *coincidência estrutural das regras e formas* de ambos os discursos, pois (c.1) as regras e formas da justificação interna são supostos de aplicação do princípio da universalidade, que corresponde ao princípio formal de justiça, (c.2) em ambos os discursos a argumentação empírica desenvolve importante papel, sendo necessárias regras de presunção racional, (c.3) formas de argumentos jurídicos unidas, como os cânones, não permite o irracional e outras são variantes de formas de argumento prático geral, (c.4) a ciência jurídica dogmática pode ser entendida como institucionalização do discurso prático se baseada no ordenamento jurídico, e (d) a *necessidade de argumentação*

. 2) (x) ($\neg Fx \rightarrow \neg OGx$)

J.16) . 1) (x) ($Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx$)

. 2) (x) ($Hx \rightarrow F \text{ sim } x$)

. 3) (x) ($Hx \rightarrow OGx$) 1), 2)

J.17) . 1) $O \rightarrow Z$

. 2) $R' \rightarrow Z$

. 3) $\neg R'$

⁸³ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 271.

prática geral no âmbito da argumentação jurídica, tendo em vista que as regras e formas da argumentação de ambos os discursos devem ser utilizadas conjuntamente, com base na tese da integração, uma vez que o discurso prático não entra em cena apenas nos casos em que o material normativo jurídico se torna insuficiente.⁸⁴

Assim, a argumentação jurídica *depende normalmente* da argumentação prática geral diante da *necessidade* do uso desta no âmbito daquela, que pode ocorrer: (1) na fundamentação das premissas normativas requeridas na saturação das distintas formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição entre distintas formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a utilizar na justificação interna. Por isso, a argumentação jurídica é forma especial da argumentação prática geral.⁸⁵

Ressalte-se, por fim, que Robert Alexy, embora admita que possam ser contestadas, apresenta como fundamento de validade das regras do discurso: o argumento “prático-transcendental” (ou “prático-universal”), que se apoia em duas premissas: (1) aquele que realiza afirmações e fundamentações se insere necessariamente num jogo que se determina pelas regras do discurso e (2) é necessário realizar afirmações ou fundamentações porque quem ao longo da vida não apresenta nenhuma afirmação séria e não dá nenhuma fundamentação séria não toma parte no que se poderia chamar de “forma de vida mais geral dos homens”, o que o autorizaria afirmar que as regras do discurso são comuns em distintas formas de vida e que se aplicariam entre membros de distintas formas de vida.⁸⁶ E, em outra passagem, complementa:

“[a] eliminação da possibilidade de afirmações iria alterar, fundamentalmente, nosso idioma e, com isso, nossa autoconsciência de vida. Em vez de sentenças e afirmações existiriam, somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de

⁸⁴ De acordo com Alexy, o modo de integração dos argumentos práticos no contexto jurídico é procedimental, e o fundamento da compreensão desse conceito repousa na ideia mesma da unidade da razão prática atrelada ao pressuposto de que o Estado democrático constitucional é uma tentativa de institucionalização da razão prática, que “justifica a existência do sistema jurídico como tal e de suas estruturas básicas; tem que estar presente nos procedimentos de força de opinião – e vontade – democrática para que seus resultados sejam legítimos e deve ser empregada na argumentação jurídica para satisfazer a pretensão de correção que nela surge” (tradução livre). ALEXY, Robert. *La tesis des caso especial. Isegoría/21* (1999), p. 34.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 271 a 277.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 305-6.

*correção e verdade por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo”.*⁸⁷

Reconhecer a racionalidade do discurso jurídico e a integração desse com o discurso geral, ambos com uma pretensão de correção, reforça a importância da teoria dos princípios de Robert Alexy, já que na ponderação ou na máxima da proporcionalidade se revela uma estrutura racional de argumentar. De acordo com Alexy, o método da ponderação racionalmente estruturado é previsto pela teoria dos princípios.⁸⁸

1.3. Regras e princípios (e máximas).

1.3.1. Considerações preliminares.

Antes, porém, interessa saber o que Alexy entende como norma jurídica. O autor adverte que esse conceito pode ser o mais fundamental para a Ciência do Direito (pois “toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter”). Alexy busca um “modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número possível de decisões no campo dos problemas mencionados”, o que, segundo Alexy, se consegue com um modelo “semântico”.⁸⁹

Estabelece, para tanto, a distinção entre *norma* e *enunciado normativo*, identificando como norma o *significado* de um enunciado normativo. Alexy afirma que a necessidade dessa diferenciação reside na particularidade de que “a mesma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos”, e recomenda que “os critérios para identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo”, critério que se pode expor com ajuda das modalidades deônticas básicas: o obrigatório, proibido e

⁸⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía*01_03, p. 46. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf?portal=4. Em 26/03/2011.

⁸⁹ Segundo Alexy o conceito semântico permite que se trabalhe com a norma sem pressupor sua validade/invalidade ou sua existência/inexistência, já que pode depender, por exemplo, da incorporação de elementos empíricos, sendo adequado quando se trata da dogmática jurídica e da aplicação do direito, além do que, por outro lado, não se apresenta incompatível com as diversas teorias da validade (sociológicas, jurídica, ética)(ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 58-62)

permitido (resumíveis, por sua vez, ao conceito de “dever-ser”).⁹⁰ Então, um enunciado expressa uma norma se se puder reconhecer, a partir do texto ou sobretudo do contexto se algo é devido (proibido, obrigatório ou permitido),⁹¹ o que pode depender, portanto, de outros enunciados que se encontrem em conexão ou, ainda, somente a partir do seu uso.⁹²

Isso é relevante porque *direitos e garantias fundamentais* são de aplicabilidade imediata,⁹³ mas são extraídos de enunciados que expressam normas extremamente indeterminadas, seja porque *semanticamente abertas*, caso em que a linguagem é imprecisa ou vaga, seja porque *estruturalmente abertas*, caso em que não se infere imediatamente se a “a situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos”.

Por isso, Alexy responde que só se deve considerar como norma de direito fundamental se, por enfrentamento dos enunciados normativos que contiverem termos indeterminados pelo tribunal, forem criadas regras semânticas que preencham o conteúdo das expressões semanticamente abertas, afastando a indeterminação, e, se for o caso, se for resolvido o problema na estrutura da norma (*abertura estrutural*), o que se opera mediante o que denomina de “relação de refinamento” entre as normas extraídas diretamente do texto constitucional e outras normas criadas pela jurisprudência do tribunal constitucional.

⁹⁰ Já assinalava English que: “o Direito é, em substância, constituído por imperativos e só por imperativos. E esta teoria é correcta quando a entendamos adequadamente e sem exageros. Em primeiro lugar, ela não se refere naturalmente a cada uma das proposições gramaticais que se encontram num Código. (...) Só da combinação delas entre si resulta um sentido completo.” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 38).

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 53-64.

⁹² Dependendo, seu sentido, do uso, não lhe retiraria o carácter semântico (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56-7). Sobre isso, Ávila também declara: “[a]firmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”, e, com apoio em Wittgenstein, prossegue “há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral” (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32). Cf. tb.: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª.ed. São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 112 e ss.

⁹³ Cf.: CF/88, art. 5º, § 1º. Alexy cita o dispositivo correspondente na Constituição alemã: art. 1º, §3º (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69).

Assim, se respondidas as questões sobre deveres estatais, liberdades ou direitos subjetivos não só criam normas, mas normas de direitos fundamentais.⁹⁴

Vale dizer, há enunciados que expressam normas e há enunciados que não as expressam; e há normas que precisam de premissas adicionais para serem formuladas como direitos, do que se extrai que se deve fazer diferenças entre textos legais ou dispositivos, enunciados e normas.⁹⁵

Examinar-se-á, a seguir, as normas de direitos fundamentais no que toca a sua estrutura.

1.3.2. A distinção entre regras e princípios (e máximas).⁹⁶

É de relevante importância para a teoria da argumentação de Robert Alexy a existência de um “modelo combinado” de regras e princípios (ela não admite “modelos puros”: modelo apenas de regras ou apenas de princípios), e ambas essas categorias normativas são reunidas sob o mesmo conceito de normas jurídicas.⁹⁷

Destaca, Robert Alexy, inicialmente, que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 65-73. Alexy designa, além disso, de “relação de fundamentação” o que há entre as enunciadas diretamente pelos dispositivos e “normas de direito constitucional atribuídas” a partir de uma “relação de fundamentação” entre as que são e essas, tudo para dar efetividade ao comando constitucional que expressa a aplicação dos direitos fundamentais aos casos concretos (*ibidem*, 72). Sobre a opção pela expressão “norma de direito fundamental atribuída”, em vez de “norma de direito fundamental *adstrita*” ou “norma de direito fundamental *derivada*”, ver a nota do tradutor Virgílio Afonso da Silva da versão em português da Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 11-2).

⁹⁵ Confira-se, nesse sentido, as afirmações de Humberto Ávila: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo”. Dessa premissa e da conclusão de que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma”, afirma que as normas são, portanto, (ré)construídas pelo intérprete “a partir dos dispositivos e do seu significado usual” (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 30-4).

⁹⁶ Virgílio Afonso da Silva, tradutor, para a versão em português, da Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, adverte que Alexy evita utilizar o termo “Prinzip”, preferindo se valer de “Grundsatz”, para designar o “princípio da proporcionalidade” justamente para marcar a diferença estabelecida entre princípios e regras, então apesar de ambos poderem ser traduzidos como “princípio”. Por isso, a opção do tradutor foi traduzir “Grundsatz” por “máxima”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 10-1). Ávila os designa como “postulados normativos aplicativos” ou “metanormas”, definindo-os como deveres que se “situam num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras” (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 122 e ss.).

⁹⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 121 e ss.

distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”⁹⁸ Alexy afirma haver vários critérios utilizados para distinguir regras e princípios, sendo o mais comum o da generalidade (a regra possui um grau de generalidade relativamente alto e o princípio, um grau de generalidade relativamente baixo). Porém, para Alexy, quem se utiliza do critério da generalidade para distinguir princípios e normas se vale da “tese fraca de separação”, pois a questão, defende, é *qualitativa* - e não quantitativa.⁹⁹

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 87. Assim, salienta Luís Roberto Barroso que “está superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio”, ou seja, não se cogita mais a ausência de sua força normativa e se reconhece sua feição *deontica* ou *deontológica* (prescritiva), expressa nos modais obrigatório, proibido ou permitido. Fazendo alusão a Ronald Dworkin e Robert Alexy, Barroso afirma que as *normas jurídicas* se encaixam nas categorias de *normas-princípio* e *normas-disposição*, definindo aquelas como as que possuem maior grau de abstração e finalidade mais destacada no sistema, e essas, com as que têm suas consequências aplicáveis restritivamente a situações que especificamente descrevem (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151). Comumente, como o faz Alexy, emprega-se *princípios* para fazer referência às aludidas *normas-princípio*, e *regras*, para designar as aludidas *normas-disposição*, conforme, dentre muitos outros, Canotilho (CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional*. Coimbra: 1993, p. 169), Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª.ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 49) e Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 23 e ss.). Para Ávila, as características próprias de cada espécie normativa só se revelariam *a posteriori*: “a qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete” (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35), ou sejam, surgem no instante da interpretação/aplicação do direito e, assim, não seriam, as distinções, *estruturais*, como sustentaria, por outro lado, Alexy; que, em determinado momento, chega a afirmar, peremptoriamente, que “toda norma ou é uma regra ou é um princípio” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.). Ávila afirma que princípios e regras não albergam *alternativas exclusivas*, mas *inclusivas*: “propõe-se uma classificação que alberga *alternativas inclusivas*, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) ou metódica (postulado)” (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69). Em suma, para Ávila, se, no processo de construção normativa, privilegia-se o caráter comportamental expresso no(s) dispositivo(s), em detrimento do caráter finalístico subjacente, identifica-se a norma como regra, mas, por outro lado, se se notabiliza o elemento valorativo, permite-se, a fundamentar um princípio e a justificação de comportamentos inseridos em outros contextos. E as *dissociações* entre as espécies são propostas quanto ao *modo como prescrevem comportamento*, quanto à *justificação que exigem* e quanto ao *modo como contribuem para a decisão* (ibidem, pp. 74 e ss.). Descreve os conceitos das espécies nos seguintes termos: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ibidem, pp. 78-79).

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa 5_07*, 1998, pp. 140-1. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em 06/03/2011; Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-1.

Segundo Robert Alexy, “as regras são normas que ordenam algo definitivamente”, são *mandamentos definitivos*, que podem ser condicionadas (já que ordenam algo sob determinadas condições) ou categóricas, quando, por exemplo, estabelecem uma proibição absoluta (v.g.: a tortura). Em suma, se a regra possuir validade e for aplicável, deve-se fazer exatamente o que ela exige; ou se a cumpre, ou se não a cumpre. Diferentemente, se dá com os princípios, que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, conforme suas *possibilidades fáticas* ou *jurídicas*. Os princípios, para Alexy, são, portanto, *mandamentos de otimização*, e assim “se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo não só das possibilidades fáticas, mas das possibilidades jurídicas, que são delimitadas pelas regras ou princípios que jogam em sentido contrário.”¹⁰⁰

De acordo com Robert Alexy, quando se defronta com duas regras conduzindo a “juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si” ou se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção ou uma delas deve ser declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico. Diversamente, quando princípios colidem um deve ceder, mas não será considerado inválido nem será introduzido nele uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um deles, sob determinadas condições, terá precedência sobre o outro, já que, na situação concreta, os princípios adquirem pesos diferentes e o de maior peso prevalecerá, podendo em outro caso o resultado se inverter. Por isso, diz-se que a colisão entre princípios se dá numa dimensão de peso (*dimension of weight*) e o conflito entre regras no de validade (*all-or-nothing*).¹⁰¹

Alexy prefere mandamento de otimização (a mandamento de maximização) justamente para melhor salientar a relação de tensão que se estabelece na colisão entre princípios, que, por meio do *sopesamento*, visa a identificar qual deles possui *maior peso no caso concreto*.¹⁰² É que os princípios em colisão, se considerados de forma isolada, conduzem a juízos concretos de dever-se contraditórios. Ao estabelecimento da relação de precedência que fixa *condições* de realização de um ou de outro Alexy chama de relação de “precedência condicionada” (concreta ou relativa). Alexy explica que o sopesamento realizado pela decisão judicial deve indicar as *condições* sob as quais se pode verificar uma *violação a um direito fundamental*, o

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 349-50. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 92-4.

¹⁰² cf. ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 94-103.

que autoriza a formulação de uma regra, por exemplo, nos seguintes termos: “se uma ação preenche as condições *C*, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”.

Segundo Alexy, “[a]s condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”,¹⁰³ a que dá o nome de “*lei de colisão*”.¹⁰⁴

Alexy formula também regra a ser utilizada genericamente para todos os tipos de sopesamento, a que chama de “lei do sopesamento”: “[q]uanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”, acrescentando que “a lei de colisão expressa em que essa relação consiste”.¹⁰⁵

Ainda a propósito da distinção entre princípios e regras, Alexy destaca o que chama de caráter *prima facie* dos princípios e caráter *prima facie* das regras, que são distintos até porque são noções que decorrem das características de cada um. A aplicação dos princípios, como visto, impõe que sejam realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas que se verificarem, pois não contêm *mandamentos definitivos*, mas apenas *prima facie*, uma vez que “princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”.

Diversamente, as regras, que possuem *caráter definitivo* (“exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”), já que contêm *determinações* no âmbito das suas possibilidades fáticas e jurídicas. Mas, as regras podem adquirir um caráter *prima facie*. Isso ocorre se se estabelece uma *cláusula de exceção* na decisão de um caso, o que pode ocorrer pela atribuição de maior peso ao princípio contrário ao que sustenta a regra.

¹⁰³ Essa regra desempenha um duplo papel, uma vez que: (1) no enunciado de preferência ($P_1 \mathbf{P} P_2$) *C*,¹⁰³ *C* é a “condição de uma relação de precedência” e, (2) na formulação da regra “Se uma ação *h* preenche *C*, então, *h* é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”, *C* é suporte fático de uma regra. Alexy conclui, portanto, que, do caráter duplo de *C*, como “condição de precedência” e “pressuposto do suporte fático de uma regra” (decorrente *necessariamente* da estrutura do enunciado de preferência), se extrai as consequências jurídicas da aplicação de P_1 em face de P_2 presentes as condições *C*, o que resulta na formulação de uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência: $C \rightarrow R$. (ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 98-9)

¹⁰⁴ Essa lei, segundo Robert Alexy, reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, pela exclusão da possibilidade de prevalência apriorística entre princípios (relação precedência incondicionada, abstrata ou absoluta) e pela sua referência a ações ou situação insusceptíveis de quantificação, além de remeter o resultado do sopesamento à concepção de norma de direito fundamental atribuída. Alexy entende todavia que pode haver uma exceção em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97-9).

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 167-8.

Para Alexy, a perda do caráter definitivo estrito das regras e, assim, a aquisição do seu caráter *prima facie* depende que sejam superados os chamados “princípios *formais*”. Princípios formais são os que conferem rigidez ao sistema, que privilegiam as regras editadas pelas autoridades competentes e que não permite que se relativize “sem motivos uma prática estabelecida”.

Logo, o caráter *prima facie* que as regras adquirem difere do caráter *prima facie* dos princípios, uma vez que a regra, quando afastada pela introdução de uma cláusula de exceção não decorre da atribuição de um peso maior ao princípio contraposto que a sustenta, mas, antes, porque se está deixando de atribuir algum peso a princípios que conferem maior rigidez ao sistema: há uma mitigação da força dos princípios formais. Não é o que ocorre com o caráter *prima facie* dos princípios, que é afastado porque o princípio antagônico apresenta razões que superam as do outro, eliminando ou restringindo suas possibilidades jurídicas.¹⁰⁶

No intuito de reforçar as características e as estruturas dessas distintas espécies de normas, Alexy sustenta que tanto princípios quanto regras são razões para ações ou razões para normas, mas de naturezas distintas.

Nesse sentido, podem ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser). Logo, “regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas”. Destaca, então, o diferente aspecto das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser: as regras podem ser (e geralmente o são) uma razão para juízos concretos de dever-ser; os princípios, por dependerem de uma definição de uma relação de preferência (que, segundo a lei de colisão, é uma regra), sempre que forem razões para juízo concreto de dever-ser nunca serão razões definitivas, mas o fundamento da regra.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 103-6. Interessa alertar que as consequências jurídicas dos princípios nem sempre serão integralmente afastadas pela consequência jurídica do princípio prevalecente, podendo ser o caso de o princípio com menor peso ter suas consequências aplicadas limitadamente, o que nada tem a ver com os problemas de adequação e necessidade, que se referem às possibilidades fáticas dos princípios (*ibidem*, p. 98 – nota de rodapé nº. 42).

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 106-8.

Alexy também diferencia princípios de valores, o que o faz com base no aspecto deontológico do primeiro, já que se situa na seara do dever-ser, e no axiológico do segundo, que está no âmbito do bom.¹⁰⁸

Alexy admite, todavia, ser perfeitamente possível argumentar juridicamente a partir de um modelo de valores, mas prefere o modelo de princípios, em que se expressa mais claramente o caráter deontológico.

1.3.3. A máxima da proporcionalidade (ou princípio da proporcionalidade).

De acordo com Robert Alexy há uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, uma vez que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”.

A aplicação da máxima da proporcionalidade (mais conhecida como “princípio” da proporcionalidade)¹⁰⁹ é deduzida da natureza principiológica das normas constitucionais, e decorre da aplicação de três máximas parciais (que são regras): da adequação, que responde sobre a “idoneidade do meio empregado para obtenção do resultado com ele aspirado”, da necessidade, que pretende o mandamento do meio menos gravoso, pois “um meio não é necessário se existe um meio atenuado, menos interveniente” e da proporcionalidade em sentido estrito, que é a própria exigência do sopesamento, que decorrente da “relativização em face das possibilidades *jurídicas*”, sendo esse “o meio para solução das colisões de direitos fundamentais”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Vale transcrever os esclarecimentos de Ávila a respeito: “Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover”, porém os princípios “estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção de gradual de um estado de coisas, os valores ... apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento” (ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80).

¹⁰⁹ Dimoulis, sustenta que a adoção desse princípio no Brasil é marcada de “imprecisão” e “sincretismo”, conforme, por exemplo, a confusão que alguns autores nacionais (o que acontece não só no Brasil) fariam entre a ideia de proporcionalidade e o exame da razoabilidade que atrelam à tradição da *common law* (DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, RT, 2009, 166-7). Atualmente, muitos outros autores tratam do tema com profundidade, conforme, v.g.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67. Dimoulis sustenta que “a realização do exame da proporcionalidade é apresentada como processo que tem, sucessivamente, natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica

Dessa arte, as duas primeiras sub-máximas ou sub-princípios da proporcionalidade determinam as possibilidades fáticas e a proporcionalidade em sentido estrito estabelece as possibilidades jurídicas de aplicação de um princípio ou a medida disso.

Vale destacar que, embora a teoria de Alexy esteja focada nos direitos fundamentais e princípios constitucionais, os conceitos que seguem são amplamente aplicáveis, pela eficácia imediata dos direitos fundamentais e impacto causado constitucionalização do direito,¹¹¹ desde que se atente para a questão da hierarquia normativa.

1.4. Conclusões.

O discurso judicial é um tipo de discurso jurídico; deles o mais institucionalizado.

É que o âmbito do discursivamente possível se manifesta em diversos níveis: do discurso prático geral, do processo legislativo, do discurso jurídico em um sentido amplo - já vinculado à lei, ao precedente e à dogmática - e o do processo judicial, sendo esse o mais institucionalizado, já que depende das regras da ordem processual, em que não apenas se argumenta, mas também se decide, sendo esse concebido por Alexy como um caso especial do discurso prático geral.

Isso porque o discurso judicial, da mesma forma, se propõe a resolver essencialmente questões normativas (ou práticas) e porque formula *necessariamente* uma “pretensão de correção”. A promoção dessa pretensão supõe, além da possibilidade da dependência de argumentação, a existência de uma conexão necessária entre os conceitos de correção e validade moral, desde o assentimento universal das convicções normativas e interpretação dos participantes do discurso sob condições ideais, sob regras predefinidas.

Por outro lado, embora a argumentação jurídica dependa das regras da argumentação prática (porque nela se fundamenta), está limitada pela lei, precedente e dogmática, e no caso, pelas normas de processo.

(proporcionalidade em sentido estrito), caracterizado por um afunilamento progressivo” (DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, RT, 2009, 164-5).

¹¹¹ Vide, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

É que o discurso jurídico é necessário diante do *problema do conhecimento* (define a seara do discursivamente possível - intermédio entre o discursivamente necessário, p.ex., os direitos humanos, e o discursivamente impossível, p.ex., a escravidão), do *problema da imposição* (exige o cumprimento da norma de decisão) e do *problema da organização*, que visa ao atingimento de certos fins coletivos e considera seus esforços.¹¹²

Como a proposta é analisar dispositivo que prevê a necessidade de fundamentação da decisão judicial em certos casos, concentrar-se-á o estudo da argumentação no “âmbito da aplicação das normas à solução de casos”,¹¹³ no intuito, frise-se, de encontrar uma norma com conteúdo mais completo e adequado para os já citados dispositivos do projeto e do anteprojeto do NCPD, a partir da identificação dos suportes fáticos deles. Essa proposta inclui investigar antes se e como isso vem ocorrendo antes mesmo da eventual e iminente aprovação do projeto.

¹¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 30 e 31.

¹¹³ Adota-se, a propósito, as definições de Manuel Atienza, para quem há três diferentes lugares em que ocorrem argumentações jurídicas. O primeiro diria respeito à *produção ou estabelecimento* de normas jurídicas, relacionado tanto com as fases pré-legislativa, geradas a partir de um problema social, cujos argumentos possuem caracteres mais políticos e morais que jurídicos, quanto com as legislativas propriamente ditas, em que o problema passa a ser considerado pelo parlamento ou algum órgão do governo e quando as questões já adquirem uma feição técnico jurídico. O segundo âmbito, seria o da *aplicação* de normas jurídicas à solução de casos, centrado, essencialmente, nas questões relativas à interpretação do Direito, já que, de acordo com Atienza, a teoria da argumentação jurídica dominante não recairia sobre problemas concernentes a fatos. O terceiro âmbito seria o da *dogmática*, que se constituiria no mais complexo, diante das funções que se lhe atribui, quais sejam a de fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre, oferecer critérios para aplicação e ordenar e sistematizar um setor do ordenamento. Atienza, que se adianta em admitir que as teorias da argumentação também se ocupam da segunda dessas funções da dogmática (de oferecer critérios para aplicação do Direito), diferencia o âmbito da aplicação do da dogmática pelo fato de o primeiro lidar com o problema da resolução de situações concretas, e reconhece, nesse diapasão, que esses campos de trabalho (aplicação e dogmática) não são estanques, uma vez que o órgão julgador depende, inevitavelmente, dos critérios fornecidos pela dogmática para solucionar conflitos reais e porque os tribunais, além de formularem regras gerais e abstratas para valerem para casos futuros, não raras vezes são chamados também para resolverem questões que não são individuais nem concretas. E, por fim, ainda complementa: a dogmática também se atém à análise de casos concretos. Em suma, o “campo de atuação” da teoria da argumentação jurídica é o da interpretação e aplicação de normas jurídicas (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, pp. 18-9).

2. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA – ANÁLISE DE CASOS.

2.1. Usos da argumentação jurídica na jurisprudência dos tribunais superiores.

Promover-se-á, nesse espaço, análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que se utilizam da teoria da argumentação jurídica, ainda que eventualmente não façam, em seu corpo, remissão expressa à teoria.¹¹⁴

Pretende-se não simplesmente constatar que o arcabouço dogmático apresentado pela teoria da argumentação jurídica já se aplica na seara jurisprudencial dos tribunais superiores, mas verificar, principalmente, em que situações ocorrem. Escolheu-se decisões ou que se encaixam nas situações que Robert Alexy enumera como ensejadoras do uso do discurso jurídico (como caso especial) ou nas hipóteses previstas nos dispositivos em questão.

Em cada análise será reproduzida, a título de introdução, as ementas (ao menos da parte cujo exame interesse), bem como sua contextualização e, eventualmente, a transcrição de excertos dos votos proferidos e, por derradeiro, uma breve análise.

Ainda se faz necessário salientar que a regra em que se fundamenta a decisão será designada como *regra universal*, como o faz Alexy, e que a que expressa o dispositivo da decisão, que é uma norma particular,¹¹⁵ será chamado de *norma de decisão* como chama Alexy (designa-a também como *proposição normativa singular*)¹¹⁶, que é exatamente o que Bobbio enquadra como norma individual e concreta, na mesma categoria do ato administrativo.¹¹⁷

¹¹⁴ Vide nota 17 (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007 – nota 3, p. 52)

¹¹⁵ Confira-se, Eros Grau, a respeito da distinção entre norma jurídica e o que chama de norma de decisão: “A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª.ed. São Paulo, Malheiros, 2005, IV).

¹¹⁶ Cf. retro item 2.3.2 (Das regras e formas do discurso jurídico).

¹¹⁷ “aconselhamos falar em *normas gerais* quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em *normas abstratas* quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de *normas individuais* [ou *comandos*]; às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação singular, e sugerimos chamá-las de *normas concretas* [ou *ordens*]. (...) “as normas jurídicas podem ser de quatro tipos: *normas gerais e abstratas* (deste tipo são a maior parte das leis, por exemplo, as leis penais); *normas gerais e concretas* (uma lei que declara mobilização geral se volta a uma classe de cidadãos e ao mesmo tempo prescreve uma ação singular que, uma vez cumprida, exaure a eficácia da norma); *normas individuais e abstratas* (uma lei que atribui a uma determinada pessoa um ofício, por exemplo, o de juiz da Corte constitucional, se dirige a um só indivíduo e lhe prescreve não uma ação singular, mas todas aquelas que são inerentes ao exercício da função); *normas individuais e concretas* (o exemplo mais característico é fornecido

2.2. Caso “gleba” (imprecisão da linguagem).

2.2.1. Ementa.

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. 2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 3. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]. 4. O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado ‘inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis’. 5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m2 de terra rural para nesses mesmos 150 m2 assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos. 6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado ‘princípio’ da proporcionalidade. Ausência de ‘desvio de poder legislativo’ Recurso extraordinário a que se dá provimento.”¹¹⁸

2.2.2. Contexto.

Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto pela União Federal visando à reforma de acórdão de Tribunal Regional Federal que julgou improcedente pedido de desapropriação da propriedade (inteira) de quem cultiva planta psicotrópica em uma área de seu imóvel rural.

pelos sentenças do juiz)” (BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipor, 2003, pp. 180-1).

¹¹⁸ Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº. 543974, Relator Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-099 divulg 28-05-2009, public. 29-05-2009 ement vol-02362-08, p. 1477 RTJ vol-00209-01 p. 395 (em anexo, na íntegra).

De acordo com a decisão do tribunal *a quo*, apenas a área em que havia o cultivo ilegal pode ser desapropriada, a uma pelo teor literal do art. 243 da CF/88, que alude à desapropriação de “glebas ... onde forem localizadas as culturas ilegais”, a duas porque o confisco de toda a propriedade independentemente de sua extensão violaria o preceito de que ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), a três diante do princípio da proporcionalidade, já que, nesse caso, a pena pode ultrapassar a pessoa do infrator e atingir inclusive sua família.

Em direção oposta, o Supremo Tribunal Federal sustenta a necessidade de atribuição de um sentido adequado ao vocábulo “gleba”, contido no artigo 243 da Constituição Federal de 1988, a fim de conferir idônea significação à norma inferida do dispositivo constitucional em referência, considerando, especialmente, a sanção guardada para os que realizam culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Esse posicionamento defende que o “preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas às glebas, no seu todo”, pois a solução jurídica justa precisa dar um sentido “correto”, ainda que aparentemente diverso do que isoladamente poderia expressar o enunciado (a linguagem juridicamente mais precisa deveria referir a imóvel, ou até a propriedade), até porque não seria condizente com a sanção estabelecida: o espaço expropriado se destina ao assentamento de colonos e cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

Do que consta no acórdão em exame, especificamente do voto do Ministro Eros Grau, relator no recurso, verifica-se que o termo ou a expressão *gleba* foi entendida como *propriedade*, e que não se pode atribuir à palavra sentido diverso do indicado no dicionário, e, ainda, que o contexto em que se insere não dá outro entendimento senão a de que se trata da propriedade rural como um todo (e não apenas a área com o cultivo ilegal), reforçando que o sentido de propriedade estaria corroborado pela finalidade da norma e, inclusive, a partir de dados da realidade.¹¹⁹ O ministro relator refuta os demais argumentos por considerá-los impertinentes,

¹¹⁹ “No artigo 243 da Constituição *gleba* só pode ser entendida como *propriedade*. Propriedade sujeita expropriação quando nela ‘forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas’. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. Nesse artigo 243, *gleba* é a *propriedade* na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere *areas* em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas *glebas* no seu todo. Veja-se o contexto no qual o vocábulo se encontra (...). *Especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos*, diz o preceito no bojo do qual a palavra é usada. (...) Ora, como ocorre do que observei linhas acima, o sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de

uma vez que o processo se observou e tampouco se faz devida, nessa hipótese, indenização. Por fim, critica o que considera o uso desmedido do princípio da proporcionalidade no que toca à perda de toda a propriedade em decorrência do uso ilícito de uma parcela dela ainda que diminuta, uma vez que, para ele, o legislador constituinte já promovera a “préponderação” (esse termo não foi utilizado pelo Ministro em seu voto, mas é o que se pode extrair do que expressou).

O Ministro Cezar Peluzo, ao se valer de argumentos expostos por outros ministros, reforça que, no sentido mais imediato do texto constitucional, *gleba* está no sentido amplo de lugar onde se encontram as áreas plantadas, e corrobora esse entendimento diante do quão absurdo seria destinar para assentamento de colonos e cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos apenas a área em que descoberto o cultivo da planta psicotrópica, quer porque pode se mostrar antieconômica, quer porque pode levar ao absurdo de o infrator permanecer plantando no restante da área não expropriada.¹²⁰

2.2.3. Análise.

Trata-se como se vê, de um caso típico de imprecisão da linguagem. Embora na Corte Suprema a questão tenha sido decidida por unanimidade, isso não ocorreu no tribunal *a quo*, que se posicionou noutro sentido, do que se infere que a expressão *gleba* usada pelo dispositivo não denota inequivocamente o significado de imóvel rural ou de propriedade, e em toda sua extensão, tal como precisado no julgamento.

O dispositivo constitucional discutido é o seguinte:

elementos colhidos no texto normativo [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser]”(fls. 1482-6).

¹²⁰ “Em primeiro lugar, a norma constitucional não se refere a áreas plantadas, mas às glebas onde sejam encontradas as áreas plantadas. Esse é o sentido, vamos dizer, mais imediato que deflui do texto constitucional. E são coisas absolutamente diferentes área plantada e gleba onde há área plantada. Depois, o contexto semântico, como mostrou o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, não tolera outra interpretação, porque, se a norma destina o imóvel confiscado a assentamento de colonos, isso seria absolutamente inconcebível em terreno cuja área fosse absolutamente antieconômica do ponto de vista do cultivo. Além do mais, outra interpretação levaria a duas coisas. Levaria ao absurdo, por exemplo, de uma possibilidade teórica – e não pode ser desconhecida do ponto de vista prático – de o autor do ilícito ficar com a totalidade do imóvel residual para continuar plantando. É óbvio. Ou seja, a finalidade da norma é opor uma sanção grave, porque tem o sentido de confisco relativo a um ato ilícito que considera grave pelo seu alto desvalor jurídico. Noutras palavras, não se pode subestimar a sanção constitucional para reduzi-la a uma dimensão que não atingiria a sua racionalidade de desestímulo a ato ilícito de grande repercussão do ponto de vista social” (fls. 1486-9).

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Note-se que não se está diante de processo de raciocínio inválido sob o ponto de vista da lógica dedutiva por parte do tribunal *a quo*.

Considerando presentes as condições de fato, que se referem à existência de plantio ilegal em imóvel, e as suposições normativas, na convicção de que a consequência era a perda da área cultivada, dado o seu entendimento sobre o termo gleba, a decisão recorrida se utilizou do silogismo para, assim, aplicar a consequência de não atingir o imóvel em sua totalidade.

Está justificada internamente a decisão (a conclusão decorre logicamente das premissas), já que obedecida a sua forma mais simples (J.1.1) e a regra universal, que serve de base ao princípio de justiça formal. Também está justificada externamente na interpretação razoável (tanto que foi assim decidido por um colegiado) do direito positivo, a partir de enunciado normativo extraído do texto constitucional.

O Tribunal Constitucional, no entanto, ao se pronunciar no sentido de que o termo gleba significa o imóvel ou a propriedade rural e não a área plantada com plantas psicotrópicas, estabeleceu premissa normativa diversa, dando ao conseqüente normativo outra sanção: a perda da propriedade inteira.

Com isso, pode-se afirmar, simplesmente, que a regra inferida do texto constitucional também decorre diretamente de norma positivada, ainda que o termo técnico que normalmente se utilizaria fosse outro (imóvel, propriedade rural).

Nesse processo, a norma concreta (decisão) também se utiliza de dedução válida, estando justificada internamente, e porque baseada na interpretação da lei, justificada externamente.

Por outro lado, a decisão do STF adota, na verdade, rumo diverso. Embora afirme que o significado de gleba também decorra da interpretação direta do dispositivo constitucional, observa-se que premissas adicionais foram necessárias para decidir sobre o significado de

gleba, mediante inserção, primeiro, de uma regra que, não é de direito positivo (mas da linguagem), que estabelece equivalência entre os termos (gleba e propriedade/imóvel), e, assim, o silogismo (justificação interna), compondo-se a estrutura formal da fundamentação jurídica.

Contudo, a correção dessas premissas precisa ser justificada. Isso, no caso, foi feito quando, a partir dos *cânones da interpretação*, realizou-se a passagem da norma universal (lei constitucional) para a norma concreta (dispositivo) basicamente pela inclusão de regra sobre o uso das palavras (argumentos interpretativos), promovendo, assim, a *especificação da linguagem* técnica, intercalando, argumentos ora *semânticos*, quando se defende que o significado de gleba se extrai do contexto, ora *genéticos* (“vontade do legislador”), quando se sustenta que o que se quis alcançar foi a perda da propriedade e não apenas da área do cultivo ilegal.

A propósito, essa premissa, que permite a passagem da norma universal para a norma concreta, além de um argumento interpretativo (semântico-genético), também se interconectou com *argumentos empíricos* (do mundo do ser), o que autoriza a transição a discurso teórico, quando se apresentou, como razões para a fixação da premissa, as consequências esdrúxulas que causariam o efeito jurídico estabelecido pela decisão recorrida. Essa justificação externa pressupõe portanto diversas formas e regras (interpretação da lei, semântica e genética, argumentação empírica) e suas interconexões, e, ainda, as regras de transição, para a análise da linguagem e para o discurso teórico, estando patente a racionalidade jurídica e prática geral. Se esse raciocínio é válido, é razoável afirmar que, sob a ótica da Corte Constitucional, a decisão recorrida é juridicamente deficiente pois não satisfaz a pretensão de correção formulada na norma constitucional, dada a ausência de conexão qualificatória entre o Direito e a moral.¹²¹

¹²¹ Cf. ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Série de teoría jurídica y filosofía del derecho, no 18. Trad. y introducción de Paula Gaudino. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 110-1. De acordo com Alexy, “[a] pretensão de correção formulada no direito não é idêntica à pretensão de correção formulada na moral. É muito mais complexa. A razão disso é que as pretensões jurídicas estão engastadas no conteúdo institucional de um sistema jurídico. (...) a aplicação do direito implica argumentos morais, pelo menos nos casos difíceis, e que a legislação pretende ser moralmente justificável inclusive no caso de compromisso político. Em ambos os casos podemos falar dos elementos morais ativos no direito. Os elementos morais são só uma face da relação entre direito e moral. A outra cara pode ser caracterizada como a estrutura moral de direitos (inclui-se aqui as regras de processo) (ibidem, 107-8).

2.3. Caso “Quinto constitucional”.

2.3.1. Ementa.

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes dos TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salva-guarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “pensamento jurídico do possível”. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada.”¹²²

2.3.2. Contexto.

Trata-se de recurso de Embargos Infringentes interposto contra acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se impugna ato administrativo que, diante da vacância de cargos de magistrados de Tribunal Regional do Trabalho reservados ao “quinto constitucional”. O referido ato permitiu o encaminhamento, ao respectivo sodalício, de lista com seis nomes de candidatos para a disputa de cargo e, eventual, ingresso de membro do Ministério Público na carreira da magistratura, sendo que vários componentes da lista não preenchiam o tempo mínimo de dez (10) anos exigido por regra constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, sustentou, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que se está diante de caso em que estão disponíveis alternativas normativas possíveis e, com base no “pensamento jurídico do possível”, decidiu que se deve respeitar a “regra do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla”, para o exercício da “liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo”, em detrimento do cumprimento por vários candidatos do requisito dos dez anos na respectiva Procuradoria de Justiça. O STF reputou ser essa a solução mais aproximada da integridade da decisão constitucional:

“entre as interpretações cogitáveis, parece-me que aquela que mais se aproxima desse ‘pensamento do possível’, na espécie, é exatamente a perfilhada no voto do Carlos Velloso, que, como se vê, logra realizar os princípios em tensão dialética

¹²² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Embargos Infringentes em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.289-4-DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03.04.2003, DJ 27/02/2004, ement. 2141-2.

sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional, ou seja, respeita-se a regra do quinto constitucional e a cláusula da lista sêxtupla, que, menos do que a revelação de um número cabalístico, contém uma definição em favor da liberdade relativa de escolha por parte do Tribunal e do Poder Executivo. Muito mais distante da vontade constitucional seria a composição do Tribunal sem a participação dos integrantes do Ministério Público, seria dizer, sem a observância do quinto constitucional na espécie. Da mesma forma, haveria de revelar-se distante do texto constitucional a composição da lista com número superior ao estabelecido constitucionalmente, afetando o modelo já restrito de liberdade de escolha. Não há dúvida, pois, que, entre os caminhos possíveis de serem trilhados, escolheu a Resolução aquele que mais se aproxima da integridade da decisão constitucional, respeitando o quinto constitucional e a liberdade de escolha dos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.”

Noutra linha argumentativa, o ministro relator salientou que a regra que requer o cumprimento de período de dez anos como membro do Ministério Público (ou no exercício da advocacia) deixou de prever situações excepcionais, especialmente as circunstâncias existentes e prováveis na fase inicial de instauração do novo modelo constitucional, aduzindo que se trata de situação de ausência de disposição transitória e que o próprio intérprete poderia suprir.¹²³

A conclusão é de que a lista pode, diante das circunstâncias, ser preenchida com nomes de candidatos à vaga do quinto constitucional ainda que ausente o requisito do tempo.

Oportuno o registro do que sustenta o Ministro Moreira Alves, mesmo que vencido em seu posicionamento.

Esse Ministro defende que “valor maior” que a prerrogativa do Tribunal ou do Presidente da República é justamente a circunstância de a Constituição só admitir que entrem pelo quinto os que cumpram as condições estabelecidas, salvo se não houvesse ninguém (e havia), caso em que, aí sim, se aplica o princípio *ad impossibilia nemo tenetur*. Por fim, ainda acrescentou entender ser inadmissível não declarar a inconstitucionalidade com o suprimento de uma lacuna.

¹²³ “Assim, também no caso em apreço parece legítimo admitir que a regra constitucional em questão contém uma lacuna: a não-regulação das situações excepcionais existentes na fase inicial de implementação do novo modelo constitucional. Não tendo a matéria sido regulada em disposição transitória, parece-me adequado que o próprio intérprete possa fazê-lo em consonância com o sistema constitucional. E, tal como demonstrado, a afirmação que menos se distancia do sistema formulado pelo constituinte parece ser aquela que admite a composição da lista com procuradores do trabalho que ainda não preenchiam o requisito concernente ao tempo de serviço. Assegurou-se aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária dentre procuradores com tempo de serviço inferior a 10 anos, na hipótese de inexistência de candidatos que preenchessem o requisito temporal fixado.”

2.3.3. Análise.

Convém, antes, conhecer o teor do dispositivo constitucional que rege a espécie. Embora se possa extrair de diversos dispositivos (CF/88, arts. 94, 115¹²⁴ e 111, §1º, incisos I e II¹²⁵), parece ser suficiente a transcrição apenas do art. 94 da CF, *verbis*:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

As razões expostas para solução pelo encaminhamento da lista sêxtupla com nomes de pessoas sem o preenchimento de requisito estão atribuídas à necessidade de atendimento à “regra do quinto constitucional” e à “cláusula da lista sêxtupla”.

O voto do Ministro relator se embasou nos argumentos expostos por voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso na correspondente Ação Direta de Inconstitucionalidade (o recurso de Embargos Infringentes é que está sendo julgado), nestes termos:

“É que o princípio, o do quinto constitucional, constitui a premissa maior. É certo que o requisito do tempo na carreira o embasa. Este, entretanto, há de ceder no momento em que a realização do princípio possa não ocorrer por falta de membros do Ministério Público que o satisfaçam. Temos informações seguras no sentido de que em diversos TRTs, em razão do deferimento da cautelar, suspendendo a eficácia da resolução objeto desta ação, há vagas de juízes do Ministério Público que estão ocupadas por juízes de carreira”

¹²⁴ “Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, sendo dois terços de juízes togados vitalícios e um terço de juízes classistas temporários, observada, entre os juízes togados, a proporcionalidade estabelecida no art. 111, § 1º, I” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Em 27/03/2011).

¹²⁵ “Art. 111 (*omissis*) § 1º - O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, sendo: I - dezessete togados e vitalícios, dos quais onze escolhidos dentre juízes de carreira da magistratura trabalhista, três dentre advogados e três dentre membros do Ministério Público do Trabalho; II - dez classistas temporários, com representação paritária dos trabalhadores e empregadores” (. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Em 27/03/2011).

Note-se, entretanto, que, embora a questão da imprecisão/vagueza da linguagem seja uma questão de grau (uma vez que “nunca é algo predado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso”),¹²⁶ há “núcleos de sentido” que permitem uma condição prévia insuperável que não se pode afastar.

O dispositivo, em análise (transcrito alhures), estabelece que a lista sêxtupla deve ser composta com membros que possuem mais de dez anos de carreira. Essa norma, segundo as concepções já adiantadas, caracteriza uma regra (condicional), uma vez que, como mandamento definitivo, ordenam algo sob determinadas condições. Se possui validade, deve-se fazer exatamente o que ela exige; ou se a cumpre, ou se não a cumpre. Uma lista composta de nome de pessoas que não atendem esse requisito não poderia, numa primeira análise, sequer caracterizar “lista sêxtupla”. Afirmar, portanto, que se observou o quinto constitucional e a cláusula sexta não permitem compor adequadamente a cadeia de premissas que a racionalidade interna do julgado deve obedecer.

Alexy observa que o aspecto mais importante da exigência de dedutibilidade é exatamente o de não encobrir as premissas não extraídas do direito positivo.

Não obstante, atende mais à necessidade da dedutibilidade e de apresentação, portanto, de regras universais o argumento utilizado em um segundo momento. Isso porque, em seguida, admite-se expressamente uma lacuna e, também, a inserção de uma cláusula de exceção, construída a partir de fundamentação baseada em argumento fático, pois se reconhece que a consequência da não introdução da exceção se mostra mais indesejada do que a simples obediência à regra, que seria a impossibilidade de preenchimento da vaga do quinto pela classe respectiva com base em um procedimento institucionalizado, o que implica a ausência de representatividade da classe.

Logo, se reconhece consequências não almejadas como razões para a regra de exceção. Isso importa o uso de regras da razão prática e das suas formas típicas também. As consequências ruins do cumprimento da regra servem de razões para o seu não cumprimento e para a criação da cláusula de exceção.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

Há dois problemas para a introdução dessa regra de exceção que permite o encaminhamento de lista com nomes de pessoas que não preenchem os requisitos estabelecidos em regra constitucional: (a) a aquisição do caráter *prima facie* da regra decorre, como visto, da superação de princípios formais, ou seja, dos que conferem rigidez ao sistema, que privilegiam as regras editadas pelas autoridades competentes e que não permitem que se relativize “sem motivos uma prática estabelecida”,¹²⁷ e, ao que tudo indica, as razões adicionais que justificariam essa flexibilidade da própria constituição não está muito evidente no caso, sobretudo se se argumentar que a representatividade não estaria abalada com a indicação de quem preenchesse o requisito, sem a submissão da lista aos poderes da República; e (b) há uma regra de precedência que estabelece que o nível das regras têm primazia em face do nível dos princípios “a não ser que razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”¹²⁸.

Esse talvez seja o caminho para que justificar uma norma de decisão que satisfaça a pretensão de correção formulada pela norma constitucional, o que seria possível, se se entender, por exemplo, que a representatividade do órgão em alguma medida estaria sendo obedecida sem o envio da lista, conforme, aliás, defendeu outro magistrado.

Para Moreira Alves, somente se imporia o envio da lista *se e somente se* não houver ninguém que cumpra o requisito constitucional estabelecido. Ainda que essa possa não ser considerada uma boa solução, pode-se afirmar que a justificação externa não mereceu a racionalidade devida, não sendo razoável que se ancore em num suposto “argumento de autoridade”, até porque a invocação de que em outras situações se acolheu o “pensamento do possível” não parece preencher a exigência.

2.4. Caso “Ação direta”.

2.4.1. Ementa.

“Recurso especial. Ação de indenização diretamente proposta contra a seguradora. Legitimidade. 1. Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente,

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 104-5.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Ibidem*, pp. 104-5).

que se nega a usar a cobertura do seguro. 2. Recurso especial não conhecido.”¹²⁹

2.4.2. Contexto.

Trata-se, de caso em que vítima de acidente de trânsito, visando ao recebimento de indenização, aciona diretamente a seguradora com quem o causador do acidente mantém contrato de seguro de responsabilidade civil. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito pleiteado mesmo na ausência de qualquer relação negocial (contratual) entre o demandante, quem teve seu patrimônio jurídico lesado pelo acidente automobilístico e a demandada, sem que portanto se caracterize um inadimplemento (descumprimento de obrigação contratual) ou ato ilícito (*stricto sensu*) da seguradora como causador do dano.

Merecem destaque as manifestações do Ministro Eduardo Ribeiro, que, ao proferir voto-vista, acompanhando voto do “relator para acórdão” (Min. Menezes de Direito),¹³⁰ admite expressamente não haver base legal para condenar a seguradora a indenizar terceiro:

“Não obstante a ausência de texto legal explícito que permita afirmar a viabilidade da ação direta, ganha força a corrente que admite exija a vítima da seguradora, o pagamento da indenização, embora com ela não haja contratado. Há forte tendência a não se permitir que os danos injustamente sofridos fiquem sem reparação. (...) Cumpre reconhecer que essa a melhor solução e que se encontra coerente com os princípios que informam o ordenamento, embora não se possa apontar específico texto legal que diretamente a ampare.”

Esse mesmo julgador, a corroborar a tese de que não existe dispositivo legal que dê sustentação à pretensão do demandante recorre a “princípios que informam o ordenamento” e, assim, à atividade criadora da jurisprudência: “[a] jurisprudência, entretanto, tem papel criador desde que exercido com a necessária prudência. (...) Em interpretação construtiva tenho como aceitável a tese a admitir a ação direta.”

Importa salientar que o caso se refere à situação regulada pelo Código Civil de 1916, de sorte que não seria possível invocar a aplicação do disposto no art. 787 do atual Código Civil de

¹²⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 228.840/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. para Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 26/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 150.

¹³⁰ O ministro a quem o processo fora distribuído originariamente, Ministro Ari Pargendler, deu provimento ao recurso para extinguir o processo sem resolução de mérito por ausência de “condições da ação”.

2002 (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)¹³¹ - se é que dele se pode extrair norma que dê respaldo à ação direta.¹³²

2.4.3. Análise.

O voto proferido pelo Ministro Menezes de Direito (relator para acórdão), além dos argumentos da doutrina na defesa da ação direta, sustenta que se o segurado se nega a pagar a indenização é razoável que se impute à seguradora o “cumprimento” do contrato e assim o pagamento da indenização.

Aqui não interessa a opinião do autor, mas apenas de lembrar que, tanto a racionalidade prática jurídica quanto a geral exigem que a norma de decisão a ser exarada deve ser fundamentada por pelo menos uma regra que seja válida universalmente (ver regras J.1.1 e 1.3), que serve de base ao princípio formal de justiça. Essa parece não estar muito clara apenas do que registra o relator quando entende devida a responsabilidade da seguradora “pela simples razão de não ser possível desconhecer que o destino do contato de seguro, é, exatamente, cobrir o ressarcimento devido à vítima de ato ilícito”.

É plausível admitir que a regra universal, que deve servir de fundamento à norma de decisão, consista na premissa que considera a seguradora solidariamente responsável pelo dever de indenizar terceiro por danos causados a seu patrimônio pelo segurado se esse recusar a pagar e a acionar a seguradora ou se essa, acionada pelo segurado, recusar o pagamento (está, pressuposto o ônus da vítima de provar a conduta ilícita do segurado no processo).

¹³¹ BRASIL, Código Civil de 2002 (Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002): “Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. § 1º Tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. § 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador. § 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. § 4º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm

¹³² Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que só ocorreu um ano após sua publicação (ocorrida em 11.01.2002), conforme artigo art. 2.044: “Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação. consolidou-se sob a égide do Código Civil de 1916 a tese da admissibilidade da ação direta, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cf., por exemplo: BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 290.608/PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 03/10/2002, DJ 16/12/2002 p. 341; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 257880/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 03/04/2001, DJ 07/10/2002 p. 261; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 401.718/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 03/09/2002, DJ 24/03/2003 p. 228.

Nessa linha, parece razoável afirmar que *enunciados empíricos* servem para fundamentar a regra, ingressando, portanto, na estrutura lógica da decisão, assim como para justificá-la externamente.¹³³

A primeira hipótese seria o caso de se reconhecer o comportamento do segurado e da seguradora, diante das circunstâncias, como contrários à boa-fé e, portanto, sujeitos aos efeitos da obrigação de indenizar; e a segunda hipótese o caso de se considerar como razões capazes de justificar a premissa pelas consequências que a sua não aplicação causa no contexto sócio-econômico, dando-se, por outro lado, primazia aos interesses das vítimas, na recomposição dos patrimônios jurídicos das pessoas que sofrem danos injustos em acidentes automobilísticos,¹³⁴ estabelecendo-se um discurso de justiça distributiva.

Por outro lado, também se afigura razoável extrair, até em conjunto com os argumentos empíricos referenciados, outros argumentos: dogmático e analógico. Aquele estaria apoiado aparentemente no pensamento esboçado pela doutrina que decide, diante das circunstâncias, equiparar a condição da seguradora à de devedora do devedor da vítima (o segurado), que é a ideia central da “ação direta”, estendendo, com isso, o suporte fático do enunciado dogmático expresso no conceito da ação direta. O argumento analógico, tipicamente jurídico, estabeleceria essa *relação de semelhança* autorizativa da colocação da seguradora “no lugar” de alguém que se encontra na condição de “devedor de devedor” em outras situações.

Por fim, se estiverem corretas essas ilações, a racionalidade das premissas e a racionalidade da decisão estariam satisfatoriamente justificadas com base na metodologia da argumentação jurídica como caso especial da geral.

¹³³ A argumentação empírica serve tanto diretamente para a justificação dos enunciados empíricos empregados na justificação interna quanto para a justificação de enunciados empíricos empregados na justificação externa de enunciados empíricos ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008. p. 223 – nota 52).

¹³⁴ Não parece ser outro o sentido dado por Paulo Luiz Netto Lobo quando afirma que: “A primazia do interesse da vítima tem sido valorizada pela afirmação específica do princípio constitucional da igualdade, mediante o qual **não pode o legislador ou o intérprete dar tratamento desigual aos danos** (a exemplo da distinção corrente no Brasil entre obrigações de meio e de resultado – item 2.7, abaixo), segundo considerações que importem variação da carga probatória exigida da vítima **ou exclusão de imputabilidade do responsável**. Esse princípio tem sido reiteradamente afirmado no Conselho Constitucional francês, no sentido de **não se poder negar à vítima de dano direito igualitário à reparação**. A intensa transformação do direito à reparação civil, do direito dos danos, ou, simplesmente, da responsabilidade civil, na perspectiva da sociedade democrática e de efetivos exercícios de direitos sociais, demonstra que o ‘instituto é eminentemente contemporâneo e marcado por algumas contradições’ de ordem ética, pela ausência de papéis claros da sociedade e do Estado, em suma, da responsabilidade social que o envolve.” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.15 – destaques não originais).

Derradeiramente, muito importa para encerrar essa análise o que restou consignado no voto do Ministro Eduardo Ribeiro após a refutação de cada uma das regras expressas a partir dos dispositivos legais invocados: a existência de uma lacuna, o reconhecimento de que não há regra de Direito positivo que respalde a pretensão da demandante.

Além disso, há um reforço dos argumentos empíricos que fundamentam a justificação externa, quando afirma que “[h]á forte tendência a não se permitir que os danos injustamente sofridos fiquem sem reparação” e que casos como esses abrem espaço para a criação jurisprudencial, reafirmando a admissão, no caso, da “ação direta” (não obstante isso, sugere que a lide seria decidida com base no fato de que a seguradora teria sinalizado pagamento espontâneo diretamente à vítima, algo que nem foi enfrentado no juízo *a quo*).

2.5. Caso “responsabilidade do proprietário do veículo”.

2.5.1. Ementa.

“Civil. Responsabilidade civil. Veículo dirigido por terceiro. Culpa deste a abalroar outro veículo. Obrigação do proprietário de indenizar. Contra o proprietário de veículo dirigido por terceiro considerado culpado pelo acidente conspira a presunção ‘*iuris tantum*’ de culpa ‘*in eligendo e in vigilando*’, não importando que o motorista seja ou não seu preposto, no sentido de assalariado ou remunerado, em razão do que sobre ele recai a responsabilidade pelo ressarcimento do dano que a outrem possa ter sido causado. Recurso conhecido e provido.”¹³⁵

2.5.2. Contexto.

Cuida-se de situação em que o proprietário de veículo automotor responde civilmente pelos danos decorrentes de acidente automobilístico causado por conduta culposa de quem o dono do automóvel entrega a direção.

Do voto do Ministro Relator Cesar Asfor Rocha extrai-se que a responsabilidade civil em questão deve recair sobre o dono do veículo tão-somente em razão da cessão de uso do automóvel que culposamente causa danos a outrem, *verbis*:

“As instâncias ordinárias consignaram que a recorrida não provou – sequer demonstrou interesse em provar – que teria sido contra a sua vontade que o motorista causador do acidente estava dirigindo o seu veículo. (...) Com efeito,

¹³⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 5.756/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 08/10/1997, DJ 30/03/1998, p. 65.

contra o proprietário de veículo dirigido por terceiro conspira a presunção *iuris tantum* de culpa e *in vigilando*, em razão do que sobre ele recai a responsabilidade pelo ressarcimento do dano que a outrem possa ter sido causado”.

Nesse sentir, seguiu-se o voto do Ministro Barros Monteiro, que, após citar julgados do Supremo Tribunal Federal e a doutrina de Aguiar Dias, manifestou-se no sentido de que se aplicaria a teoria da guarda, que consistiria em reputar responsável a aquele a quem a guarda do bem se imputa, instituto que guardaria “nítida conotação” com a teoria da responsabilidade objetiva.¹³⁶ Noutro sentido, conclui o Ministro Fontes de Alencar, abrindo a divergência com base nos seguintes argumentos:

“se o condutor do veículo recebe autorização do Estado para dirigir o veículo, não se pode atribuir responsabilidade ao proprietário do automotor por haver entregue seu automóvel a alguém que o Estado disse que estaria habilitado para dirigir, salvante a hipótese de se demonstrar que esse condutor habilitado tivesse maus antecedentes ou fosse alguém que já tivesse sofrido suspensão do direito de exercer a direção de veículo; mas disso não se cuida no caso.”

Acompanhando a divergência, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, aduziu que:

“em se tratando de responsabilidade civil, decorrente de ato automobilístico, em caso de empréstimo, não envolvendo outras circunstâncias peculiares e nem a figura da preposição, cabe ao autor demonstrar o nexos resultante da culpa daquele que estava à direção do veículo. Não ocorrendo tal demonstração e não sendo caso de responsabilização decorrente da teoria objetiva ou de teoria da responsabilidade sem culpa, não vejo, com a máxima vênua, como atribuir essa responsabilidade ao proprietário do veículo nesses casos, onde não haveria circunstância a desautorizar o ato do empréstimo.”

Finalmente, o “voto minerva” (de desempate) foi proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, remetendo-se a voto que proferira no Recurso Especial nº. 116.828/RJ (em que um pai havia emprestado carro a seu filho), fez referência a dispositivo legal francês que regula a indenização por acidente na circulação:

¹³⁶ “Assim, o proprietário do veículo responde solidariamente com o motorista causador do dano, a quem fora entregue o auto, em razão de ter ele o dever de guardar. Ele é o guardião da coisa e de coisa considerada perigosa. Em substância, a raiz da responsabilidade do dono do carro vai centrar-se na ideia fundamental da guarda (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade civil, p. 226, 4ª., revista). Em suma, de acordo com a teoria da guarda, “o proprietário do carro causador do dano é responsável porque (ou quando) tem a sua guarda” (Prof. Caio Mário, ob. e página. citadas). De observar-se que tal diretriz possui nítida conotação com a teoria da responsabilidade objetiva: ‘quem incumbe uma pessoa de assumir a guarda de uma coisa é para encarregá-la de um risco’ (Aguiar Dias, evocado pelo Prof. Caio Mário da Silva Pereira, obra citada, p. 215).”

“No Brasil, à falta de norma legislada para o caso, doutrina e jurisprudência deram interpretação extensiva ao sistema, uma vez que nele está admitida genericamente a responsabilidade do dono pelo dano da coisa ou do animal (arts. 1527 e 1529 do CC) e do proponente pelo dano do preposto (art. 1521, III do CC), cuja culpa é presumida (Súmula 341/STF). O aumento significativo dos acidentes no trânsito e a solidificação da idéia em torno do ato ilícito, mas sim do dano injusto sofrido pela vítima foram fatores que levaram os Tribunais a reconhecer a responsabilidade do dono do veículo que permite o uso por terceiro, seja a título de locação, seja a título de preposição, e também quando inexistente a preposição”.

A situação *sub judice* também era regida pelo Código Civil de 1916, quando se quer a “responsabilidade civil indireta” ou “responsabilidade civil por fato de terceiro” se submetia ao regime da responsabilidade civil objetiva,¹³⁷ pois se exigia a presunção de culpa (*in vigilando, in eligendo* ou *in custodiendo*) nessas hipóteses de responsabilidade, conforme o que estabelecia o art. 1.523 do Estatuto Civil então vigente.¹³⁸

Esse dispositivo, como o próprio Ministro salientou não se adequava rigorosamente ao caso dos autos. É que não se trata de uma relação trabalhista, de preposição ou profissional entre o proprietário do veículo e o condutor causador de dano a outrem, nem, na espécie, do filho do proprietário, mas de alguém a que o uso havia sido cedido gratuitamente.

Apesar disso, a “responsabilidade civil indireta” se imputou ao dono do automóvel, simplesmente pelo “uso culposos” dado pelo condutor causador de danos, sem necessidade,

¹³⁷ CC/2002: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos (grifo não original). (...) Art. 942. (*omissis*). Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932” (BRASIL. *Código Civil* (Lei nº. 10.406/2002, DOU: 11.1.2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Extraído de:. Em 15/03/2011).

¹³⁸ CC/1916: “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522); IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia. Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas, que exercerem exploração industrial. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919). Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, V, **só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte**” (BRASIL. *Código Civil* (Lei nº. 3.071/1916, DOU: 5.1.1916. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Extraído de:. Em 15/03/2011).

portanto, de haver qualquer relação causal entre o comportamento culposos do proprietário e o acidente automobilístico.

O entendimento, nota-se, contrariava não apenas o disposto no artigo 1.060 do CC/1916¹³⁹, mas o princípio geral da responsabilidade civil subjetiva a que o particular só não estava subordinado nas exceções legalmente previstas, então expresso pelo disposto no artigo 159 do CC/1916.¹⁴⁰

2.5.3. Análise.

Esse é um exemplo de um posicionamento jurisprudencial de decisão que não encontra respaldo legal. Não há previsão na lei que estatua a responsabilidade civil pelo fato de terceiro pela simples decorrência da propriedade de veículo automotor. Tampouco se aplica ao dono do automóvel responsabilidade civil pelo fato de coisa, ou seja, como guardião, uma vez que o poder de controle sai do seu dono, que confere a posse direta a outrem de forma *legitimamente*. A objetivação dessa responsabilidade se dá apenas nos casos em que o controle ou a direção da coisa se mantém no poder do guardião - o que não se verifica no comodato ou locação - ou, ainda, quando o controle ou direção do bem se perde por negligência, como no caso do furto de veículo deixado aberto e com a chave na ignição.

Não bastasse, ao estabelecer, como exceção, as classes de pessoas que respondem pelo fato de outrem e não incluir particular (não-profissional) que empresta seu veículo de forma gratuita, e sem qualquer vínculo empregatício ou de preposição, dá razões para que não se estenda a outra classe de pessoas, senão as que apresentem iguais em seus aspectos relevantes. Apesar disso, é um entendimento que se mantém pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem que ainda hoje haja amparo legal estrito, já que a norma que, *a priori*, deveria incidir decorre do artigo 927, *caput*, do Código Civil de 2002, que, conjugada com a extraída dos arts. 186 e 932 do mesmo diploma legal (que, respectivamente, exige a conduta culposa

¹³⁹ CC/1916: “Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato” (BRASIL. *Código Civil* (Lei nº. 3.071/1916, DOU: 5.1.1916. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Extraído de:. Em 15/03/2011).

¹⁴⁰ CC/1916: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” (BRASIL. *Código Civil* (Lei nº. 3.071/1916, DOU: 5.1.1916. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>. Extraído de:. Em 15/03/2011). Esse dispositivo segundo a doutrina de Martins-Costa é representa “uma verdadeira cláusula geral de responsabilidade por culpa” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 301).

para responsabilizar o agente e que enumera casos excepcionais da responsabilidade indireta ou pelo fato de outrem¹⁴¹), não autoriza a interpretação de que um particular responde por que um veículo de sua propriedade conduzido por outra pessoa causa danos a terceiros.

Atualmente há “cláusulas gerais” de responsabilidade civil objetiva (v.g., CC, 187, 927, parágrafo único, e 929), que, todavia, não foram até então invocadas como argumento dessa responsabilidade.

A conduta culposa se caracterizaria, p. ex., nos casos em que o automóvel fosse entregue a quem é dado a ingerir bebida alcoólica ou que frequentemente tem sua licença suspensa em decorrência de infrações no trânsito.¹⁴² Mas, não foi o caso.

A propósito, o precedente citado pelo Ministro Ruy Rosado, se referia ao caso em que um pai havia emprestado carro a seu filho, mas as repetições de outras situações já vinham tornando o que poderia ser visto como uma exceção à regra a própria regra, a ser adotada universalmente “*o proprietário do veículo que o empresta a terceiro tem responsabilidade por danos causados pelo seu uso culposo*”.¹⁴³ Se estiver correto esse raciocínio, o que os tribunais fizeram originalmente (antes de firmado o posicionamento) nada mais é do que se utilizar da argumentação prática racional, pois, afastando-se da lei e da dogmática.

Em suma, pelo método do sopesamento, decide-se pela prevalência do direito patrimonial da vítima (que muitas vezes serve à compensação de lesões pessoais) ao lado de interesses histórico-sociais de preservar a situação das vítimas de acidentes automobilísticos e do custo social, baseado em elementos sociológicos e fundados em razões de ordem político-social, qual seja, o de promover gradual e incessantemente a segurança no trânsito; tudo em confronto com interesses meramente patrimoniais do dono do veículo. É o caso em que, embora em colisão direitos fundamentais aparentemente idênticos (patrimônio x patrimônio)

¹⁴¹ É de se salientar que os dispositivos expressavam *regras excepcionais*, normas que se opunham a princípios fundamentais do sistema, que tinha a responsabilidade subjetiva como regra e a exigência do nexos causal (e do dano) como pressupostos dela, e a orientação geral é a de se não admitir, nesse caso, o recurso à analogia (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 153).

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 176-8, 178-9.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 123.023/RS, Rel. Ministro William Patterson, 6ª Turma, julgado em 12/05/1997, DJ 16/06/1997, p. 27467.

“entra um terceiro elemento da colisão total, um dever de proteção”, tornando claro porque muitas colisões são complexas.¹⁴⁴

2.6. Caso “Posições jurídicas judicializáveis”

2.6.1. Ementa.

“CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumpre ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 53/2006.”¹⁴⁵

2.6.2. Contexto.

Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Santo André contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público de São Paulo, determinou o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas, independentemente da alegada inexistência de vagas ou insuficiência de recursos financeiros, com base no art. 208, VI, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que o dever do Estado com a educação se efetiva pela garantia de “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.¹⁴⁶

O Supremo Tribunal Federal, no caso, reconheceu o direito de crianças de zero a cinco anos de idade (o acesso) à educação infantil, impondo ao Poder Executivo a execução de atos materiais essenciais para dar “concretude”¹⁴⁷ a isso, sem que se possa falar “em ingerência do

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 57-8.

¹⁴⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº. 384.201 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 26/04/2007, DJe-072, divulg. 02-08-2007, public. 03-08-2007 DJ 03-08-2007, p. 80, ement. vol-02283-05, p. 890.

¹⁴⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 16/03/2011. Essa era a redação original do dispositivo (antes da redação promovida pela Emenda Constitucional nº. 53/2006) sob o qual a lide se instaurou e sob a base na qual a decisão do tribunal local e da unipessoal do ministro relator que, em 25/03/2004, negava seguimento ao recurso da municipalidade (cf.: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=384201&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Em 16/03/2011). Embora o acórdão transcrito tenha invocado norma extraída do dispositivo alterado, a jurisprudência do STF se formou independentemente da alteração.

¹⁴⁷ Vale-se aqui de termo utilizado por Miguel Reale, em verdade, no contexto da legislação ordinária. Ao falar sobre o Código Civil de 2002, Reale enfatiza a necessidade de que esse diploma seja estudado a partir da concepção do homem concretamente considerado (cf. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005, p.62).

Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo” ou, de outra forma, pela legítima “interferência” do Judiciário na implementação de políticas públicas na seara dos direitos sociais (direitos constitucionais de segunda dimensão).

Determina, o STF, que, se for o caso, os entes políticos devem ampliar suas redes de ensino, construindo escolas e creches, adquirindo recursos materiais e pessoais, promovendo, enfim, todos os atos necessários e adequados à implementação de políticas públicas relacionadas ao ensino infantil.¹⁴⁸

Destaca-se, ainda, que, não obstante a existência de dispositivo constitucional estabelecendo que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (CF, art. 208, IV, §1º), o dever do Estado com a educação, quando da formação desse posicionamento jurisprudencial, não se dava mediante *garantia* de “educação infantil” (isso se deve à EC/2006), mas mediante garantia de “atendimento” a crianças em creche e pré-escola.

2.6.3. Análise.

Nota-se, a propósito, que, embora haja, atualmente, dispositivo constitucional estabelecendo que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (CF, art. 208, IV, §1º), não se extrai desse enunciado o exato sentido e o alcance do termo “acesso”.

Ainda vale sublinhar que, em sua redação original, o dever do Estado seria efetivado mediante o “*atendimento* em creche e pré-escola”. Só posteriormente sua redação foi alterada pela Emenda Constitucional n.º 53/2006 para *garantir* a “educação infantil” (antes, se garantia “o atendimento”) em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos.

¹⁴⁸ Vide, também: BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. AI 592075 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104, divulg. 04-06-2009, public. 05-06-2009, ement. vol.-02363-11, p.02204, RT v. 98, n. 887, 2009, p. 172-174; BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n.º 554075 AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157, divulg. 20-08-2009, public. 21-08-2009, ement. vol-02370-08, p. 01716; BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n.º 464143 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030, divulg. 18-02-2010, public. 19-02-2010, ement.vol-02390-03, p.00556.

Ainda assim, *o significado das expressões “atender” e “garantir”* precisou, no contexto de todo o material fornecido pela dogmática,¹⁴⁹ *ter seu sentido “re-construído” pelo juiz*, no processo, pela atividade interpretativa e decisória.¹⁵⁰

A investigação e o conhecimento da realidade social e política, inclusive a partir das razões apresentadas pelos litigantes, permitiu, no particular, que se chegasse à conclusão de que o dever correspondente ao referido “direito subjetivo” pode e deve se “traduzir” nos verbos “construir” escolas e salas de aula, “adquirir” equipamentos, “contratar” mão-de-obra etc.

No caso mencionado, um embate argumentativo, que leva em conta conceitos jurídicos como a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”, estabelece um conflito entre princípios constitucionais, o que torna de extrema importância as *razões de decidir* expostas para solução da questão litigiosa.

A então muito discutida interferência do Poder Judiciário na promoção de direitos à prestação, mitigada pelo afastamento sistemático do argumento da “reserva do possível” parece poder ser respondida pela *idéia-guia* com a qual Alexy sugere que se trabalhe, como um conceito geral e formal de direitos fundamentais, assim expresso:

¹⁴⁹ Alexy também afirma que a possibilidade de reconhecimento de um enunciado normativo depende não apenas dos enunciados conexos a ele, mas, inclusive, do seu “uso”, aludindo a circunstâncias e regras de sua utilização. Percebe-se então que, também segundo Alexy, a identificação da norma depende da intervenção do intérprete, já que para ele, isso se infere “a partir dos dispositivos e do seu significado usual”. Além das referências expressas às distâncias que separam texto e dispositivo de norma e enunciado normativo, reforçam o entendimento dessa particularidade, o próprio alcance que atribui ao conceito da dogmática jurídica, que “é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente predeterminado”, que supõe a compreensão acerca das três dimensões da dogmática (analítica, empírica e normativa). Assim, “[e]m face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se como um princípio unificador. Se a ciência jurídica quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve ela combinar essas três dimensões. Ela deve ser uma disciplina integradora e multidimensional: combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática. As razões disso são facilmente perceptíveis. Para se obter uma resposta a uma questão sobre o que deve ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo. O conhecimento do direito positivo válido é tarefa da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos, o material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de dever-se. Isso leva à necessidade de juízos de valor adicionais e, com isso, à dimensão normativa” (Ibidem, pp. 37-38. Cf. tb. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.pp. 34 e35).

¹⁵⁰ “... o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. (...) Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos, a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual” (AVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34).

“direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”, pois remete ao “problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível democraticamente”, o que seria um “problema inevitável e permanente.”¹⁵¹

Enfim, impõe-se portanto uma verdadeira mudança de perspectiva, especialmente considerada a diversidade de “*posições jurídicas judicializáveis*”.¹⁵²

2.7. Conclusões.

Não é a intenção, nesses exames, apontar falhas, mas verificar, antes, a própria utilização da argumentação jurídica com argumentação prática geral, a fim de se mostrar que é plausível metodologia apresentada, com a evidenciação de algumas questões relevantes da teoria de Alexy.

A argumentação jurídica, em integração com a argumentação racional geral, fez-se presente em casos de imprecisão da linguagem, conflito normativo, lacuna, em decisão contrária à lei, exatamente nas situações que Robert Alexy defende ser necessária.¹⁵³ Isso deixa claro que a teoria dos princípios não é suficiente para justificar a racionalidade das decisões judiciais,¹⁵⁴ e a necessidade frequente da racionalidade prática geral passa muitas vezes despercebido, o que parece confirmar a tese do discurso jurídico como caso especial.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 446-7.

¹⁵² ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional - O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2007, p. 212.

¹⁵³ Vide nota 19 (ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 23-4). Referindo como “possibilidades remanescentes da tópica”, o próprio Canaris, crítico do pensamento tópico, admitia sua aplicação exatamente nas mesmas hipóteses: “sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas”, como ocorreria nos casos de *lacunas da lei*, na concretização das cláusulas gerais (“nas quais a tópica é bem mais que um mero auxiliar, surge uma tendência clara para sistematização”) e nos casos de equidade, além de reconhecer seu uso *complementar* com o pensamento sistemático (falta a referência) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 269 e ss.).

¹⁵⁴ Alexy sustenta que os princípios e as regras não são capazes de sustentar a tese da única resposta correta e que se pode apreender os déficits da teoria dos princípios e defender a teoria do caso especial através de uma teoria da argumentação jurídica conduzida de acordo com um conceito de razão prática. (Cf. ALEXY, Roberto. *Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica*. Trad. Manuel Atienza. *Doxa 5_07*, 1998. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em 06/03/2011).

Houve caso, como o do “Quinto constitucional”, em que, aparentemente, um mandado definitivo, regra constitucional, embora tratada como princípio, foi claramente superada pela decisão, tendo sido aventada, inclusive, hipótese de lacuna da lei. A situação de lacuna também foi expressamente constatada no caso da “Ação direta”. Assim como em outros casos semelhantes, no caso “Gleba” somente depois de “retirada” a imprecisão da linguagem é que se poderia afirmar, com segurança, que a decisão não se deu contra a “literalidade da lei”.

A propósito, nenhuma das duas situações é desconhecida ou ignorada pelo ordenamento jurídico-processual. Isso apenas reforça a necessidade de argumentação jurídica também nesses casos, já que a racionalidade serve para justificar a superação da lei, mas serve para permitir a impugnação à decisão que a promove.

A ausência do material normativo previamente dado exige que se acrescente premissas normativas que se aduzem como fundamentação, e isso se refere “apenas” ao caráter estrutural da decisão, à exigência de dedutibilidade (“silogismo sentencial”).

Além disso, como salientado ao longo das análises, as premissas usadas na justificação interna também devem ser justificadas, mediante a interpretação da lei, dogmática, precedente, razão, argumentação empírica e as formas especiais de argumentos jurídicos.

A exigência de motivação/fundamentação se impõe cada vez mais num Estado Democrático. Não parece ser outro o caminho que o discurso jurídico pretende trilhar, o que se inicia com as recentes tentativas de positivização de regras sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

3. COMENTÁRIOS À TENTATIVA DE POSITIVIZAÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PROJETO DO CPC.

3.1. Dispositivos do Projeto/Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Após a exposição da teoria argumentação jurídica e da constatação de seu uso pela jurisprudência dos tribunais superiores, pode-se afirmar que se justifica sua institucionalização, o que é iminente.

É o que se pode extrair da redação do artigo 477 do Projeto do Código de Processo Civil, que, após aprovado pelo Senado Federal, está próximo de ser votado na Câmara e eventualmente convertido em lei. Sua redação, atualmente, é a seguinte:

Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. **Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.**

É notável a presença no texto do dispositivo do Projeto do Novo Código de Processo Civil de expressões intimamente relacionadas com o estudo da argumentação jurídica.¹⁵⁵

Da exigência para que o juiz explicito o sentido de algo que *a priori* não está previamente determinado está pressuposta a concepção de que há premissas fáticas e normativas que podem não se encontrar, prontas, nem disponíveis direta e imediatamente ao juiz a partir do direito positivo, uma constante nos casos analisados.

Por isso, razoável admitir a presença do dispositivo do Projeto como uma séria tentativa de positivizar, na ordem legal processual, a argumentação jurídica. Essa assertiva pode ser corroborada se se verificar o texto anterior do dispositivo na versão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, cuja redação era a seguinte:

¹⁵⁵ São elas: “fundamentando-se”, “sentença”, “regras”, “conceitos juridicamente indeterminados”, “cláusulas gerais”, “princípios jurídicos”, “juiz”, “expor”, “analiticamente”, “sentido”, “normas”, “compreendidas”.

Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. **Parágrafo único.** **Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.**¹⁵⁶

A parte final do dispositivo, na redação do Anteprojeto, agora retirada do seu texto com a aprovação do Projeto de lei, estabelecia que a decisão deve demonstrar “*as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes*”, o que aproxima mais ainda a referência à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que tem na ponderação algo de fundamental.

Além disso, o Projeto do Novo Código Civil também sinaliza, por outros dispositivos, na direção da fundamentabilidade e, assim, da racionalidade do discurso.

O disposto no parágrafo único do artigo 476 do Projeto estabelece que não será considerada fundamentada a decisão, sentença ou acórdão quando (a) “se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo”; (b) “empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”; (c) “invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; (d) “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Está evidenciado inclusive o que parece ser o óbvio, e que já havia sido destacado: o dever de fundamentar os provimentos judiciais não se aplica apenas à sentença. Logo, apesar de o parágrafo único do art. 472 do Projeto (e o do 477 do Anteprojeto) só fazer menção explícita à sentença, é incontestável sua aplicação nos outros provimentos; não só pela norma que se extrai da conjugação dos dispositivos do Projeto, mas, sobretudo, pelo *princípio constitucional da motivação das decisões* (CF/88, 93, IX) que não distingue, para esse efeito, as sentenças das demais espécies.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 381. Versão original do anteprojeto.

¹⁵⁷ A propósito, é muito frequente a atividade de ponderação nos chamados provimentos de urgência (cautelares, liminares ou antecipatórios), já que os requisitos da plausibilidade ou verossimilhança e do perigo da demora são

Nesta análise, serão identificados os diferentes suportes fáticos da norma jurídica processual que pode ser inserida na legislação processual desde o aludido dispositivo, para, a seguir, ser formulado o que se entende como mais adequado para que se construa uma decisão minimamente fundamentada com base na teoria da argumentação analisada. Mas, trata-se de verificar as situações em que, de acordo com a redação atual do dispositivo do Projeto e de outras situações cuja argumentação se impõe, para, em seguida, estabelecer cada estatuição.

Levar-se-á em conta, para elaboração do conteúdo da norma processual, algo que se reputa como a estrutura mínima da norma, nos termos de tradicional definição, aqui descrita por Mello simplesmente assim: “a norma jurídica constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (=suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (=efeitos jurídicos)”.¹⁵⁸

Essa tarefa depende, especialmente, da diferenciação dos institutos mencionados na redação do artigo: conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e os princípios, mas antes se apontará brevemente o que se considera como imperfeições redacionais.

3.2. Imperfeições terminológicas importantes.

Como adiantado alhures, um enunciado, segundo Alexy, expressa uma norma se se puder reconhecer, a partir do texto, ou sobretudo do contexto, se algo é devido (proibido, obrigatório ou permitido),¹⁵⁹ o que pode depender, portanto, de outros enunciados que se encontrem em conexão ou, ainda, somente a partir do seu uso. E, por outro lado, nada impede que se extraia mais de uma norma de um mesmo dispositivo.¹⁶⁰

colocados defronte de razões contrárias, exige a explicitação de regra que expresse a “relação de precedência” entre *efetividade* de um lado e *certeza* do outro.

¹⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 53-64.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

A distinção que se estabelece entre *enunciado normativo* e *norma* serve para que o intérprete ou o aplicador não confunda o que está expresso no dispositivo (produto da atividade legislativa) com a norma jurídica (produto da atividade de interpretação e aplicação).¹⁶¹

Assim, os enunciados não expressam imediata e necessariamente regras e princípios, já que essas noções decorrem da atividade do intérprete e aplicador do direito (são entidades semânticas).

Isso importa porque, conforme se definirá nesse ensaio, cláusula geral é “técnica de redação de enunciado normativo” e o conceito jurídico indeterminado “elemento de texto normativo”.¹⁶²

Essas noções são suficientes para distanciar as figuras denominadas conceito jurídico indeterminado e cláusulas gerais das espécies de norma jurídica (regras e princípios). São categorias que se encontram em níveis distintos.

Por isso, não se deve afirmar que “este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio”¹⁶³ (os enunciados podem *expressar* regras ou princípios, mas não as contém).

¹⁶¹ Nesse sentir, Eros Grau sustenta: “A interpretação, pois é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos (enunciados, disposições, textos)*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (o *texto*); neste sentido, o intérprete *produz a norma*. (...) O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. (...) As *disposições, os enunciados, os textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – são transformados em *normas*)” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 86, 85 e 86”. Paulo de Barros Carvalho também sustenta que “A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo” e, assim, que as “normas jurídicas ... estarão elas sempre, e invariavelmente, na implicitude dos textos positivados” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 8 e 10).

¹⁶² Vide críticas de Humberto Ávila ao dispositivo do anteprojeto: <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/impressao.jsp?CIId=429>. Em 31/08/2010. Nesse artigo, Ávila conceitua cláusula geral como “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa” (ibidem, p. 1).

¹⁶³ ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34. Cf. também Cruz e Tucci: “Abstração feita da imperfeita e questionável desta redação (‘... regra que contenha princípios!’...), nas hipóteses de incidência de conceitos (*rectius*: termos) indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos, exige-se, geralmente, um raciocínio hermenêutico-axiológico mais pormenorizado, embasado muitas vezes pelo recurso à ponderação, para justificar a escolha, dentre as opções possíveis” Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC (Análise e Proposta)*. In: *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 40, Jan/Fev 2011.

Da mesma forma, as regras, por serem formuladas em um “processo posterior”, tampouco podem, elas mesmas, conter conceitos indeterminados ou cláusulas gerais.

Os princípios, por sua vez, são normas assim como as regras e não podem nelas estarem contidos. Os princípios podem ser deduzidos, assim como também as regras, de enunciado composto por conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, o que é comum ocorrer.¹⁶⁴

Por essas razões, não soa correto estabelecer a obrigatoriedade da argumentação jurídica no caso de a decisão judicial se fundamentar em regras que *contenham* conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios.

O que se pode afirmar enfim é que enunciados normativos são (podem ser) *compostos*, ou formados por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais; e que, por outro lado, princípios e regras são (ou podem ser) *expressas* por enunciados normativo, ou deduzido deles.

As diferenças devem ficar mais claras no tópico seguinte, em que se pretende estabelecer as distinções entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, bem como entre essas e os princípios jurídicos.

Já se pode, com isso, estabelecer, provisoriamente, premissas simples como as seguintes: *será obrigatória a argumentação jurídica na decisão judicial que se basear em enunciados normativos compostos por conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais; e será obrigatória a argumentação jurídica na decisão judicial que aplicar princípios jurídicos.*

3.3. Dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais.

Os conceitos vagos, as cláusulas gerais e os princípios são, como se sabe, elementos típicos do direito contemporâneo.¹⁶⁵ Os enunciados normativos, emissores da linguagem jurídica, ora se valem de conceitos determinados ora de conceitos indeterminados.¹⁶⁶

¹⁶⁴ COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, pp. 316.

¹⁶⁵ WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 2008, p. 161.

¹⁶⁶ Martins-Costa, na esteira de Eros Grau, não concorda com a expressão, pois não se trata de conceitos jurídicos indeterminados”, uma vez que sendo a linguagem jurídica institucionalizada, um conceito de algo no

Para Ronaldo Cramer conceitos determinados são os que “não geram dúvida sobre a extensão de seu alcance” e conceitos indeterminados (ou vagos) são os que “não têm o seu alcance delimitado pela norma, devendo o juiz fazer uma valoração sobre seu significado”.¹⁶⁷

Conforme Zelmo Denare “[o] conhecimento científico opera com signos precisos, e diante de um dilema entre duas situações – sim ou não – pode escolher qualquer delas, pois *tertius non datur*. O conhecimento jurídico, no entanto, não acolhe o mesmo postulado, pois costuma trabalhar com signos imprecisos, sem limites definidos de aplicabilidade”.¹⁶⁸

Para Judith Martins-Costa, da mesma forma, “[t]odas as expressões linguísticas são indeterminadas em maior ou menor medida”. Destaca, a autora, que a *vagueza semântica* é, na verdade, apenas uma questão de grau; e em maior grau é o que ocorre nos chamados “momentos de transição”. Denomina também de “casos-limite”, “zona de penumbra”, “*boderline*”, para indicar um fenômeno semântico e pragmático: a “imprecisão do significado”.¹⁶⁹ Essa última autora sustenta, assim, que a existência de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais (assim como de princípios) está relacionada à técnica de legislar de forma não-casuística, o que se caracteriza por apresentar expressões dotadas de “*vagueza socialmente típica*”.

Assim, na mesma linha de Rodrigo Mazzei, para quem *norma vaga* é gênero do qual a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado são *espécies*.

mundo jurídico constituem uma “suma de ideias abstratas a respeito de significações” e não a respeito de coisas, estados ou situações, como os conceitos respeitantes à linguagem natural, de maneira que seria mais adequado falar de “termo indeterminado de conceitos” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 324 – nota 157).

¹⁶⁷ CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2. tir. São Paulo: RT, 2008, p. 108.

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.179.

¹⁶⁹ COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, pp. 306-7. Essa imprecisão de significado, todavia, independe da insuficiência de informações, mas da própria falibilidade das regras de significado, o que, para a linguagem jurídica, se apresenta como uma vantagem, uma vez que não raras vezes o excesso de precisão prejudica a clareza mesma da expressão (*ibidem*, pp. 307 e ss.). No sentido de que a *vaguedad* ou a indeterminação de um conceito se não atribui à *imperfeição das línguas*, mas a uma característica que também possui funções positivas: WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 2008, p. 153. No sentido de que seria impossível que a lei deixe de se servir dos conceitos juridicamente indeterminados e que às vezes seu emprego é propositado e aconselhável: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual*, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64.

Engisch, diversamente, conclui que as cláusulas gerais não possuem estrutura própria e que não exigem processos diferentes dos que são pedidos pelos conceitos indeterminados.¹⁷⁰

Martins-Costa prossegue afirmando que as expressões ou termos são de vagueza socialmente típica porque, pela ampla extensão do seu campo semântico, *reenviam* o juiz, diante do caso concreto, a elementos cuja concretização podem estar originalmente fora do sistema, a partir de parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costume); são as “idéias-tipos”, “valores-tipo largamente consensuais” ou “padrões”. Segundo Martins-Costa, esses *standards* valorativos extra-sistemáticos podem estar presentes em cláusulas gerais mas também nos conceitos jurídicos indeterminados.¹⁷¹

Depois de salientar um ponto de convergência entre os conceitos (*vagueza semântica*), Martins-Costa, todavia, sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados podem se referir tanto a *valores* quanto a *realidades fáticas*. Assim, quando aludem a realidades fáticas (“reparações urgentes”, “divisão cômoda”, “animais bravios”, “lugar de acesso perigoso ou difícil”),¹⁷² cujo significado pode se tornar preciso pelo uso das regras de experiência (CPC, 335), com o auxílio de *expert* ou não, os conceitos indeterminados não se confundem com as cláusulas gerais.

Logo, somente nos casos em que os conceitos indeterminados se reportam a realidades valorativas, encerrando “fundamental conteúdo axiológico” pode haver a coincidência (“abuso de poder”, “bons costumes”, “fim imoral”, “interesse geral”).¹⁷³

Não obstante, Martins-Costa acrescenta que a diferença fundamental entre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais revela-se realmente no *plano funcional*.

¹⁷⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 233). Engisch alude a conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos e cláusulas gerais (e conceitos discricionários) como metódica legislativa que afrouxa o vínculo existente entre o comando legal e os juízes e autoridades administrativas. Esse autor entende por conceito jurídico indeterminado um conceito com conteúdo e extensão incertos e identifica “nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”, mas destaca que a indeterminação também pode se apresentar na “estatuição” e não apenas na “hipótese” da norma (ibidem p. 233).

¹⁷¹ COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, pp. 303-15. No mesmo sentido MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2005, p. LXXXII.

¹⁷² Cita como exemplo, as seguintes expressões contidas no Código Civil de 1916 (COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 313).

¹⁷³ Ibidem, p.314.

Para a autora, os conceitos indeterminados não compõem o consequente de uma norma, mas apenas seu antecedente, e, portanto, a atividade do juiz se limitará, diante do caso, apenas à fixação da premissa fática, estando predefinido o consequente normativo (o efeito jurídico).

Na cláusula geral, diversamente, a operação é mais complexa, pois o juiz não se limita a enquadrar o fato na *fattispecie* da norma, mas deve, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie* deve, ainda, estabelecer o que é devido, determinar os efeitos jurídicos ao caso ou a graduação a ser conferida.¹⁷⁴

As referências a essas ideias parecem suficientes para o propósito ora perseguido, qual seja o de distinguir as hipóteses e de estabelecer o modo de fundamentação das decisões, o que importa ignorar a existência de outros excelentes estudos nessa área.

Não obstante, se a diferença estabelecida com base no caráter *funcional*, determinar algo além da necessidade do preenchimento do conteúdo semântico, a formulação abaixo não será mantida e precisará ser refeita.

É preciso indagar se em que medida o *discrime* identificado impõe ao juiz a criação de uma norma.

3.3.1. Premissas provisórias para conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Do que foi dito até aqui já é possível concluir, com apoio em Martins-Costa, que a vagueza semântica é vista como gênero, do qual o conceito jurídico indeterminado e as cláusulas gerais são espécies, conclui-se que ambas as categorias devem ser incluídas em um mesmo suporte fático da norma cujo conteúdo se persegue (que visa à melhor estruturação da sentença).

¹⁷⁴ COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 326-7. A autora usa como exemplos a hipótese em que a “boa-fé” é utilizada como conceito indeterminado, já que no antecedente da norma expressa pelo artigo. 51, IV do CDC, e a em que a “boa-fé” é usada como cláusula geral, obrigando o intérprete a, como base no art. 422 do CC/02, estabelecer a consequência da norma (ibidem, p. 326). No mesmo sentido: MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2005, p. LXXXII.

Logo, se pode se estabelecer provisoriamente uma premissa: *o juiz deve expor, de forma clara e objetiva, o significado das expressões, dando as razões para tanto.*

3.4. Das cláusulas gerais e princípios jurídicos.

Lembre-se de que, sob a ótica de Robert Alexy, estão delimitadas as espécies normativas: o sistema é formado por princípios e regras, não há outras normas que integram o gênero. Isso, sem dúvida alguma, ajuda a simplificar as coisas e a impedir, também, a confusão que eventualmente possa existir entre cláusulas gerais e princípios.

Da maneira como exposta por Martins-Costa a diferença da cláusula geral para o conceito indeterminado, pode-se conduzir o intérprete/aplicador ao equívoco de que se está conferindo à cláusula geral força normativa equiparável aos princípios, e assim o caráter de norma jurídica, embora a autora negue, expressamente, que a cláusula geral seja um princípio.¹⁷⁵

É que Martins-Costa, ao se utilizar de exemplo baseado no enunciado do art. 422 do CC/02, que estabelece que os contraentes devem na conclusão ou na execução do contrato guardar os princípios de probidade e *boa fé*, sustenta estar diante da cláusula geral (e não de um conceito determinado), uma vez que, após identificar comportamento em desconformidade com a *boa fé*, ao juiz ainda cabe dar uma solução normativamente indefinida. Afirma, a autora, que depois de fixada a premissa, entendendo-se pela configuração de comportamento que caracterize um inadimplemento (em sentido amplo - por violação de deveres anexos, ou de conduta), o juiz ainda precisa *criar um regramento aplicável ao caso concreto*. Nesse sentido:

“A regra não define a noção de *boa fé*, não determina as condições em que um contrato é executado em *boa fé*, qual a extensão deste dever, nem as consequências da sua infração. Evidentemente, aí se tem não apenas um único efeito (a nulificação do contrato), mas todo um potencial domínio de casos e suas consequências compreendidas pela cláusula. Assim, a par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou apontadas pela doutrina, e *criar o regramento aplicável ao caso concreto* toda vez que um contrato não foi executado em acordo à *boa fé* (*concreção judicial*).”

¹⁷⁵ “as cláusulas gerais não são princípios” (COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 316).

Concluir, com Martins-Costa, que a vagueza da cláusula geral não dá ao juiz a solução prévia do caso e que exige que o juiz se utilize do direito positivo, da jurisprudência, da doutrina e da ambiência social, está correto.

O que aparentemente não se coaduna com a tese de Alexy, aqui adotada, é se afirmar que essa atividade residual, deixada em aberto pela técnica da cláusula geral, decorra da sua força normativa mesma.

Ao que tudo parece indicar, o juiz está na condição de privilegiar interesses objetivamente tutelados pelo ordenamento jurídico, devendo tomar uma posição que indiretamente preserve o patrimônio jurídico de um dos contraentes, mas que diretamente zele por bens que entram em conflito com o da autonomia privada (consensualismo) e o da força obrigatória dos contratos.

Decidir pela imposição de certo comportamento ou por determinado um estado de coisas (que poderá implicar a invalidação do negócio, resolução e indenização, apenas indenização, oposição da exceção de contrato não cumprido) é algo que deve ser visto como preservação de fins, dentro das possibilidades fáticas ou jurídicas de princípios colidentes, privilegiando o social em face do individual, já que o contrato não é mais visto como mero instrumento de circulação de riquezas.

Parece que aí se está a confundir a força dos princípios - que subjaz ao enunciado composto da cláusula e a outros, conexos a ele - com o da cláusula geral. Isso é algo que a própria Martins-Costa em outra passagem constatara: “[b]oa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre o *sintagma* cláusula geral e o *enunciado*, com a correspondente proposição normativa, contido no texto que consubstancia a cláusula geral”.¹⁷⁶

Esse também o sentido dado também por Thereza Arruda Alvim Wambier ao considerar as cláusulas gerais fenômeno “mais abrangente e complexo do que o conceito vago ou

¹⁷⁶ COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 324.

indeterminado”, pois “compostas, em sua formulação verbal, de conceitos vagos ou indeterminados, e, conforme se observou, encampam princípios”.¹⁷⁷

Sem embargo de haver um “sem-número” de cláusulas gerais e de conceitos abertos e indeterminados espalhados pelo ordenamento jurídico, tomar-se-á, novamente, como referência para tanto, a abordagem da “cláusula geral” da boa-fé (objetiva) ou o “princípio da boa-fé”, inclusive porque sua incidência não se restringe ao direito obrigacional ou contratual,¹⁷⁸ nem tampouco ao direito privado.¹⁷⁹

Entenda-se que “a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo genérico, um patamar geral de atuação do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”¹⁸⁰ e, também, que a conduta conforme a *boa-fé* não se coloca como contraponto da praticada com *má-fé*,¹⁸¹ uma vez que, diversamente, aquele instituto não se importa com a presença ou não de dolo ou de culpa. Segundo a doutrina, os arts. 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, revelam, respectivamente, as diversas funções que a boa-fé exerce no ordenamento jurídico, quais sejam as funções interpretativa, limitadora/controladora e criadora/integrativa.¹⁸²

Destarte, interpreta-se as declarações de vontade conforme a boa-fé, evita-se o exercício abusivo do direito por se considerar conduta contrária à boa-fé e impõe-se comportamentos conforme a boa-fé. Assim, o “agir conforme a boa-fé” está relacionado ao cumprimento de “deveres gerais de conduta” (e não aos deveres meramente “de prestação”, mas a “deveres

¹⁷⁷ WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 2008, p. 162. Destaca-se, por oportuno, que a afirmação de as cláusulas encamparem princípios decorre, essencialmente, de uma citação de Martins-Costa. Entretanto, Martins-Costa,

¹⁷⁸ Isso se constata da simples observação de que os dispositivos que fazem alusão à boa-fé objetiva encontram-se desde a Parte Geral do Código Civil de 2002, como se nota do disposto nos artigos 113, 187. Mas, também está nas “disposições gerais” dos contratos, no artigo 422 do Código Civil de 2002.

¹⁷⁹ Exemplificativamente, confira-se a respeito da sua incidência no direito processual civil (DIDIER, Fredie. *Multa Coercitiva, Boa-fé Processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 32, p. 32-42, set/out. 2009; DIDIER Jr., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007. pp. 199-208) e no direito administrativo (RMS 29493/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, j. 23/06/2009, DJe 01/07/2009).

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.149.

¹⁸¹ COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, p. 441.

¹⁸² Cf., entre outras, as doutrinas de Judith-Martins Costa (Ibidem, pp. 427 e ss.) e de Cláudia Lima Marques (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp.149).

anexos”, “deveres laterais” ao de prestação), a um conceito, portanto, novo e mais amplo de inadimplemento, cuja compreensão pressupõe a análise de certos pressupostos, como a sua incidência e a *positivação do elemento “confiança”*,¹⁸³ a “*relação obrigacional complexa*” e os “*deveres laterais*”.¹⁸⁴

Esses deveres decorrentes de um comportamento leal e correto, ou seja, “em conformidade com a boa-fé”, são classificados em três ou quatro grupos de deveres: *de cooperação ou lealdade recíproca*, de *cuidado ou proteção* (quanto ao patrimônio jurídico do outro), de *informação*¹⁸⁵ e, ainda, de *assistência*,¹⁸⁶ que se não observados por uma das partes (credor ou devedor) dão ensejo ao dever de indenizar, mas, também, autorizam a resolução de negócio, ou até mesmo à oposição da exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e a revisão das cláusulas e condições contratuais. Denomina-se “violação positiva do contrato” (Hermann Staub), pois há inadimplemento pelo cumprimento ruim da prestação.¹⁸⁷

¹⁸³ “... a confiança pode ser compreendida como um dos principais fatores de diminuição da complexidade social. A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A confiança, assim, age, no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia – mais do que espera – que não acontecerá” (Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 49).

¹⁸⁴ Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 31 e ss.

¹⁸⁵ Afirma Paulo Luiz Netto Lobo que “[d]e acordo com a sistematização da jurisprudência alemã, difundida no meio luso-brasileiro por Menezes de Cordeiro, do dever de atuar segundo a boa-fé derivam de três deveres específicos: a) os deveres de *proteção*, que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; b) os deveres de *informação*, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando umas das partes se apresenta como mais fraca; c) deveres de *lealdade*, para com a outra parte” (cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81).

¹⁸⁶ De conformidade com as lições de Fernando Noronha, os “deveres fiduciários, ou anexos” se dividem em “quatro categorias: os deveres de *cuidado*, *informação*, *lealdade* e *assistência*. Afirma que parte da classificação tripartida de Menezes de Cordeiro e acrescenta os deveres de assistência, uma vez que esse engloba na categoria dos deveres de *lealdade* “tanto os deveres de atuação positiva como negativa, quando aqui se consideram somente os negativos (sendo os positivos incluídos entre os deveres de informação e de assistência)”, pois, para Noronha, se assim não for “os deveres de lealdade ficariam com uma amplitude tal que correriam o risco de serem confundidos com o dever geral de agir de boa-fé, isto é, com o próprio princípio da boa-fé” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 84-5).

¹⁸⁷ “Em 1902 publica STAUB, no *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, o artigo *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, ou seja, “as violações positivas do contrato e suas consequências jurídicas”. Nele, tentava STAUB encontrar fundamentação para “os incontáveis casos nos quais alguém descumpra uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa” (cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13). Importa notar que à exceção do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a legislação pátria não se refere a outras hipóteses de inadimplemento ou mora que não as que dizem respeito ao não cumprimento do dever de prestar (Código Civil de 2002, artigos 389 e ss. e 394 e ss.), dever este que caracteriza o conteúdo de certa obrigação (fazer, não fazer,

Essas considerações importam por três razões.

Primeiramente, para que se perceba, desde logo, que o estudo e a aplicação da “boa-fé objetiva” - princípio da boa-fé - revelam outras hipóteses de violação do contrato não colmatadas pelo direito positivo (diversas do inadimplemento típico e da mora), consubstanciadas na violação dos deveres anexos ou laterais de conduta (deveres de cooperação ou lealdade recíproca, de cuidado ou proteção, de informação e de assistência).

Com a caracterização de outras situações, como casos de inadimplemento – hipóteses não contempladas tradicionalmente e totalmente diversas dos *vícios redibitórios* e dos *vícios da vontade*, todas expressamente previstas - permite-se que essas “novas” hipóteses (decorrentes do “agir conforme” ou “em desconformidade com” a boa-fé) admitam como consequente normativo (=efeito jurídico) não exatamente o dever de indenizar, que se mostrava cabível diante das “cláusulas gerais” da responsabilidade civil por culpa ou pelo risco/garantia (atualmente: CC/2002, 927, parágrafo único do 927e 929), mas, sobretudo, autorizar a adoção de posições jurídicas atrelada à relação negocial, como, exemplificativamente, a resolução de negócio, a oposição da exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e a revisão das cláusulas e condições contratuais.

Em segundo lugar, o que se pode concluir é que, ao menos no âmbito da “boa-fé objetiva”, o que houve foi a colmatação de uma *lacuna conceitual* do inadimplemento, permitindo, repita-

dar coisa certa ou incerta, entregar dinheiro). Corroborando a assertiva, percebe-se que apenas no que toca ao dever de informar do fornecedor, há diversos dispositivos, conforme se infere de abordagem referente ao direito correlato do consumidor, realizada por Cláudia Lima Marques: “[o] direito à informação assegurada no art. 6º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC nos arts. 12, 14, 18 e 20, 30, 31, 46 e 54 ao fornecedor. Este dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual da publicidade, das práticas comerciais ou da oferta (arts. 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario, art. 51, I, IV, XIII, c/c art. 6º, III), especialmente no momento da cobrança de dívida (a contrario, art. 42, parágrafo único, c/c art. 6º, III), ainda mais em contratos cativos de longa duração, como os de planos de saúde, os contratos bancários, de financiamento, securitários e de cartão de crédito, pois, se não sabe dos riscos naquele momento, não pode decidir sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura, se contínua; se não sabe quanto pagar ou se houve erro na cobrança ou se está discutindo quanto pagar, necessita a informação clara e correta sobre a dívida e suas parcelas. Nestes momentos informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação: é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade” (pois é o fornecedor que detém a informação) e boa-fé (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. LIMA MARQUES, Cláudia, HERMAN BENJAMIN, Antônio, MIRAGEM, Bruno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178).

se, que enquadrado como suporte fático do inadimplemento contratual seja devido outros efeitos decorrentes do incumprimento, como outros que não a indenização.¹⁸⁸

Por derradeiro, a última conclusão que se pode extrair desse contexto, e também do que se segue é que o tipo de formulação linguística que se promove, a partir dos dispositivos que aludem à “cláusula geral” da boa-fé, se apresenta, na verdade como princípio, tal aliás como tratado por Jorge Cesa Ferreira da Silva,¹⁸⁹

Um enunciado normativo isoladamente ou em conjunto com outros, ao invocar a “aplicação” da boa-fé (objetiva) ou de outra cláusula geral (como a da função social da propriedade ou do contrato), estabelece que um estado de coisas deve ser promovido ou um comportamento a ser adotado que vise a sua promoção, seguindo a teoria da argumentação de Robert Alexy é princípio, não se justificando instituir uma nova figura ou fenômeno normativo.

Se o objetivo da classificação é ser útil, privilegia-se a concepção de que a cláusula geral não constitui uma norma jurídica na sua completude, mas texto normativo que, embora dotado de vagueza, se possa extrair princípios e regras, até o estabelecimento de normas universais, estabelecidas como razões de decidir, passam a valer nem mais como princípios, mas como regras, por isso é incontestável atividade de construção que a jurisprudência realiza.¹⁹⁰

O que se acaba de dizer fica claro em algumas situações sobre as quais incide princípio que determina a responsabilidade civil na fase das tratativas ou negociações preliminares, momento em que, regra geral, não há vínculo obrigacional entre as partes.

É que já estão definidas, pelos menos em certa medida, circunstâncias especiais em que se estabelece o dever de indenizar. Conta-se com a notável contribuição da doutrina nessa seara, que invariavelmente cuida de “sistematizá-la”.

¹⁸⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 27, 273-4. Vale frisar todavia que esse autor só vislumbra o descumprimento de deveres anexos baseados na culpa (cf. mesma obra).

¹⁸⁹ É como Silva trata a boa-fé em sua obra (Cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 36 e ss.).

¹⁹⁰ Como destaca Rodrigo Mazzei, “na medida que forem se criando precedentes sobre temas tratados por dispositivos com vagueza voluntária, paulatinamente a abstração inicial dos mesmos irá se desintegrar, haja vista que a consolidação da jurisprudência provocará a diminuição do grau de indeterminação” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2005, p. XCII).

Nessa linha, é possível afirmar que a parte que gera expectativas legítimas na outra de que o negócio seria realizado, mas que rompe, de maneira abrupta e injustificada as tratativas, numa fase adiantada das negociações, fica obrigada a indenizar a outra, quer porque essa investiu na crença que o negócio se realizaria e realizou despesas para sua celebração, quer porque deixou de concluir contratos com terceiro.¹⁹¹

Há, ainda, distintas situações em que o Superior Tribunal de Justiça reconhece que o credor não age conforme a boa-fé ao pedir a resolução de contrato se se configura o chamado *adimplemento substancial* (ou “inadimplemento insignificante”).

Isso ocorre, por exemplo, nos pedidos de busca e apreensão decorrentes do não-pagamento de pequeno valor em relação ao montante da dívida em contrato de alienação fiduciária¹⁹²), assim como nos casos em que as seguradoras consideram extinto o contrato de seguro e se negam a pagar indenização, com base na cláusula resolutória expressa contida em contrato de adesão, sem realizar a notificação prévia.¹⁹³ Em ambos, considera-se ausente o *interesse objetivo* do credor na resolução do contrato.¹⁹⁴

¹⁹¹ Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, valendo-se das lições doutrinárias de juristas como Judith-Martins Costa, Paulo Roberto Nalin, Giselda Hironaka, Menezes de Cordeiro, Clóvis do Couto e Silva, Junqueira de Azevedo, entre outros, bem como da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos – tomo 1, vol. IV*. São Paulo: Saraiva, pp. 63 e seguintes - Capítulo V).

¹⁹² “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido (Brasil. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 469.577/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310); “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial.

O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido” (Brasil. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

¹⁹³ Brasil. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 76362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917. Vale conferir os artigos de Jones Figueiredo Alves e Fabíola Santos Albuquerque (ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 223-32; ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 233-243).

¹⁹⁴ Deve-se privilegiar a noção do *negócio jurídico* concebido quanto à sua *estrutura*, em que “não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de

Então, o que parece ser definitivo é que se trata, realmente, de uma técnica especial de legislar que, ao lidar com conceitos de notável vagueza e abrangência, deixa em aberto a solução a ser dada, mas a resposta, todavia, não é fornecida pela cláusula geral, senão pelo princípio correspondente ou outros, o que decorre da racionalidade prática geral, que permite a formulação de premissas através de enunciados empíricos ou não, e que devem ser devidamente justificados externamente.

Ademais disso, para diferenciar cláusula geral de princípio poder-se-ia valer do mesmo critério utilizado por Alexy para definir o que para ele pode ser considerado normas (de direito fundamental).

Para tanto, seria razoável afirmar que a cláusula geral não expressa uma norma (regra ou princípio) por não ser possível extrair da cláusula geral o que é devido (proibido, obrigatório, permitido): se uma liberdade, um direito subjetivo, ou uma competência. E se o for, já se pode afirmar que decorre da força do princípio (e não da cláusula).

Em reforço, considera-se suficiente para atender ao propósito do presente ensaio as noções apresentadas por Humberto Ávila e Fredie Didier, especialmente direcionada ao exame do dispositivo em comento (na versão do parágrafo único do art. 472 do Anteprojeto). De acordo com Ávila e Didier: “[u]m princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo”.¹⁹⁵

Empreendida a distinção, princípios são normas, portanto significados dos enunciados normativos; e conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que compõem o enunciado, manifestam-se por meio de técnica de legislar não-casuística.

vontade destinado a produzir efeitos jurídicos”, e em que *vontade e causa* não fazem parte do negócio (agem fora dele), mas são *meios de correção*, “evitando, ora mais, ora menos, efeitos não queridos” (não queridos *subjetivamente* pelo agente ou não queridos *objetivamente* pelo ordenamento) (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 21-2).

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto, DIDIER, Fredie. <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/impressao.jsp?CID =429>. Em 31/08/2010.

A diferença de “nível”, na esteira de Ávila e Didier, conduz ao estabelecimento de premissa separada e diversa para regulação dos princípios (a relativa a conceitos jurídicos indeterminados já está provisoriamente registrada).

Cumprido fixar, agora, a premissa determinando a atitude do juiz no processo de estruturação da sentença quando estiver diante de princípios jurídicos, devendo ser levada em conta suas características próprias e seu mecanismo de aplicação, revelado pela sua “dimensão de peso”.

Assim, a existência de colisão entre princípios exigirá do juiz aplicação da máxima da proporcionalidade (mais conhecida como “princípio” da proporcionalidade), que depende da aplicação das máximas parciais (a) da adequação, que responde quanto à idoneidade do meio empregado para obtenção do resultado aspirado, (b) da necessidade, que resolve quanto ao mandamento do meio menos gravoso (“um meio não é necessário se existe um meio atenuado, menos interveniente”), que determinam as *possibilidades fáticas*, e, enfim, (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é o próprio *sopesamento* (ou *ponderação*), pela relativização dos princípios diante das *possibilidades jurídicas* (interferências que um princípio exerce sobre o outro), sendo esse o meio para solução das colisões entre direitos fundamentais e entre esses e outros princípios.¹⁹⁶

Deverá, o juiz, atentando para o que determina a lei do sopesamento (“quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”), formular a “relação de precedência” condicionada/concreta (que é uma regra), ou seja, estabelecer as *condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro ou em que medida deve ser aplicado*, expondo as razões em que se baseou para tanto.

3.4.1. Premissas provisórias para colisão entre princípios.

As premissas que provisoriamente devem ser estabelecidas (pressupondo a já estabelecida: “será obrigatória argumentação jurídica na decisão judicial que aplicar princípios jurídicos”) são as seguintes: *em caso de conflito entre princípios, o juiz deverá apontar as razões pelas quais considerou presentes as possibilidades fáticas (idoneidade e necessidade), e as*

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

condições sob as quais um princípio prepondera sobre outro, expondo as razões que o levaram a essa conclusão, em forma de uma regra universal.

3.5. Além dos suportes fáticos expressos.

Além dos suportes fáticos expressamente previstos nos enunciados normativos do parágrafo único do art. 477 do Projeto do CPC, quando da análise dos casos enfrentados pela jurisprudência dos tribunais superiores.

São hipóteses que Robert Alexy elenca como ensejadoras do uso da argumentação jurídica: lacuna da lei e a possibilidade de decisão contrária à letra da lei.

Para essas hipóteses, ainda que, a priori, se possa se utilizar da teoria da argumentação, há que se atentar, em primeiro lugar, que, ao menos para uma delas, isto é, para o caso de lacunas, há dispositivo expresso no Código de Processo Civil atual que estabelece que o juiz decidirá com base na analogia, costumes e princípio geral do direito (CPC, 126). Há espaço aqui apenas para identificar casos que provavelmente a teoria da argumentação jurídica nos moldes aqui expostos resolve, mas não há espaço para defender o seu uso a despeito do que estabelece o referido dispositivo legal, até porque há, aparentemente, certa metodologia.

Por fim, quanto à outra possibilidade (também aparente e satisfatoriamente resolvida pela argumentação jurídica), nem se pode estranhar no ordenamento brasileiro, em que qualquer juiz¹⁹⁷ está autorizado a decidir contrariamente a disposições expressas de lei. Zaneti Jr., após identificar o *judicial review* como “elemento chave do sistema de freios e contrapesos”, chama atenção para o fato de que: “nunca houve na tradição constitucional brasileira uma identificação completa entre direito e lei (...). Os nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade (e também compromissados) para decidir conforme a justiça”.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Não obstante, do art. 97 da CF/98 verifica-se a necessidade da submissão de questão sobre inconstitucionalidade a um quorum qualificado nos tribunais, de sorte que não é qualquer órgão jurisdicional que pode julgar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (a isso se chama “cláusula da reserva de plenário”).

¹⁹⁸ ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional - O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 54-5. MITIDIERO lembra que: “[d]a Constituição de 1891 à Constituição de 1988 passou o controle difuso de constitucionalidade sem qualquer interrupção, juntando-se a esse, com a Constituição de 1946, o controle concentrado de constitucionalidade. Essa estabilidade do controle difuso de constitucionalidade não é, de modo algum, um acidente histórico no direito brasileiro ou uma importação irresponsável do modelo norte-americano. Aliás, esse é mesmo essencial e ‘imprescindível’, na abalizada apreciação de Luiz Guilherme Marinoni, na jurisdição do Estado Constitucional brasileiro, preocupado em que

Essa autorização não retira, mas corrobora a necessidade de fundamentação, debate e racionalidade, basta que se observe o que preceitua a já mencionada e conhecida “cláusula de reserva de plenário” e a Súmula Vinculante nº. 10 do STF,¹⁹⁹ que impede que órgão fracionário afaste a incidência de lei ou ato normativo do poder público ainda que não declare expressamente sua inconstitucionalidade. Também se pode falar nos casos em que a literalidade da própria lei constitucional pode ser afastada, o que também (além do caso “Quinto constitucional”) se percebe nitidamente da decisão da Corte Suprema, que não aplica a pena de prisão civil do depositário infiel, em que pese as regras dos artigos 5º, inc. LXVII, da CF/88, e §§ 1º, 2º e 3º, da CF.²⁰⁰

Esses julgamentos que discutem normas de direitos fundamentais extraídas diretamente da Constituição parece reforçar a tese de Alexy que sustenta que a positivação dos direitos do homem, que os “transforma” em direitos fundamentais, não anula a validade dos direitos do homem como direitos morais, dada a suprapositividade desses direitos²⁰¹ e também se aproxima ao conceito de *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*, que é generalizada ao ponto de passar a valer para as normas textuais e atribuídas.²⁰²

Logo, vale o registro de que a lacuna se encontra regulada, com uma metodologia particular; e que a decisão contrária à letra expressa da lei sempre irá suscitar a questão de se saber ou não sobre sua inconstitucionalidade.

‘toda e qualquer demanda seja definida à luz de uma lei com contornos definidos pelos princípios de justiça e pelos direitos fundamentais’. Com efeito, desde a Constituição de 1891 (em realidade, como anota Gilmar Ferreira Mendes, desde a chamada Constituição Provisória de 1890), temos como norma fundante do sistema jurídico brasileiro o *judicial review*, que assegura a revisibilidade dos atos estatais que desbordem da juridicidade constitucional” (v. MITTIDIÉRO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25). Segundo MARINONI, “[o] controle judicial de constitucionalidade da lei se justifica quando os juízes demonstram publicamente que seus julgamentos estão amparados em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis, por todas aquelas pessoas racionais que aceitam a Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, RT, 2008, p. 92).

¹⁹⁹ Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Súmula Vinculante nº. 10. Tribunal Pleno, DJe-172 divulg 11-09-2008, public. 12-09-2008, p. 33..

²⁰⁰ Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº. 466.343, Relator Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 divulg.04-06-2009 public. 05-06-2009 ement vol-02363-06, pp. 01106.

²⁰¹ Segundo Alexy, “[p]ara a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, vale moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional pode ser justificada” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47).

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 73-76. Alexy remete à questão da validade das normas atribuídas e ao fato de os três critérios utilizados na investigação de validade de normas serem considerados em conjunto (jurídico, sociológico e ético) quando se examina o papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes e os *argumentos práticos gerais* na fundamentação referida (ibidem).

3.6. Conclusão.

Como conclusão desse tópico, apresenta-se uma proposta de redação de dispositivo do Projeto do CPC, especificamente do parágrafo único do art. 477 do CPC, que com base nas premissas provisoriamente assentadas, em cada um dos subtópicos deste capítulo, divide-se em dois parágrafos:

“§1º. A decisão que se basear em enunciados normativos compostos por conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais deve expor analiticamente, de forma clara e objetiva, o significado que atribuiu aos termos, e as razões utilizadas.”

“§2º. A decisão que aplicar princípios jurídicos deverá apresentar as condições sob as quais um princípio prepondera sobre outro, definindo-as como relação de precedência de um princípio sobre outro, expondo, analiticamente, as razões que o levaram a isso.

Além desses dois parágrafos, acrescenta-se mais um, aplicável a ambos:

“§3º. A decisão deverá, em ambos os casos, apresentar ao menos uma premissa em que se fundamenta o dispositivo da decisão (norma de decisão), na forma de *regra universal*, justificando-se seu uso”.

Trata-se de regra que assegura racionalidade interna (como exigência de dedutibilidade) e a externa, que confere a correção (das premissas).

CONCLUSÕES.

Para Robert Alexy, juízos de valor ou de dever moral e geral promovem uma pretensão de verdade num sentido amplo (de correção), pois quem afirma algo deve estar disposto, se contestado, a apresentar argumentos/fundamentos. O discurso deve se desenvolver num âmbito de relativa liberdade e igualdade, segundo regras preestabelecidas que contam com o assentimento de todos os que podem ser afetados por ele. Considera-se discurso prático racional o que visa a orientar normas ou ações, e não se propondo somente ao conhecimento de fatos. De acordo com Alexy, o discurso jurídico se caracteriza como um caso especial do discurso prático geral, pois se realiza de acordo com leis, precedente e dogmática, e, no caso judicial, a regras processuais. Porém, sustenta que a relação entre esses discursos se dá de maneira *integrativa*, e, embora não responda como essa conexão deva ocorrer, a unidade da razão prática é um ideal e o Estado democrático constitucional é uma tentativa de institucionalização dela, o que está na base da justificação do sistema jurídico. Nessa linha, além da aplicação do direito o discurso jurídico implica argumentos morais, pelo menos nos casos difíceis, e o direito positivo pretende ser moralmente justificável inclusive no caso de compromisso político. Diversos casos analisados parecem demonstrar que a teoria de Alexy se afina muito proximamente com o discurso jurídico desenvolvido pelos tribunais superiores, não obstante os juízes e tribunais também decidirem frequentemente sobre normas de direito fundamentais e princípios constitucionais, que são irradiados e interpenetram em todos os ramos do direito. Foi possível constatar que há casos em que regras (mandamentos definitivos) contidas em disposições constitucionais são superadas. Com frequência, percebe-se que as consequências de uma decisão geram razões de regras universais, tornando-se fundamentos. A teoria da linguagem interfere na comunicação jurídica, assim como questões sociológicas e morais. A ponderação se revela determinante, juntamente com a racionalidade do discurso, autorizando a conclusão de que a institucionalização de regras do discurso precisa ser implementada e que as decisões deve ser devidamente estruturadas, a fim de que o Direito satisfaça a pretensão de correção formulada pelo discurso moral e geral.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

_____. *Teoría de La argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía*01_03, p. 48. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf?portal=4. Em 26/03/2011.

_____. Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica. Trad. Manuel Atienza. *Doxa*5_07, 1998, 149. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf#search=%22sistemas%20jur%C3%ADdicos,%20principios%20jur%C3%ADdicos%20y%20raz%C3%B3n%20pr%C3%A1ctica%22&page=1. Em: 06/03/2011.

_____. La tesis del caso especial. *Isegoria*/21 (1999), p. 24. <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/75/75>. Acesso em: 07/03/2011.

_____. BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Série de teoría jurídica y filosofía del derecho, no 18. Trad. y introducción de Paula Gaudino. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediendo ao direito de resolução do contrato. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

AMARAL, Francisco, *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre o “Direito da Ciência” e a “Ciência do Direito”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N.º 17, p. 4, jan./fev./mar., 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA MOREIRA. Comentários ao Código de Processo Civil, 13 ed. Rio de Janeiro, 2006, v. 5.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de Direito Processual – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando pavan Baptista e ARiani Bueno Sudatti. Apres. Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipor, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa - por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros.
- BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Em 23/03/2011.
- _____. *Código de Processo Civil*, promulgado em 11 de janeiro de 1973. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Em 23/03/2011.
- _____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 381. Versão original do anteprojeto.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nr. 543974, Relator Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJe-099 divulg 28-05-2009, public. 29-05-2009 ement vol-02362-08, p. 1477 RTJ vol-00209-01 p. 395
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nr. 228.840/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. para Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 26/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 150.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso em Mandado de Segurança nr. 29.493/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, j. 23/06/2009, DJe 01/07/2009.
- _____. *Código Civil* (Lei nr. 10.406/2002, DOU: 11.1.2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Extraído de: Em 15/03/2011
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nr. 384.201 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 26/04/2007, DJe-072, divulg. 02-08-2007, public. 03-08-2007 DJ 03-08-2007, p. 80, ement. vol-02283-05, p. 890.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* – vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional*. Coimbra: 1993
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5/10/1988. Extraído de: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Em 27/03/2011.

COSTA, Judith-Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial..

DIDIER, Fredie. Multa Coercitiva, Boa-fé Processual e *Supressio*: Aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* no Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 32, p. 32-42, set/out. 2009.

_____. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, RT, 2009.

_____. *Positivismo Jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político* - Coleção Prof. Gilmar Mendes; vol. 2. São Paulo: Método.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson . *Direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos – tomo 1, vol. IV*. São Paulo: Saraiva.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

HAWKING, Stephen, MLODINOW, Leonard. *Uma nova história do tempo* (tradução: Vera Paula de Assis). Rio de Janeiro, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MALISCA, Marcos. *A influência da Tópica na Interpretação Constitucional*: http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf. Em 09/03/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, RT, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

- MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Teresa (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. São Paulo: Forense, 2005, p. LXXXII.
- MEDINA, José Miguel Garcia (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. 2. tir. São Paulo: RT, 2008.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MITTIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual*, 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NALIN, P.; MADALENO, R. ; COSTA, J. M. ; CATALAN, Marcos Jorge ; NALIN, P. R. R. . A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico. In: Mário Luiz Delgado, Jones Figueirêdo Alves. (Org.). *Novo código civil: questões controvertidas - parte geral do código civil*. 1 ed. São Paulo: Método, 2007, v. 6, pp. 341-391.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PERELMAN, Chäim, & OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm . Acesso em: 24/03/2011.
- SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes . A liberdade de expressão e o problema do "hate speech". In: Cristiano Chaves. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto*. 2a ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Texto, norma e valor – a evolução na Constituição de 1988*. http://www.nagib.net/artigos_texto.asp?tipo=2&area=1&id=59. Em 20/2/2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC (Análise e Proposta). In: *Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil*, vol. 40, Jan/Fev 2011.
- WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 2008.
- WIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, Tradución de Luis Díe-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1964.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- ZANETI JR, Hermes. *Processo Constitucional - O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2007.