

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**

**RICARDO ROCHA VIOLA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL A RACIONAL  
JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DA  
VALIDADE A EFETIVIDADE**

**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**Uberlândia**

**2011**

**RICARDO ROCHA VIOLA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL A RACIONAL  
JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DA  
VALIDADE A EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

**UBERLÂNDIA**

**2011**

**RICARDO ROCHA VIOLA**

**O DIREITO FUNDAMENTAL A RACIONAL JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES  
JUDICIAIS: DA VALIDADE A EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Habilitação: Mestre em Direito Público

Data de Aprovação:

04/04/2011

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo  
Orientador

---

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges  
Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Alfredo José dos Santos  
Banca Examinadora

## RESUMO

O art. 93, IX, da Constituição Federal Brasileira de 1988 impõe que toda decisão judicial seja devidamente fundamentada. Diante deste enunciado tem-se fossilizado no sistema jurídico pátrio o direito fundamental à justificação racional das decisões judiciais, que mais que apenas justificadas, devem ser racionalmente lastreadas. Tal problema é desenvolvido no contexto cultural da pós-modernidade, considerando-se os desdobramentos desta nos quadrantes jurídicos. O problema da racionalidade das decisões judiciais ganha em relevo nos tempos atuais em função do fato de que os sistemas jurídicos têm sido invadidos por enunciados construídos com a base na técnica legislativa dos conceitos indeterminados. Esta técnica, se por um lado amplia horizontalmente o espectro de eficácia dos enunciados prescritivos, por outro mitiga, de certa forma, a densificação semântica daqueles enunciados, daí a dificuldade de aferição da racionalidade decisória, e a conseqüente dúvida quanto a efetivação do direito fundamental insculpido na CF, art. 93, IX. Neste escrito buscar-se-á responder ao problema de como é possível a referida aferição. Para tanto, com base no modelo proposto pelo construtivismo lógico-semântico capitaneado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, são fixadas premissas teóricas indispensáveis a compreensão do enfrentamento desenvolvido no texto. A adoção deste modelo hermenêutico-analítico importa em assumir o fenômeno jurídico enquanto linguagem. A partir daí fixa-se a idéia de que o enunciado prescritivo insculpido no art. 93, IX da Constituição veicula um direito fundamental, que como tal, não pode ser jamais vilipendiado, dada a sua fundamentalidade. Para demonstrar o problema do que se pode compreender contemporaneamente enquanto racionalidade decisória serão visitadas as teorias propostas pelo inglês Ronald Dworkin, pelos alemães Robert Alexy e Niklas Luhmann e pelo finlandês Aulis Aarnio. Fixados os contornos mínimos acerca do que se pode compreender como racionalidade decisória, passa-se a sistematização daqueles critérios entendidos enquanto viabilizadores do controle da referida racionalidade. Entende-se assim que, se uma decisão judicial atende aqueles critérios, estará racionalmente justificada, e assim, haverá sido emprestada efetividade ao direito fundamental insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Decisão Judicial. Justificação. Racionalidade. Controle.

## ABSTRACT

The art. 93, IX, of the Federal Constitution of 1988 requires that every judicial decision be justified. Given this statement has been fossilized in the Brazilian legal system the fundamental right to rational justification of judicial decisions, which more than justified only, must be backed rationally. This problem is developed in the cultural context of postmodernity, considering ramifications of this in the legal quadrants. The problem of the rationality of judgments won in relief in present times due to the fact that the legal system has been invaded by statements built on the basis of the legislative technique of indeterminate concepts. This technique, on the one hand horizontally expands the spectrum of effectiveness of prescriptive statements, on the other mitigates to some extent, the densification semantics of those statements, hence the difficulty of gauging the reasonableness of a decision, and the consequent doubt about the realization of the fundamental right sculptured in CF, art. 93, IX. In this paper will seek to address the problem of how can such a admeasurement. To do so, based on the model proposed by constructivism logical-semantic headed by Professor Paulo de Barros Carvalho, are fixed theoretical premises necessary to understand the confrontation developed in the text. The adoption of this analytical-hermeneutic model mind taking the legal phenomenon as language. Since then fixed to the idea that the wording in the prescriptive sculptured art. 93, IX of the Constitution conveys a fundamental right, as such, can never be vilified because of their fundamentality. To demonstrate the problem of what can be understood contemporaneously as rational decision, will be visited the theories proposed by the English Ronald Dworkin, by the German Robert Alexy and Niklas Luhmann and by the Finnish Aulis Aarnio. Set the minimum contours of what can be understood as rational decision passes to the systematization of those criteria regarded as enablers of control of that rationality. It is understood therefore that if a court decision meets those criteria, will be rationally justified, and thus will effectively be loaned to the fundamental right in sculptured art. 93, IX of the Constitution.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Judicial Decision. Justification. Rationality. Control.

*Aos meus pais, Nilton (in memorian) e Cida,*

*A minha esposa Elem e a minha filha Vitória*

*As minhas irmãs Rosane e Fernanda*

*Ao amigo irmão Wendel Ferreira Lopes*

*E em especial ao meu Orientador, Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo.*

## AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento vai para meu falecido pai. Em 1983 chegamos a Uberlândia vindos do Rio de Janeiro em função de sua transferência profissional. O Sr. Viola, como era conhecido, era um bancário a moda antiga, absolutamente engajado nas atividades rotineiras de sua profissão. Todavia, para a surpresa geral da nação, em 1986 foi desrespeitosamente demitido por carta. Seu mundo caiu. Sua saúde acabou. Não sei como, não veio a depressão. Foi ao fundo do poço financeiro, mas conseguiu bravamente resolver todos os seus problemas e viver com dignidade até seu prematuro passamento em 1999, apenas quatro dias após meu 31º aniversário.

Dentre os vários ensinamentos deixados por ele a mim, o mais importante foi o de que o homem tem que ser livre, e livre na mais ampla acepção da palavra. Foi pensando nisso, que resolvi transformar-me em um profissional liberal. Resolvi ser advogado. Advogado convicto desde os primeiros dias na UFU. Jamais passou pela minha cabeça tentar as carreiras públicas ou ao sair da universidade e buscar um emprego na iniciativa privada. Sempre projetei a liberdade, que a cada dia estou construindo em céu de brigadeiro.

Agradeço também minha mãe, D. Cida Viola que me ensinou outro princípio fundamental. Ser sempre feliz. Não importa o quanto as coisas estejam ruins. Viver é pura felicidade.

É assim que conduzo minha vida, com liberdade e felicidade.

Agradeço a minha irmã Rosane, por ter escolhido a graduação em direito antes de mim, e assim, ter-me mostrado as infindáveis possibilidades desta carreira fantástica.

Agradeço a minha irmã caçula Fernanda simplesmente pelo amor incondicional.

Agradeço a minha amada esposa Elem Cássia e a minha pequena Vitória. Para estas as palavras são confiança, respeito e esperança. Tudo que faço na vida conta sempre com a incondicional confiança destas duas pessoas magníficas. Tudo o que faço, o faço com o mais absoluto respeito a confiança em mim depositada. Juntos, comungamos a esperança de dias melhores.

Agradeço ao meu amigo irmão, o Professor Wendel Ferreira Lopes, que desde os bancos do cursinho preparatório para vestibular, o saudoso PRÁXIS, me atura e me proporciona oportunidades de, pela amizade e pela fraternidade, caminhar rumo ao engrandecimento como ser humano.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo, que desde a graduação em direito mostra, pelo exemplo, como ser um homem honrado, um professor exemplar, um profissional brilhante e, acima de tudo, amigo.

Agradeço aos demais professores do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia pela paciência e pelas inestimáveis colaborações.

Agradeço aos serventuários da UFU por todo o apoio prestado ao longo do Curso.

Agradeço por fim aos meus estimados alunos, que sempre me estimulam a com eles comungar momentos inesquecíveis no templo sagrado que é a sala de aula.

Obrigado!!!



*“Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”.*

*Ludwig Wittgenstein*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 O CONTEXTO, O PRETEXTO E O TEXTO</b> .....	15
<b>1.1 O contexto: a transição da modernidade para a pós-modernidade e a repercussão desta transição nos quadrantes jurídicos</b> .....	15
<b>1.2 O pretexto: o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais</b> .....	24
1.2.1 O direito enquanto fenômeno de linguagem .....	25
1.2.2 Enunciados prescritivos e normas jurídicas: uma distinção útil e necessária ....	28
1.2.3 A noção de sistema jurídico: o sistema de direito positivo e o sistema da ciência do direito .....	31
1.2.4 Os elementos do sistema jurídico do direito positivo .....	35
1.2.5 As dimensões do fenômeno jurídico .....	35
1.2.6 Um conceito para direito fundamentais .....	39
1.2.7 O problema dos conceitos indeterminados lançados nos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais .....	54
<b>1.3 O texto: o direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais - Identificação da fundamentalidade e do conteúdo jurídico do enunciado</b> .....	56
<b>2 UMA ANÁLISE TEÓRICA CONTEMPORÂNEA SOBRE A RACIONALIDADE DECISÓRIA</b> .....	65
<b>2.1 A racionalidade jurídica numa visão contemporânea</b> .....	66
2.1.1 O modelo de Ronald Dworkin: a polêmica sobre a única resposta correta .....	69
2.1.2 O modelo de Robert Alexy: o discurso jurídico racional argumentativo na teoria dos direitos fundamentais .....	75
2.1.3 O modelo de Niklas Luhmann: a racionalidade sistêmica .....	93
2.1.4 O modelo de Aulis Aarnio: a racionalidade decisória como aceitabilidade geral .....	101
<b>2.2 Breves considerações acerca dos modelos apresentados</b> .....	110
<b>2.3 A decisão judicial enquanto enunciado prescritivo racional e correto</b> .....	113
<b>3 A AFERIÇÃO DA RACIONALIDADE DECISÓRIA</b> .....	124
<b>3.1 Validade, eficácia e vigência do enunciado prescritivo consubstanciado na decisão judicial</b> .....	125
<b>3.2 A validade, vigência e eficácia dos fundamentos legais da decisão</b> .....	136
<b>3.3 Alinhamento a pauta de valores jurídicos da comunidade política</b> .....	137
<b>3.4 Fundamentação decisória estruturalmente adequada</b> .....	145
<b>3.5 A necessária preservação dos princípios jurídicos invocados e eventualmente colidentes</b> .....	147
<b>3.6 Enunciação da procedimentalidade efetivada na preparação do provimento</b> .....	156
<b>3.7 O alinhamento às decisões precedentes</b> .....	158
<b>3.8 O alinhamento teórico da decisão</b> .....	163
<b>3.9 As razões de decidir devem ser universalizáveis</b> .....	164
<b>3.10 A recondução normativa da decisão</b> .....	165
<b>3.11 Congruência empírica da decisão</b> .....	166

<b>3.12</b>	<b>Observação geral acerca dos critérios de aferição da racionalidade decisória .....</b>	<b>168</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>169</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>170</b>

## INTRODUÇÃO

A dissertação a qual entregamos à comunidade jurídica é um convite à reflexão sobre o fenômeno jurídico a partir do prisma de observação denominado “construtivismo lógico-semântico” capitaneado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho. Por este modelo hermenêutico-analítico, o fenômeno jurídico é surpreendido enquanto fenômeno de linguagem e é a partir desta ótica que o texto se desenvolve.

O problema central a ser resolvido é: como dar efetividade ao direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais, direito fundamental previsto no art. 93, IX da Constituição Brasileira de 1988.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro indica-se o contexto e o pretexto para o texto desenvolvido. Respectivamente, a pós-modernidade, o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais e a efetividade do direito fundamental a racional justificação das decisões judiciais.

No segundo capítulo será investigada a questão da racionalidade decisória. No terceiro e último capítulo propõe-se a sistematização de critérios capazes de proporcionar a aferição daquela racionalidade, por entender-se que, uma vez confirmada a racionalidade da decisão judicial, ter-se-á emprestado efetividade ao direito fundamental insculpido no art. 93, IX da Carta Política.

Para responder o problema, primeiramente, a questão foi devidamente contextualizada, quando então foi delineado o momento cultural da pós-modernidade e os seus desdobramentos no âmbito jurídico, em especial com a consagração da força normativa dos princípios jurídicos, promovendo a reaproximação entre direito, filosofia, sociologia e demais disciplinas humanísticas, já que neste contexto assume papel preponderante no mundo jurídico o debate em torno dos direitos fundamentais.

Acontece que este debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais fica juridicamente esvaziado se conduzido apenas em bases extrajurídicas, isto é, sociológicas, filosóficas, políticas, históricas, etc. É preciso então fornecer um meio de proporcionar o tráfego e o intercâmbio entre estas várias formas de apreensão e reflexão da experiência, de

modo a densificar o debate, racionalizando-o. A opção então é dada pela semiótica elevada ao grau de meio hábil a perfeita compreensão ou intelecção de qualquer objeto alocado em qualquer região ôntica. Esta opção semiótica de investigação aponta para a possibilidade de encarar-se o direito enquanto um fenômeno de linguagem.

Surpreendendo o direito por este prisma linguístico é possível promover incisões no fenômeno que farão surgir várias camadas de linguagem, que, se devidamente consideradas, facilitam a compreensão plena da integralidade do objeto observado.

Partindo do viés escolhido, o direito pode ser analisado enquanto um sistema de enunciados modelados em linguagem prescritiva. Não que o direito esteja reduzido apenas a este sistema de enunciados, nem que seja possível promover tal redução. Na verdade, a semiótica proporciona a percepção de um corte epistemológico que escancarará um fértil ponto de partida para todas as demais possíveis investigações que se pretenda empreender sobre o fenômeno. Eis aqui estampada, portanto, a utilidade da opção semiótica.

É com base nesta opção semiótica que é feita a distinção entre enunciados prescritivos e normas jurídicas, importantíssimas para a fixação de premissas metodológicas e conceituais que são utilizadas ao longo do trabalho. A opção acima apontada também facilita a compreensão da existência das várias camadas de linguagem em que se manifesta o fenômeno jurídico, especialmente as linguagens do direito positivo e a metalinguagem da ciência do direito, cada qual com seus contornos próprios.

No plano da linguagem do direito positivo é possível surpreender o direito enquanto um sistema que tem um vasto repertório de elementos, os princípios e as regras, reunidos por força de uma estrutura, que mantém a unidade e a coesão do sistema permitindo a sua perenização.

O viés comunicacional do fenômeno jurídico permite, ainda, a compreensão de que este fenômeno se manifesta em pelo menos quatro planos lógicos – geral, individual, abstrato e concreto –, tornando possível o recorte do trajeto de construção de sentido do fenômeno, facilitando a abordagem compartimentada do mesmo.

Todas estas noções de teoria geral do direito são pressupostos teóricos para que se possa propor um conceito para os direitos fundamentais, categoria dentro da qual insere-se o direito a justificação racional das decisões judiciais, objeto central da investigação.

Uma vez enquadrado aquele direito enquanto direito fundamental, e incluído em seu bojo a noção de racionalidade, é preciso investigar esta noção. Aqui faz-se um alerta para o fato de que uma vez contextualizada a investigação no quadrante temporal da pós-modernidade, a racionalidade será enfrentada sem retrocessos às matrizes externas a este contexto. Assim, serão investigadas algumas teorias contemporâneas que tem preocupação com a questão da racionalidade no âmbito jurídico.

A primeira teoria investigada é a do direito como integridade proposta pelo inglês Ronald Dworkin que se desenvolve em torno do pretexto do debate acerca da possibilidade de existir uma única decisão correta para cada caso concreto que seja apresentado à apreciação jurídica. Em seguida, o discurso racional argumentativo do alemão Robert Alexy é o alvo das especulações, quando então, demonstrar-se-á como o referido autor sustenta ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático racional. Na sequência, é a vez de analisar a teoria proposta por outro alemão, Niklas Luhmann, com a sua teoria sistêmica. Para encerrar esta investigação acerca da racionalidade em suas feições contemporâneas investiga-se a aceitabilidade racional proposta pelo finlandês Aulis Aarnio.

Demonstrados os contornos contemporâneos da racionalidade jurídica é chegada a hora de sistematizar critérios que, de acordo com o posicionamento defendido neste trabalho, possibilitam a efetivação do direito fundamental a fundamentação racional das decisões judiciais.

Neste sentido, são apontados como critérios (i) a validade, eficácia e vigência do enunciado prescritivo consubstanciado na decisão judicial; (ii) a validade, vigência e eficácia dos fundamentos legais da decisão; (iii) o alinhamento a pauta de valores jurídicos da comunidade política; (iv) a fundamentação decisória estruturalmente adequada; (v) a necessária preservação dos princípios jurídicos invocados e eventualmente colidentes; (vi) a enunciação da procedimentalidade efetivada na preparação do provimento; (vii) o alinhamento às decisões precedentes; (viii) o alinhamento teórico da decisão; (ix) a universalizabilidade das razões de decidir; (x) a possibilidade recondução normativa da decisão e a (xi) a congruência empírica da decisão. Cada um destes critérios têm esclarecidos seus contornos teóricos, a fim de que se possa compreender como aplicá-los efetivamente.

Acredita-se assim, que se numa decisão judicial são observados todos os critérios sistematizados, estar-se-á diante de uma decisão judicial que se pode qualificar de racional, e

que, portanto, doa efetividade ao direito fundamental insculpido no art. 93, IX do Texto Magno.

Neste momento introdutório parece útil tomar de empréstimo a advertência de Laurence Tribe e Michael Dorf (2007, xlviii), segundo a qual de forma alguma se tem a pretensão de fornecer ao leitor a última chave para a plena compreensão do fenômeno jurídico. O objetivo aqui levado a cabo é o de simplesmente sistematizar o que ao longo da experiência humana já está colocado à disposição do intérprete do direito, mas talvez de forma difusa, proporcionando assim, baixa compreensão de suas infinitas possibilidades.

## 1 O CONTEXTO, O PRETEXTO E O TEXTO

A fixação do contexto, em que se desenvolverá a presente análise, aliada a demonstração do pretexto que a motiva, justificam a escolha do texto a ser desenvolvido. Poder-se-ia dizer que estas três categorias textuais mostram-se úteis enquanto guias para o leitor, mostrando-lhe a todo o momento de onde se veio, onde se está e aonde se pretende ir. Destarte, como contexto para o trabalho será adotada transição da modernidade para a pós-modernidade, mostrando-se a repercussão desta transição para os quadrantes jurídicos. O pretexto adotado é o do debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais. O texto que será desenvolvido a este pretexto e naquele contexto buscará sistematizar critérios seguros de aferição da racionalidade decisória judicial a fim de doar efetividade ao enunciado do art. 93, inc. IX da CF.

### 1.1 O contexto: a transição da modernidade para a pós-modernidade e a repercussão desta transição nos quadrantes jurídicos

Como já afirmado na introdução deste escrito, o contexto na esteira do qual se desenvolve a presente investigação é o da pós-modernidade. Esta contextualização do objeto em observação importa no enfrentamento da transição cultural da modernidade para a pós-modernidade e as implicações que esta transição dispara em relação ao direito.

A modernidade pode ser concebida enquanto um *modus vivendi* relacionado ao projeto de mundo da sociedade liberal burguesa, que, instalou-se com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e com a Revolução Francesa de 1789, e desenvolveu-se pela força visceral do modo de produção capitalista expansionista.

O liberalismo dava o tom para a humanidade. Seja no âmbito intelectual, econômico ou político, o centro das atenções era sempre a liberdade individual em oposição às maciças interferências estatais verificadas no período do absolutismo. É nesta época que são consagrados os ideais de liberdade e de Estado de Direito enquanto limitação à voracidade



estatal absolutista. Instituições no capitalismo, a propriedade privada e o livre mercado assumem feição sacrossanta. Está criado, portanto, o cenário adequado para o desenvolvimento do positivismo.

Sobre o positivismo, assinalaram Giovane Reale e Dario Antiseri (2005, p. 287):

[...] o movimento de pensamento que dominou parte da cultura européia em suas expressões não só filosóficas, mas também políticas, pedagógicas e literárias (é este o período do verismo e do naturalismo) desde cerca de 1840 até os inícios da primeira guerra mundial. Os traços de fundo do ambiente sociocultural que o positivismo interpreta, exalta e favorece são: uma substancial estabilidade política, o processo de industrialização e desenvolvimentos por vezes portentosos da ciência e da tecnologia. O marxismo interpretará de modo muito diferente a revolução industrial e seus males (desequilíbrios sociais, exploração do trabalho de menores, etc.). Os positivistas não ignorarão estes males; tinham, porém, confiança na força da ciência e do espírito científico, a seu ver mais que adequados a repor em seu lugar todo o corpo social.

Reflexo deste movimento cultural geral na cultura jurídica desenvolveu-se e consolidou-se o positivismo jurídico que submeteu o Direito a um modelo de enfrentamento equivalente ao das ciências exatas e naturais (BARROSO, 2004, p. 348).

Bobbio (1995, p. 135) afirmou:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.

Seu elemento essencial é a força segundo a qual os desígnios normativos podem ser perseguidos. A lei assume o papel de fonte primeira do Direito. Os princípios jurídicos e os valores são elementos extrajurídicos, que, geralmente encartados nas Constituições, assumem feição preponderantemente política, não vinculante em termos jurídicos, meros aconselhamentos para o legislador e para o administrador.

O ordenamento que alberga as normas jurídicas denota suposta coerência e completude, inexistindo espaço para as antinomias e para as lacunas. O direito há de ser interpretado e aplicado de forma mecânica pelo intérprete/juiz, a quem não cabe qualquer interferência criativa (BOBBIO, 1995, p. 131).

No ambiente jurídico o debate restringe-se à validade. Justiça e legitimidade são questões a serem debatidas em outros foros (BARROSO, 2004, p. 349). Legítima então seria

a interpretação que se apresentasse absoluta e indubitavelmente vinculada ao texto legal, que assim apresentasse claramente a mística *voluntas legislatoris*. A interpretação jurídica subjetivista impõe então ao intérprete que assuma o lugar do legislador e realize as operações lógico-mentais realizadas por aquele, sempre na busca de determinar o sentido geneticamente depositado no âmago da norma, o que importaria por certo em uma análise histórico-empírica da vontade do agente produtor da norma (LARENZ, 1997, p. 35/36).

Ao lado deste modelo subjetivista existia quem entendesse que seria impossível isolar a vontade do legislador, pois, uma vez promulgada a lei, esta libertava-se de seu autor. Isto não importa necessariamente no rompimento absoluto em relação as pretensões de seu autor, mas faz surgir a idéia de que devem ser considerados, na mesma medida, acervos de significações impensadas por seu genitor. “A lei é mais racional do que seu autor, e, uma vez vigente, vale por si. Por isso, é a partir dela apenas, do seu próprio contexto significativo, que deve ser interpretada” (LARENZ, 1997, p. 41).

Trata-se da denominada interpretação objetivista. De qualquer forma, seja em decorrência do fato de ser considerada produto da evolução histórica humana, e, portanto, direito positivo; seja por conta de sua suscetibilidade de sistematização e compreensão conceitual, e assim, objeto da ciência jurídica, a lei era vista como uma ordem racional. Assim sendo, a racionalidade era nota essencial tanto de seu prolator quanto do próprio produto legislado (LARENZ, 1997, p. 39).

Instala-se assim o mito do legislador racional, uma ficção caracterizadora de um ser singular, imperecível, único, consciente, finalista, onisciente, onipotente, justo, coerente, absolutamente abrangente, econômico, eficaz e preciso, enfim, um quase-deus, que de Deus apenas diferia na medida em que sua ocupação é com a produção de leis terrenas (NINO, 1989, p. 85 e ss.).

Este ser mítico seria capaz de ofertar a atividade interpretativa um sistema de normas isento de lacunas e antinomias, capaz de neutralizar a complexidade social catalisadora de contingências inimagináveis dentro de uma pluralidade crescente e incontrolável. Neste cenário, seja com interpretações subjetivistas (*voluntas legislatoris*), seja com interpretações objetivistas (*voluntas legis*), ao juiz não era dado criar direito, mas apenas e tão somente externar o direito previamente construído pelo legislador. A sombra do legislador racional surgia o juiz “boca da lei”.

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstracto da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a *viva vox iuris* (FERRARA, 1963, p. 111).

O juiz seria o único detentor da senha de acesso ao altiplano magistral dos verdadeiros conteúdos normativos, que somente são revelados aos mortais por meio de raciocínios inexpugnáveis, porém, legítimos, já que manifestadores do que determina a lei. Ao juiz é atribuída então a nobre função de revelar o conteúdo normativo depositado nos textos normativos. Não cabia ao julgador posicionar-se ideologicamente em face da lei. Considerando a existência da lei, caberia a ele simplesmente aplicá-la. O julgador era a extensão executória do legislador racional, o que se materializava por meio de simples operações lógicas sem fundo substancial. A descrição que segue é de Winfried Hassemer (2008, p. 83), vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão e Professor de Teoria e Sociologia do Direito, Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt am Main, Alemanha:

No teatro do Estado da lei os juízes comparecem como autômatos de subsunção 19, os quais têm que ler a lei e transportar suas indicações uma a uma para a respectiva realidade vital. Aí eles precisam abster-se estritamente de todo acréscimo conteudístico a essas instruções. Se eles despertassem a impressão que, através de sua atividade interpretativa, acrescentam algo à lei, cairiam imediatamente sob suspeita, diante do controlador do Estado da lei, de manipulação contrária à Constituição. Os juízes são figuras pálidas e fiéis, eles não são mais que a boca da lei, eles são meras dobradiças. A lei decide, não o juiz; ela decide através dos juízes, passando através deles.

Após certo período de estabilidade, já no século XX, as metanarrativas da modernidade mostram suas vísceras e suas fragilidades que são percebidas em diversos momentos históricos. A crise do liberalismo econômico que culminou com o *crack* da bolsa de Nova Iorque em 1929, as duas grandes guerras mundiais e a derrocada do mundo soviético, são exemplos marcantes de que algo estava mudando na sociedade. Era a chegada da pós-modernidade, o momento em que os metarrelatos que orientavam a sociedade caíram em descrédito (LYOTARD, 2006, p. xvi).

Parece útil distinguir a pós-modernidade do pós-modernismo, como o fez Terry Eagleton (1998, p. 7). Para o inglês, a expressão “pós-modernismo” é melhor utilizada para referir-se a uma forma de cultura contemporânea. Já a expressão “pós-modernidade” quer fazer referência a um dado intervalo histórico, muito bem delimitado temporalmente. A pós-modernidade seria um modo crítico de pensar a realidade, questionando especialmente “as

noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a idéia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação”.

Todos estes enfrentamentos críticos atraem para os debates intelectuais noções como a de contingência, diversidade, instabilidade, imprevisibilidade, incerteza, insegurança, enfim, uma séria de negações aos postulados clássicos do iluminismo, proporcionando desconfiança no que tange “à objetividade da verdade, da história e das normas, em relação às idiosincrasias e a coerência de identidades” (EAGLETON, 1998, p. 7).

Ainda é o filósofo inglês que sustenta que as origens deste movimento repousam na efemeridade e na descentralização tecnológica, no consumismo e na definitiva instalação da indústria cultural. Neste ambiente, os sistemas tradicionais de produção perdem espaço para as indústrias de serviços, finanças e informação. Além disso, a clássica divisão social em classes sucumbe em face de uma profusão de micro-identidades. Já o pós-modernismo seria o estilo cultural que reflete a pós-modernidade e traz a reboque uma “arte superficial, descentrada, infundada, auto-reflexiva, divertida, caudatária, eclética e pluralista, que obscurece as fronteiras entre a cultura ‘elitista’ e a cultura ‘popular’, bem como entre a arte e a experiência cotidiana” (EAGLETON, 1998, p. 7).

A incredulidade mencionada por Lyotard por um lado acabou por decretar a insuficiência da metanarrativa totalizante do capitalismo liberal para proporcionar felicidade à humanidade; por outro, mostrou que o metarrelato marxista não deu conta da complexidade social que deixou para trás a dicotomia *burguesia vs. proletariado*. As identidades culturais estavam em profunda crise. Stuart Hall (2005, p. 7) assim refere-se à transição em análise:

A questão da identidade está sendo extensamente discutida da teoria social. Em essência, o argumento é o seguinte: as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado. A assim chamada “crise de identidade” é vista como parte de um processo mais amplo de mudança, que está deslocando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social.

O estatuto do saber modificou-se gravemente em relação à época moderna. Ocorre a fragmentação das ciências num movimento de especialização jamais visto. As universidades transformam-se em um sem número de institutos (LYOTARD, 2006, p. 71). Algo de muito

significativo acontecia com as ciências. Em 1988, Boaventura de Souza Santos anunciou a emergência de um novo paradigma científico.

As ciências naturais e matemáticas, que regozijavam-se por sua pretensa certeza e segurança, pareciam perder espaço por força do avanço do modo de pensar próprio das ciências sociais, assentadas na idéia de sua irrefutável e necessária contingência. Neste momento ainda não era possível determinar o acerto de uma ou de outra posição, o que é certo é que o modelo do saber científico moderno estava alterado profundamente e a humanidade ainda não tinha condição de prever, com um mínimo grau de certeza, qual o modelo científico emergiria após a turbulência:

Em vez da eternidade, a história; em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização; em vez da reversibilidade, a irreversibilidade e a evolução; em vez da ordem, a desordem; em vez da necessidade, a criatividade e o acidente. A teoria de Prigogine recupera inclusivamente conceitos aristotélicos tais como os conceitos de potencialidade e virtualidade que a revolução científica do século XVI parecia ter atirado definitivamente para o lixo da história (SANTOS, 1988, p. 56).

É o momento do desencanto das maiorias, da pluralidade, do império das diferenças. O que une as pessoas não é mais o estandardizado, mas o customizado. Mais do que nunca é imperativo tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Os elos comunitários de antes que exigiam o contato pessoal dos conviventes, agora são virtualizados. Qualquer um que tenha acesso à grande rede de computadores é um cidadão sem fronteiras. Num *click* estão *linkados* instantaneamente um cidadão brasileiro, outro libanês, e um chinês. Não há mais tempo nem distância para a troca de informações. A superação das coordenadas de tempo e espaço, condicionantes da fugacidade humana, impacta de forma drástica o desenvolvimento da ciência e da tecnologia. As informações trafegam em velocidade e volume fantásticos entre os cidadãos espalhados pelo mundo. Basta um bom processador. A natureza pós-moderna é cibernética.

A pós-modernidade seria o palco no qual apresentar-se-ia a *via crucis* da já falecida soberana razão iluminista, que não serviu aos seus propósitos de fundamentar e explicar satisfatoriamente as grandes contradições do mundo moderno.

Podemos retornar, enfim, àquele "pós" ambíguo da palavra pós-modernismo. Que partes da modernidade o pós-modernismo deixou para trás? Todas? A noção de igualdade humana junto com a idéia de progresso histórico? Tanto a emancipação das mulheres como a da classe trabalhadora? A crença na liberdade e consciência individual tanto quanto na soberania da Razão? Alguns elementos da modernidade, como a idéia de revolução, pareceram desmoronar na teoria, mas não na prática,

como os eventos revolucionários recentes na Europa Oriental vieram a confirmar. (Deve ter sido um grande embaraço para o pós-modernismo que, justo quando ele descartava os conceitos de revolução política, sujeitos coletivos e transformações momentosas como tanta bazófia metafísica, essas coisas tenham acontecido onde menos se esperava. Por outro lado, deve ter servido de consolo para esses teóricos que as revoluções em questão tenham rapidamente dado uma guinada em direção à sua admirada cultura de mercado.) A doutrina do progresso universal levou uma surra, mas certos tipos de progresso histórico (o desmantelamento do *apartheid*, por exemplo) ainda parecem inevitáveis, e embora essa espécie de emancipação não tenha sido de forma alguma universalizada, é difícil saber por que alguém não a consideraria uma meta válida. Mas isso, talvez, envolveria a noção tão temida de "teleologia"; e é para isso e para outras questões que podemos agora voltar-nos (EAGLETON, 1998, p. 18).

A onda, ou melhor, a *tsunami* pós-moderna repercute em todos os quadrantes culturais, e, obviamente, o direito não está a salvo destas repercussões. Ainda bem! Pois, o positivismo jurídico, matriz jurídica reinante até a metade do século XX, já mostrava problemas. O direito mostrava problemas institucionais e de legitimidade. A ineficácia dos sistemas jurídicos modernos permitiu a percepção de espaços de "a-legalidade" e de ilegalidades. Demais disso o discurso jurídico já se mostrava incapaz de mediar de forma idônea e justa as tensões decorrentes das relações intersubjetivas, pacificando a sociedade (INDA, 2000, p. 237).

Está-se num momento em que se ampliou demasiadamente a liberdade do julgador, que a partir da criação de fórmulas mirabolantes de interpretação, em verdade, acabava por decidir de acordo com seu próprio estoque de valores e ideologias, tanto qual norma aplicar ao caso concreto, quanto o conteúdo, o sentido e o alcance das normas aplicadas, mas sempre acobertando estas opções com os mesmos recursos de abstração, ambiguidade e polissemia alocados nos textos legislados. Fica para traz o mito do legislador racional e erige-se o mito do juiz racional, que sob os argumentos da certeza e segurança jurídicas colmatados pela regra do *non-liquet* acaba impondo uma ditadura oracular, o que a toda evidência logo foi percebido como inaceitável.

A pós-modernidade importa numa substancial alteração na estrutura dos sistemas jurídicos, mas acima de tudo, resta alterada a forma de pensar, de viver e de conviver com o direito. O direito perde a sua feição de mecanismo de controle social e se transforma em meio de convívio social. O direito não é mais um meio para que os Leviatãs sobreponham-se aos indivíduos, passando a ser o meio pelo qual todo o catálogo de valores humanos pode enfim ser conduzido à efetividade. O direito passa a ser mais um meio pelo qual os indivíduos e a coletividade realizam sua existência.

Se na modernidade o direito adotou o modelo positivista, essencialmente formal, mecânico, estandardizado, avalorativo; na pós-modernidade vem à tona a essência do direito, seu conteúdo material. Os valores e os princípios jurídicos, deixando de ser elementos estranhos aos sistemas jurídicos, assumem definitivamente sua condição vinculante, justamente em função da percepção de força normativa das Constituições (HESSE, 1991). Surgem diversos microssistemas normativos para tratar dos diferentes, como no caso brasileiro do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques (2004, p. 49), referindo-se a seu mestre, o alemão Erick Jayme, assevera:

[...] E se a pós-modernidade, segundo Erick Jayme, é a época do pluralismo, com reflexos no Direito na pluralidade de leis especiais, de agentes a proteger, de sujeitos de uma relação de consumo, certo é que, segundo este pensador alemão, a este pluralismo se une o *Leitmotive* do renascimento dos Direitos humanos, sendo o *revival* da importância dos Direitos fundamentais, individuais ou mesmo coletivos, contrapondo-se antinomicamente ao movimento de aproximação e de abertura comercial mundial.

É neste cenário pós-moderno que o debate jurídico em torno dos direitos fundamentais ganha extrema importância, pois, a sociedade plural e extremamente complexa já não mais satisfaz-se com a simples previsão dos Direitos e de suas garantias. A exigência agora é de que o Estado dê efetividade aos direitos fundamentais.

Surge então um novo problema. Falso (VIOLA, 2009, p. 15), mas mesmo assim um problema, qual seja: Como dar efetividade aos direitos fundamentais, considerando a baixíssima densidade normativa dos seus respectivos enunciados prescritivos, já que, em regra, foram eles vazados com base na técnica legislativa das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados? Se o sistema jurídico não reduz a abertura semântica, p.e., do enunciado veiculador do direito à saúde, não é por isso que o cidadão poderá ser alijado do gozo pleno do referido direito fundamental.

Este tipo de debate promove uma importante alteração na distribuição de forças políticas estatais. O poder estatal que já esteve centrado no Poder Executivo e já teve no Poder Legislativo a sua maior expressão, agora encontra no Poder Judiciário a sua manifestação justificadora e salvadora, indicando estar próxima a completude do sentido da expressão constitucional do Estado Democrático de Direito.

Surge o neoconstitucionalismo, cujas características podem ser organizadas em dois grupos, as metodológico-formais e as materiais. No primeiro grupo encontram-se o

reconhecimento da força normativa da Constituição, a supremacia sistêmica de suas normas e a centralidade sistêmica da Carta Política; enquanto no segundo grupo estão a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas encartadas no bojo do próprio sistema constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 2).

O Poder Judiciário ganha em importância política, na medida em que agora a capacidade criativa do intérprete é fundamental para que os conceitos indeterminados albergados nos textos normativos ganhem densidade e toquem o plano da realidade social em erupção. O direito não é abstraído da norma, mas construído a partir do enfrentamento pleno dos enunciados prescritivos. O direito não mais é hermeticamente fechado às influências de outras ciências afins, tais como a filosofia e sociologia. Ao contrário, os influxos filosóficos dos direitos fundamentais são indispensáveis para uma construção semântica tendente à completude, à plenitude. Luis Roberto Barroso (2005) assim manifesta-se acerca deste momento:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos Direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

É o momento do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização do Judiciário. É o momento dos direitos fundamentais e da consolidação da democracia.

Contudo, este incremento do Poder Judiciário pode trazer um efeito contrário, proporcionando uma ditadura deste Poder. Assim, a coletividade deve ter à sua disposição critérios que permitam submeter as decisões jurídicas a testes de consistência, a fim de que seja garantido, efetivamente, o Estado Democrático de Direito. Se a sociedade contemporânea pretende abandonar o mito do legislador racional, não pode se atirar nas garras do novo mito do juiz racional. Para evitar este novo engodo, é essencial que estejam disponíveis, e, se possível adequadamente sistematizados, critérios de aferição da racionalidade decisória judicial, pois, somente assim, garantir-se-á a efetividade do direito fundamental a racional justificação das decisões judiciais.



## 1.2 O pretexto: o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são judicializáveis? Qual a densidade normativa dos direitos fundamentais? É legítima a atuação judicial que dá concretude a um direito fundamental enunciado em cláusula aberta? Qual o conteúdo jurídico geral e abstrato de um direito fundamental? Como resolver eventuais conflitos concretos entre direitos fundamentais? Sem querer exaurir a questão, todos os questionamentos atrás mencionados traduzem o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais. Não é possível responder a todas as referidas questões nesta dissertação, mas, espera-se ofertar singela contribuição para a evolução do debate.

Assim entende-se indispensável definir o que vem a ser um direito fundamental para que o debate possa ter sequência, o que, apesar de parecer uma postura de viés positivista, é, em verdade, uma empresa dogmática de caráter construtivista lógico-jurídico. Parece aconselhável para a redução da complexidade do debate em torno do conteúdo jurídico possível dos direitos fundamentais, que, antes de qualquer investida na sua estruturação, seja definido o conceito da categoria jurídica dos direitos fundamentais. Não parece correto enveredar-se na empreitada de esquadrihar, p.e., o conteúdo jurídico do direito fundamental à liberdade, sem antes tentar ter bem definido o que é um direito fundamental. Uma vez obtida esta definição, surge a possibilidade de investigação e construção semântica do objeto do direito fundamental analisado.

Diante do acima exposto, tem-se que antes de propor o conceito de direitos fundamentais são necessárias algumas incursões na Teoria Geral do Direito a fim de estabelecer algumas premissas conceituais importantíssimas. Neste sentido demonstrar-se-á que o direito pode ser observado enquanto um fenômeno de linguagem.

Em seguida tratar-se-á da necessária distinção entre enunciado prescritivo e norma jurídica. Mais adiante, abordar-se-á a noção de sistema jurídico, distinguindo o sistema de direito positivo e o sistema da ciência do direito. Já chegando ao momento de propor o conceito de direitos fundamentais, adentrar-se-á na especulação quanto as dimensões normativa e empírica do fenômeno jurídico. Tudo isso para localizar o plano da linguagem em que está inserido o conceito proposto. Em seguida chegará o momento de verificar se o

enunciado prescritivo insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal, caracteriza-se ou não enquanto um direito fundamental, e qual o seu conteúdo jurídico.

### 1.2.1 O direito enquanto fenômeno de linguagem

Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 162) afirma:

Neste contexto, penso que nos dias atuais seja temerário tratar do jurídico sem atinar a seu meio exclusivo de manifestação: a linguagem. Não toda e qualquer linguagem, mas a verbal-escrita, em que se estabilizam as condutas intersubjetivas, ganhando objetividade no universo do discurso. E o pressuposto do “cerco inapelável da linguagem” nos conduzirá, certamente, a uma concepção semiótica dos textos jurídicos, em que as dimensões sintáticas ou lógicas, semânticas e pragmáticas, funcionam como instrumentos preciosos do aprofundamento cognoscitivo.

Diante da advertência acima apontada, tem-se que o direito pode ser encarado enquanto um fenômeno de linguagem experimentado dentro de um contexto comunicacional. O direito é fenômeno, pois, fenômeno é qualquer coisa que se apresente à inteligência humana, material ou abstratamente – um livro ou uma idéia –; interna ou externamente – uma sensação de dor ou a percepção de uma cor. É um fenômeno de linguagem, pois, linguagem pode ser compreendida enquanto um sistema de signos utilizado para a comunicação humana seja ela verbal ou não-verbal, isto é, a linguagem é um mecanismo de intercâmbio de informações intersubjetivas.

O direito constituir-se-á em mensagens institucionalizadas de que se servirão todos os integrantes de uma dada comunidade a fim de estabilizar suas relações intersubjetivas. Diante desta assertiva, mostra-se fundamental a investigação do direito a partir de óticas de caráter comunicacional. Para o sucesso de tal empreitada, a semiótica se mostra de grande utilidade.

Para Lúcia Santaella (2010, p. 2) semiótica é “a ciência que tem por objeto de investigação todas as linguagens possíveis, ou seja, que tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno como fenômeno de produção de significação e de sentido”.

Aqui entram as noções de signo, significação e significado.

Signo é algo que representa algo. O signo não é o objeto representado em si, mas simplesmente uma representação daquele objeto. Por exemplo, quando utilizamos a palavra “árvore”, surge imediatamente em nossa mente a idéia de algo constituído por um tronco de cor marrom, galhos, folhas geralmente de cor verde, frutos, sementes, etc. A palavra “árvore” é um signo para designar aquele objeto da natureza que nos apresenta fenomenicamente à percepção. Dada a individualidade egoística de nossa configuração existencial, jamais, pelo menos nesta configuração terrena, conseguiremos sentir os objetos que se nos apresentam à percepção, mas somos capazes de apenas e tão somente representá-los, o que o fazemos por meio de signos. O signo funciona como medição entre o ser cognoscente e o objeto cognoscível. Mais um a vez o exemplo trazido por Santaella (2010, p. 12) é deveras esclarecedor:

Esclareçamos: o signo é uma coisa que representa uma outra coisa: seu objeto. Ele só pode funcionar como signo se carregar esse poder de representar, substituir uma outra coisa diferente dele. Ora, o signo não é o objeto. Ele apenas está no lugar do objeto. Portanto, ele só pode representar esse objeto de um certo modo e numa certa capacidade. Por exemplo: a *palavra casa*, a *pintura* de uma casa, o *desenho* de uma casa, a *fotografia* de uma casa, o *esboço* de uma casa, um *filme* de uma casa, a *planta baixa* de uma casa, a *maquete* de uma casa, ou mesmo o seu *olhar* para uma casa, são todos signos do objeto casa. Não são a própria casa, nem a idéia geral que temos de casa. Substituem-na, apenas, cada um deles de um certo modo que depende da natureza do próprio signo. A natureza de uma fotografia não é a mesma de uma planta baixa. (grifos do original).

Para a semiótica peirceana, pelo seu aspecto semântico, isto é, na relação do signo com o seu objeto, os signos podem ser de três espécies: os ícones, os índices e os símbolos (SANTAELLA, 2010, p. 13). Os ícones são signos representativos de qualidades primeiras relativas aos objetos representados, traduzem sempre possibilidades de representação dos objetos que tentam designar. Existe semelhança entre o ícone e o objeto representado. Já os índices representam qualquer coisa que se apresente diante de nós como existente singular, material, mantendo uma relação direta ou indireta com o que representa. Uma marca de frenagem no asfalto indica que por lá passou um veículo que em determinado momento de sua trajetória teve seu sistema de freios acionado bruscamente.

Um índice é sempre uma possibilidade, um indício. Por fim temos os símbolos que representam uma lei, uma generalização, segundo a qual aquele signo deve representar o seu objeto. Um símbolo não representa uma coisa particularmente considerada, mas busca denotar um gênero de coisas. Imaginem o ponto de interrogação (?). Este símbolo traduz a noção aceita por toda a comunidade detentora do código linguístico que se utiliza desta simbologia, no sentido de que uma vez utilizado, ter-se-á uma frase em vetor interrogativo,

isto é, estar-se-á diante de uma pergunta. Interessa sobremaneira os signos desta última espécie, uma vez que os textos normativos são vazados em signos simbólicos.

Prosseguindo, temos que estes signos medeiam a significação e o significado. Significação é a idéia construída pelo contato do ser cognoscente com o signo colocado à sua apreciação. O significado é fenômeno representado pelo signo. Assim, o signo representa um significado e suscitará no ser cognoscente certa significação acerca daquele. Podemos aplicar estes conceitos ao direito.

O *caput* do art. 1º da Constituição Federal é um conjunto de signos: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

Este plexo de signos refere-se a conceitos abstratos formulados ao longo da história filosófica, social, política e jurídica humana (república, federação, Estados, etc.), seu significado; e suscita em nossas mentes diversas significações, por exemplo, a de que o Brasil organiza-se politicamente sob a forma de uma organização soberana de pessoas políticas autônomas, representada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, e que esta organização necessariamente deve desenvolver-se com a participação popular na condução dos desígnios estatais, sendo que, sobretudo o Estado que manifesta esta organização política submete-se ao império do direito, e não apenas os indivíduos que compõem esta coletividade. Assim é que aqui, volta-se a frisar, fez-se a opção de olhar para o direito como um fenômeno de linguagem, pois que, vazado em linguagem simbólica na forma de enunciados.

### **1.2.2 Enunciados prescritivos e normas jurídicas: uma distinção útil e necessária**

Aqui é adotada a idéia de que enunciado prescritivo e norma jurídica são entidades relacionadas, porém distintas. Para chegar à norma jurídica o ponto de partida é o enunciado prescritivo.

Norberto Bobbio (2001, p. 73) afirma que se pode entender por enunciado a “forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso”, isto é, o suporte físico da mensagem que se quer expressar por meio de um dado discurso contextualizado. Enunciados não são simples frases soltas no ar. São construções frasais portadoras de sentido. Para tanto, há que se ter em conta que o sentido indispensável para a caracterização do enunciado se dá pela contextualização do mesmo, num ambiente compreendido pelos interlocutores. “O sentido do enunciado é determinado essencialmente pelo contexto situacional” (CERVONI, 1989, p. 19).

Neste matiz, as leis, por exemplo, adquirem a feição de enunciados, pois, traduzem atos de enunciação protagonizados pelo legislador que encontram-se contextualizadas social e juridicamente. O que se está a afirmar é que as mensagens cogentes estatais somente adquirem sentido porque são concebidas e compreendidas no contexto jurídico e são construídas em linguagem deôntica institucionalizada pela tradição social e compartilhada por todos os habitantes do auditório (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

Os enunciados prescritivos integrantes do sistema jurídico assumem a forma de juízos hipotéticos condicionais, isto é, “Se *p*, deve ser *q*”. Em linguagem formalizada {H – C}, onde “H” é uma hipótese, ou seja, um evento de possível ocorrência; “-” é um conectivo de imputação, ligando logicamente o antecedente “H” ao conseqüente “C”; e “C” é a conseqüência jurídica, ou seja, uma situação objetiva, ou estado de coisas que instaurar-se-á em função da ocorrência fenomênica efetiva da hipótese.

A idéia de norma jurídica é altamente controvertida na teoria jurídica. Por vezes norma jurídica assume a feição de enunciado prescritivo acima exposta, em outras oportunidades traduz a noção de construção semântica da significação do enunciado por parte do ser cognoscente que ocupa-se de interpretá-lo, além disso pode traduzir uma noção híbrida que mistura as duas idéias anteriormente mencionadas.

Cristiano Carvalho a partir da Teoria dos Atos de Fala (2006, p. 25) afirma que:

A norma é, em essência, um comando, uma ordem. Busca intervir na realidade social através de comunicações cuja finalidade é motivar condutas humanas. **Portanto, normas são atos de fala, cuja finalidade ilocucionária é a diretiva. A direção de ajuste é, considerando de forma ampla, a mundo-palavra ou mundo-norma** (grifos no original).

Em obra de fôlego, calcada nos ensinamentos da escola do construtivismo lógico-semântico, Aurora Tomazini de Carvalho (2010, p. 280) assim manifesta-se acerca da presente distinção:

Nestes termos, vale à pena manter a separação entre *normas jurídicas em sentido amplo* e *normas jurídicas em sentido estrito*, para aliviar as incongruências semânticas do uso da expressão “norma jurídica”. As primeiras denotam unidades do sistema do direito positivo, ainda que não expressem uma mensagem deôntica completa. As segundas denotam a mensagem deôntica completa, isto é, são significações construídas a partir dos enunciados postos pelo legislador, estruturadas na forma hipotético condicional.

Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 129) anota o que segue:

Uma coisa são os *enunciados prescritivos*, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras as *normas jurídicas*, como significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas (grifos do autor).

Robert Alexy segue o mesmo entendimento acima manifestado (1993, p. 51) afirmando que “o enunciado ‘nenhum alemão pode ser extraditado ao estrangeiro’ significa que está proibida a extradição de um alemão ao estrangeiro. Uma norma é, pois, o significado de um enunciado normativo” (grifos do autor).

Aqui, seguindo os ensinamentos acima delineados, enunciado prescritivo é o suporte físico da mensagem deôntica (permitido, proibido ou obrigado) considerada na sua ambiência. Norma jurídica é o produto do preenchimento semântico do enunciado, verificado a partir do contato intelectual do sujeito cognoscente com o objeto cognoscível. Enunciado prescritivo é o objeto da interpretação, norma jurídica é o produto da atividade interpretativa. Enunciado é plexo contextualizado de signos, enquanto norma é a sua significação.

Esta distinção é importantíssima e justifica-se por dois motivos. Primeiro, a distinção em estudo demonstra e justifica a possibilidade de um único enunciado possibilitar a construção de um, dois ou mais conjuntos de significações, isto é, de diversas interpretações, ou, de diversas normas jurídicas. Esta constatação é importantíssima especialmente em sede de direitos fundamentais, que, como demonstrar-se-á mais adiante, em função da técnica legislativa utilizada na construção de seus enunciados, acaba por lançar o auditório em um oceano de possibilidades semânticas. Deste modo, se o conceito proposto aloca-se no plano dos enunciados, e mais, no plano das categorias gerais e não dos significados específicos, a sua função redutora de complexidades exsurge com mais tranquilidade.

Por fim, tem-se que ao propor um conceito de direitos fundamentais, tentar-se-á propor um modelo redutor de complexidades para a categoria geral dos direitos fundamentais, colaborando com um pressuposto teórico para a compreensão de qualquer daqueles direitos, para em seguida demonstrar que o enunciado insculpido no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal Brasileira é um direito fundamental, e, como tal, merece ser tratado com o devido respeito a sua estatura jurídica.

Destarte, o conceito que será proposto alocar-se-á no plano dos enunciados prescritivos e não no plano das normas jurídicas. Estar alocado no plano dos enunciados habilita o seu ingresso no plano das normas jurídicas e seu posterior contato com o plano da facticidade. Mas enquanto enunciados, os direitos fundamentais não são textos jogados ao vento. Ao contrário são textos contextualizados, e o contexto no qual estão inseridos é o sistema jurídico que merece a devida identificação. Este é o assunto do próximo ponto.

### **1.2.3 A noção de sistema jurídico: o sistema de direito positivo e o sistema da ciência do direito**

Cabe ainda mais uma observação importantíssima para uma adequada abordagem do fenômeno jurídico. Trata-se aqui da noção de sistema jurídico, que importa necessariamente na distinção entre sistema de direito positivo e sistema da ciência do Direito.

É comum a referência por parte dos manuais de disciplinas jurídicas a entidade denominada de sistema jurídico. Tão comum quanto esta maciça referência é a ausência de indicação quanto às bases científicas que autorizam a adoção da noção de sistema pela Jurisprudência, o que faz com que a existência do sistema jurídico pareça tratar-se de mais um, dentre os diversos dogmas inexplicáveis da dogmática jurídica. Daí a necessidade de uma breve e superficial investigação sobre o tema.

Não há como tratar da noção de sistema, sem tocar, ainda que superficialmente, na teoria de Claus-Wilhelm Canaris (1996), que, defendendo a idéia de que o sistema jurídico traduz uma ordem axiológica e teleológica, esclarece que o termo “teleológico” não é por ele utilizado no sentido estrito de correlação entre meios e fins, mas sim num sentido mais amplo

de “cada realização de escopos e valores, portanto, num sentido em que a jurisprudência das valorações é equiparada à jurisprudência teleológica” (CANARIS, 1996, p. 67).

Mais adiante o autor alerta então para o fato de que se não fosse a necessidade de se considerar o fundo material do sistema, não haveria razão para a dicotomia apresentada. E assim afirma:

um sistema não representa mais do que a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material *com meios racionais*: a recusa da possibilidade de um sistema não lógico-formal equivale, assim, à afirmação de que a lógica formal representa o único meio possível para esse fim. Uma tal restrição no âmbito em que sejam possíveis o pensamento e a argumentação racionais deve justamente ser rejeitada, como inadmissível, pelo jurista; porque as dificuldades próprias do pensamento jurídico não se deixam transpor com os meios da lógica formal, adviria, daí, uma sentença de morte não só para a jurisprudência como Ciência, mas também, em geral, para cada tentativa de entender a aplicação do Direito como um problema racionalmente conduzido. (CANARIS, 1996, p. 69/70).

Se o sistema é compreendido enquanto a tentativa de captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas, restringir o sistema ao seu aspecto meramente formal tornaria impossível e desnecessária a apreensão proposta. É com base nisso que afirma que é possível a demonstração racional do pensamento teleológico, o que induz a constatação de um sistema que corresponda a esta percepção. Isto seria, em relação ao princípio da isonomia, “condição de possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento racionalmente orientado e racionalmente demonstrável” (CANARIS, 1996, p. 74).

O autor alemão destaca ainda que a noção de adequação valorativa não equivale à de justiça material, esta adequação valorativa é formal, mas não reduzida à idéia de lógico-formal. Ela quer expressar que:

uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas conseqüências até o fim (discordo dessa possibilidade, ante a inexauribilidade semântica do direito), transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores. Garantir a adequação formal é, em conseqüência também a tarefa do sistema teleológico, em total consonância com a sua justificação a partir do princípio formal da igualdade (CANARIS, 1996, p. 75/76).

Buscando a construção de uma noção que seja mais acessível, e que tenha raízes mais claras na Teoria Geral do Direito, propõe-se que a investigação da noção em epígrafe (sistema jurídico) tenha início pela literalidade da expressão.



Invertendo a ordem da locução, e sem querer aqui adentrar em toda a imensidão da problemática da semântica do termo, tem-se que o vocábulo “jurídico” adjectiva tudo o quanto tenha importância para a fenomenologia do direito, ou, como preferem alguns, tudo o que pertença ao universo das coisas do direito. Por seu turno, e para o que importa a construção da noção de sistema jurídico, sistema pressupõe uma unidade ordenada de elementos, de tal sorte que as partes integrantes do todo convivem perenemente em função de forças aglutinantes formando uma estrutura homeostática.

Esta homeostase sistêmica é possível na medida em que o sistema é autoregulativo, i.e., é dotado de condições de calibrar suas incongruências por meio do processamento de informações recebidas a partir do macroambiente no qual está inserido, o que, por seu turno, torna necessária a autopoiese deste mesmo sistema, é dizer, traz a indispensabilidade de o próprio sistema criar suas regras de renovação estrutural. Referindo-se à noção fundamental de sistema, Paulo de Barros de Carvalho (2005, p. 132) aduz:

Surpreendido no seu significado de base, o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.

Prosseguindo no enfrentamento da noção de sistema, o professor paulista classifica os sistemas em reais e proposicionais (2005, p. 134 e ss.). Os primeiros, os sistemas reais, seriam compostos por objetos do mundo físico e social, i.e., no mundo sensível e, portanto, perceptíveis pela experiência, pelos sentidos humanos; enquanto que um sistema proposicional corresponderia a um sistema de proposições de linguagem.

Estes sistemas proposicionais seriam subdivididos em sistemas nomológicos e nomoempíricos. Os sistemas nomológicos têm como partes, elementos puramente ideais, enquanto que os sistemas nomoempíricos têm composição com elementos que têm interface com a realidade. Os sistemas nomoempíricos por seu turno subdividir-se-iam em descritivos e prescritivos. No âmbito dos sistemas puramente descritivos incluir-se-iam os sistemas de enunciados científicos, e no âmbito dos sistemas prescritivos, os sistemas de direcionamento de condutas sociais.

Assim, com arrimo na acurada exposição acima mencionada, há que se ter a cautela de considerar que ao enfrentar a temática do sistema, há de se definir de antemão, se está sendo enfrentado o sistema nomoempírico descritivo ou o sistema nomoempírico

prescritivo do direito, pois, num e noutro casos as metodologias podem ser diametralmente opostas. Veja as considerações do mestre paulista:

O direito positivo é um sistema nomoempírico prescritivo, onde a racionalidade do homem é empregada com objetivos diretivos e vazada em linguagem técnica. A ciência que o descreve, todavia, mostra-se também um sistema nomoempírico, mas teórico ou declarativo, vertido em linguagem que se propõe ser eminentemente científica (CARVALHO, 2005, p. 137).

Do exposto tem-se que o sistema jurídico do direito positivo é o conjunto, perene e equilibrado, denotativo de unidade ordenada, composto por enunciados prescritivos – repertório – e pelas relações entre estes enunciados denominadas – estrutura – (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 249 e ss.); sendo que o processo de produção e reprodução dos elementos sistêmicos, a unidade, a ordenação e a homeostase sistêmica são estabelecidas por auto-regulação, e é neste sistema que estão alocados os enunciados prescritivos veiculadores dos direitos fundamentais.

#### **1.2.4 Os elementos do sistema jurídico do direito positivo**

Inúmeras são as classificações que se podem formular sobre os elementos lingüísticos que habitam o sistema jurídico do direito positivo. Este texto, contudo, não é o palco adequado para a investigação destas classificações. Porém, uma delas parece útil ao nosso propósito. Aqui se faz referência à clássica distinção entre princípios e regras. Princípios e regras seriam espécies de enunciados prescritivos que compõem o repertório do sistema jurídico.

É importante aqui frisar que os enunciados prescritivos integrantes do repertório do sistema jurídico não são portadores de uma mesma estrutura textual e lógica. Ao contrário, vislumbra-se a existência de, pelo menos, duas espécies de enunciados prescritivos, a saber, os princípios e as regras. A distinção entre estas espécies é essencial para a compreensão da problemática envolvendo os direitos fundamentais. Sem querer evidentemente exaurir a polêmica, mister adotar aqui um posicionamento acerca destas categorias jurídicas.

Regras são enunciados prescritivos explicitamente encaixados no sistema jurídico, enunciados estes, portadores de alta densidade normativa, que alocam no antecedente de sua estrutura enunciativa a previsão hipotética de uma conduta (verbo), atrelada a um complemento, à qual imputam uma consequência, entendida enquanto uma situação jurídica que deverá instalar-se caso a hipótese normativa verifique-se integralmente no plano da facticidade.

Já os princípios, são enunciados prescritivos portadores de baixa densidade normativa, implícitos ou explícitos no sistema jurídico, que alocam em seu antecedente ou um valor jurídico ou um limite à atuação dos sujeitos de direito destinatários e que desempenham quatro funções, a saber:

- a) Orientam a produção normativa;
- b) Orientam a interpretação normativa;
- c) Orientam a aplicação normativa; e
- d) Na falta de regras explícitas aplicáveis direta ou diretamente a casos concretos, incidem diretamente sobre os fatos como se regras fossem.

Esta distinção será importante em momentos futuros deste escrito, especialmente quando forem propostos os critérios de aferição da racionalidade decisória.

### **1.2.5 As dimensões do fenômeno jurídico**

Ainda antes de propor um conceito para os direitos fundamentais e aferir se o direito à fundamentação racional das decisões judiciais encaixa-se nesta categoria de enunciados prescritivos é importante uma distinção que possibilitará uma adequada alocação do conceito que será proposto.

O Professor Paulo de Barros Carvalho enfrenta o tema em sua Teoria da Norma Jurídica inserida no bojo de seu “Direito Tributário: linguagem e método” de 2008 sob a rubrica “espécies normativas”. Segundo as referidas lições existiriam quatro espécies de normas jurídicas, a saber: (i) geral; (ii) individual; (iii) abstrata; e (iv) concreta (CARVALHO,

2008, p. 139 e ss.). Esta categorização proposta pelo professor paulista será tomada de empréstimo para que se possa empreender compreensão acerca do que denomina-se aqui de “intervalos lógicos do fenômeno jurídico”, a saber, dois intervalos demarcados pela incidência, um pré-incidência e outro pós-incidência.

As duas primeiras categorias, geral e individual, guardam relação com a indicação dos destinatários do enunciado. Este será geral quando destinado a uma coletividade indeterminada de sujeitos de direito. Lado outro, o enunciado será individual quando destinar-se ou a um sujeito de direito específico, ou a um grupo determinado de sujeitos. Abstração e concretude são qualidades relacionadas ao instante lógico do processo de positivação do direito em que o enunciado está alocado. Assim, se o enunciado habita o plano das disposições latentes de aplicação tem-se um enunciado abstrato. De outro modo, se o enunciado já foi trazido pela incidência a regulação direta de uma relação intersubjetiva devidamente especificada no tempo e no espaço diz-se que o enunciado é concreto.

Pelo que foi exposto, são possíveis quatro combinações em que um enunciado poderá apresentar-se, a saber: (i) abstrato e geral; (ii) concreto e geral; (iii) abstrato e individual; e (iv) concreto e individual. Assim, tem-se o plano geral e abstrato quando o enunciado encontrar-se alocado no sistema jurídico pronto e apto a ser incidido no plano da facticidade. Concreto e geral será o enunciado já aplicado a um determinado caso concreto, que, contudo, tem como sujeitos envolvidos ou uma coletividade indeterminada. É possível vislumbrar um enunciado abstrato e individual quando o enunciado alocado no sistema jurídico apto a ser incidido no plano da facticidade, desde já demonstra especificadamente a sua titularidade, seja ela direcionada a um sujeito de direito específico, ou a um grupo determinado de sujeitos. Por fim, ter-se-á um enunciado concreto e individual quando levada a efeito a incidência daquele a um determinado caso concreto e por conta desta incidência for disparado um vínculo entre sujeito de direito específicos ou grupos determinados de sujeitos.

Como já afirmado anteriormente, aqui adota-se a idéia de que o direito pode ser apreendido em pelo menos dois intervalos lógicos, quais sejam, o intervalo pré-incidência, no qual verificam-se os enunciados “gerais e abstratos” e “individuais e gerais”, e o intervalo pós-incidência, no bojo do qual alocar-se-ão os enunciados “gerais e concretos” e “individuais e concretos”.

Tomemos como exemplo o enunciado prescritivo segundo o qual todo aquele que prestar serviços a outrem está obrigado ao pagamento do tributo denominado imposto sobre serviços de qualquer natureza. Assim, existe no âmbito do sistema jurídico um determinado enunciado prescritivo de caráter prospectivo que descreve uma conduta de possível ocorrência, isto é, um evento abstrato, ainda não ocorrido, mas que, potencialmente pode concretizar-se no plano da experiência. Além disso, aquele enunciado dispõe que, para o caso de o evento anunciado vir a concretizar-se, deverá instaurar-se uma nova situação de fato, ligando sujeitos de direito que a partir de então ocuparão posições jurídicas opostas vetorialmente e que assumirão direitos e deveres recíprocos. Aqui estamos no plano geral e abstrato do fenômeno jurídico, no plano das potencialidades.

Pois bem, acontece que estes enunciados gerais e abstratos são concebidos para serem incididos sobre as condutas humanas juridicizando-as. Deste modo, toda vez que um cidadão qualquer realiza a conduta-tipo incrustada no antecedente do enunciado prescritivo acima mencionado, está autorizado o processo de individualização da relação jurídica também acima referida.

Destarte, uma vez devidamente convertido em linguagem jurídica competente o fato jurídico “prestação de serviços” e o correspondente enlace jurídico envolvendo os sujeitos de direito “A” e “B”, sujeitos ativo e passivo da relação jurídica, segundo a qual “A” é o titular do direito subjetivo de exigir de “B” a entrega de parcela de seu patrimônio, p.e., a título de um tributo denominado imposto sobre serviços de qualquer natureza, e “B” é o sujeito passivo da relação jurídica, e, portanto, titular do dever jurídico de entregar aquela parcela patrimonial àquele título; ter-se-á concretizado e individualizado o fenômeno jurídico. Altera-se então a dimensão fenomênica da observação, que deixa o âmbito da generalidade e abstração e adentra na individualidade e concretude.

Diante desta constatação da multiplicidade dimensional do fenômeno jurídico, é fundamental que toda e qualquer aproximação que se pretenda empreender em relação ao mesmo, seja precedida de um corte metodológico, a fim de definir-se sobre qual dimensão ocorrerá a aproximação em questão.

Feitas estas considerações, alerta-se o leitor para o fato de que será proposto a seguir um conceito para direitos fundamentais compreensível no plano sistêmico nomoempírico prescritivo, portanto, no plano geral e abstrato, enfim, no plano da pré-

incidência, e frise-se desde já que esta opção nada tem de redução meramente formal, mas traduz apenas um primeiro passo na compreensão integral do fenômeno, já que entende-se que a compreensão adequada do plano textual seja indispensável para proporcionar a esperada compreensão do contato da normatividade com a facticidade.

A intenção é de extrapolar a dimensão da abstração analítica e fornecer um modelo conceitual de direitos fundamentais que tenha utilidade prática, especialmente que possa servir de ferramenta a ser utilizada no controle da racionalidade das decisões jurídicas, seja pelo juiz que construirá a decisão, seja pelo destinatário da mesma, seja pela sociedade que a observa e dela poderá servir-se em outros casos similares.

Tem-se que a não identificação da categoria dos direitos fundamentais coloca em risco estes direitos, pois, potencializa a banalização do debate em torno dos mesmos. Tudo se transforma em direitos fundamentais. Ora, uma vez banalizados estes direitos, toda a sua conquista histórica fica fragilizada, e assim, a efetividade esperada dos direitos fundamentais pode ser mortalmente prejudicada.

### **1.2.6 Um conceito para direitos fundamentais**

Antes de adentrar no problema da possibilidade de uma conceituação para os direitos fundamentais, convém lembrar que o objeto da presente investigação tem relação com a efetividade do direito fundamental a justificação racional de decisões judiciais. Muito se debate sobre o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais. A identificação de sua extensão semântica é uma tormenta para os literatos. Os acadêmicos enveredam-se na busca destas respostas, mas esquecem que antes disso deveriam compreender de forma consistente o que vem a ser um direito fundamental, enquanto gênero, enquanto categoria geral.

Não parece razoável querer que um fruto da abstração racional humana materialize-se sem que antes estejam consistentemente estabelecidos seus contornos ontológicos e existenciais. Entende-se que a adequada prévia conceituação dos direitos fundamentais enquanto categoria jurídica potencializa sua efetividade. Com Hassemer (2008, p. 92), entende-se que a porção dogmática do enfrentamento do fenômeno jurídico funciona

como uma mediação entre a ciência e práxis, e deste modo, parece útil propor um conceito para os direitos fundamentais, entendendo que a fixação deste, proporcionará a concretização de um primeiro passo rumo ao controle da racionalidade das decisões judiciais acerca do tema em foco.

Mas antes de propor um conceito para direitos fundamentais, passar-se-á em revista a alguns conceitos categoriais propostos pela teoria constitucional. O lusitano Jorge Miranda (1993, p. 7) afirma que os direitos fundamentais são:

os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material - donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Na mesma trilha de pensar, J. J. Gomes Canotilho (1992, p. 509) destaca que a fundamentalidade destes direitos aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e material. A fundamentalidade formal associa-se ao direito constitucional positivo e resulta de três aspectos. O primeiro está no fato de que, sendo elementos integrantes da Constituição escrita, os direitos fundamentais ocupam a cúspide do ordenamento jurídico. O segundo aspecto é o de que como normas constitucionais, submetem-se a limites formais e materiais de reforma constitucional. O terceiro e último aspecto reside em que, tratando-se normas diretamente aplicáveis vinculam imediatamente toda a comunidade jurídica pátria. A fundamentalidade material relaciona-se com a noção de que são estes direitos o albergue das bases constitutivas do Estado e da sociedade.

Sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 116/117) cita Prieto de Sanchis:

*Historicamente – advoga -, os direitos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a alguns desses valores. (grifos do original)*

Analisando não os textos normativos, mas os produtos da interpretação destes textos, as normas jurídicas, André Rufino do Vale (2009, p. 26) afirma que “as normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico”.

Em seu Curso de Direitos Fundamentais, ao fixar as diretrizes de seu trabalho, George Marmelstein (2008, p. 20) conceitua os direitos fundamentais como:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas a idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Em texto de consulta obrigatória quando a temática são os direitos fundamentais, o Prof. Gilmar Mendes (2000) da Universidade de Brasília aduziu que:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Konrad Hesse, arrimado em um critério estritamente formal, afirma que “direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais” (*Apud* BONAVIDES, 2007, p. 560).

Carl Schmitt (*apud* ALEXY, 1993, p. 63) aduziu que seriam fundamentais apenas os direitos “que pertencem ao fundamento mesmo do Estado e que, portanto, são reconhecidos como tais na Constituição”. No âmbito dos direitos que pertençam ao fundamento mesmo do Estado encontrar-se-iam apenas os direitos individuais de liberdade, e assim, fundamentais seriam aqueles direitos que têm estrutura de direitos individuais de liberdade.

Analisando a dificuldade de identificar quais disposições podem ser qualificadas como disposições de direito fundamental, Alexy (1993, p. 63 e ss.) enfrenta o tema a partir de critérios estruturais, materiais e/ou formais. Os critérios estruturais levam em consideração a estrutura frasal do enunciado estudado e a constatação de ser ele veiculador de uma fórmula lógico-deôntica completa ou não, outorgando ou não direitos subjetivos ao seu destinatário. Pelo critério material enfrenta-se a substância, a essência, o conteúdo jurídico dos enunciados analisados. No que diz respeito ao critério denominado de formal, está-se abordando a forma de sua positivação, isto é, se está o enunciado alocado ou não no Texto Constitucional. Tudo dependerá da combinação de critérios a ser implementada.



De antemão já se pode afirmar que Alexy não considera adequada a adoção isolada de um ou outro critério. O professor da Universidade de Kiel critica a adoção do critério material, pois, esta vincularia a noção de direitos fundamentais ao modelo estatal no âmbito do qual estejam inseridos os direitos sob análise. Assim, por exemplo, se o modelo estatal é o liberal, apenas estariam no âmbito dos direitos fundamentais aquelas disposições atinentes aos direitos de liberdade. Para Alexy este tipo de redução não parece prudente.

O critério estrutural corresponderia ao entendimento de que somente poderiam ser qualificáveis como disposições de direito fundamental, aqueles enunciados que outorgassem direitos subjetivos ao seu destinatário. Neste sentido, algumas normas circunvizinhas daqueles enunciados evidentemente fundamentais não poderiam ser colocadas sob o regime dos direitos fundamentais. Eis aqui estampado o prejuízo deste critério.

É possível abstrair das lições de Alexy que a adoção isolada de um critério ou outro não seria recomendável, assim como também não o seria a combinação dos critérios material e estrutural. Diante das dificuldades apresentadas acima, Alexy (1993, p. 66) adere à posição de que o melhor para a identificação em análise seria a combinação dos critérios formal e estrutural. Neste sentido, referindo-se especificamente ao direito alemão, afirma que “*disposições de direito fundamental* são os enunciados formulados nos artigos 1 a 19 LF e os enunciados contidos nos artigos 20, parágrafo 4, 33, 38, 101, 103 e 104 LF que conferem direitos individuais”.

Preferindo combinar os três critérios acima mencionados, J. A. da Silva (2007, p. 182) afirma que os direitos fundamentais são “situações jurídicas, objetivas ou subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Luigi Ferrajoli (2004, p. 37) prefere um conceito teórico fincado numa matriz formal ou estrutural. Vejam o conceito proposto pelo mestre italiano:

Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de direitos fundamentais: são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adscrito a um sujeito por uma norma jurídica; e por “*status*” a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas.

Após vasto enfrentamento das distinções conceituais entre as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, e declarando seu apoio na teoria de Robert Alexy, Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 85) conceitua os direitos fundamentais como:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Revisitada a teoria e investigados diversos conceitos de direitos fundamentais formulados por consagrados juristas, é chegada a hora de propor um conceito que parece proporcionar uma sensível redução na complexidade do debate em torno dos direitos fundamentais. Advirta-se de início, que o conceito a ser proposto não pretende assumir foros de universalidade, assim como entende Alexy (1993, p. 34 e ss).

Aqui, parte-se da idéia de que uma conceituação dos direitos fundamentais deve ter o texto constitucional como ponto de partida inevitável. É a partir do texto da Carta Política de 1988 que se torna possível a conceituação em debate.

Importa ainda deixar bastante claro que não se pretende afirmar que o conceito proposto seja “o” conceito de direitos fundamentais, mas apenas e tão somente “um” conceito de direitos fundamentais, pois, busca captar esta categoria a partir de uma de suas múltiplas faces fenomênicas.

Neste sentido, não descartando a importância dos ensinamentos acima mencionados, neste artigo os direitos fundamentais são tomados no sentido de *enunciados prescritivos encartados na Constituição Federal, ou portadores de status constitucional, cuja materialidade seja relativa a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, a melhoria das condições sociais do trabalhador, a nacionalidade e a participação política; intangíveis prejudicialmente pelo legislador ordinário, e que, ligados direta e ontologicamente aos fundamentos e objetivos republicanos, traduzem modelos normativos para a efetividade destes, bem como para os princípios de convivência internacional, tudo em função da nota intransponível de sua fundamentalidade.*

O conceito proposto será agora submetido a um desdobramento analítico a fim de atestar sua consistência.

O primeiro elemento do conceito proposto é que os direitos fundamentais são aqui encarados como “enunciados prescritivos”. Como já frisado acima, aqui toma-se o direito como fenômeno comunicacional. Assim, tem-se que o direito pode ser analisado enquanto um sistema de intercâmbio de mensagens entre sujeitos legitimados a expedi-las e habilitados a recebê-las, todos integrados em um mesmo contexto e compartilhando um mesmo código linguístico. Estas mensagens necessariamente haverão de ser vazadas em linguagem cujo código seja, pelo menos presumidamente, dominado pelos integrantes do auditório a que é destinada a mensagem.

Neste sentido, uma lei é uma mensagem criada pelo Estado em linguagem escrita e direcionada aos cidadãos, que irão recebê-la, interpretá-la, e, provavelmente, seguir o que está nela consignado, pois, estes destinatários da mensagem veem nela a nota do império estatal, sentindo-se compelidos a acatar o comando ali cravado. É a partir destas noções semióticas que se pode afirmar que os direitos fundamentais são enunciados.

Mas os enunciados em análise são adjetivados pelo qualificativo “prescritivos”. E assim o são, pois, não estão lançados no contexto social com vistas a simplesmente descrever a realidade circundante. Estes enunciados têm outra função, qual seja, a de interferir na realidade, prevenindo potenciais conflitos e decidindo conflitos já instalados, havidos entre os sujeitos que habitam o contexto jurídico-social. Estes enunciados estão sujeitos ao juízo da validade/invalidade, ao contrário daqueles que se destinam a descrever a realidade, que estão sujeitos ao juízo da verdade/falsidade (FERRAZ JÚNIOR, 1980).

A frase “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa” pode ser válida ou inválida, jamais verdadeira ou falsa. Já a frase “*Fulano* subtraiu o veículo de *Cicrano*, mediante grave ameaça e, portanto, deve ter sua liberdade privada por reclusão por um período de 8 (oito) anos, além de estar obrigado ao pagamento de multa no valor de R\$1.000,00”, esta sim pode ser aferida também pelas noções de verdade e falsidade.

A última frase acima transcrita cumpre o papel de descrever a realidade, convertendo um evento social em linguagem inteligível. No caso, o ato de enunciação volta-se para o passado apresentando à sensibilidade do interlocutor os contornos de um acontecimento verificado no plano da experiência. Já a primeira frase acima mencionada volta-se para o presente ou para o futuro dizendo ao interlocutor como deve agir ou não agir, fixando as conseqüências para o caso de concretização da conduta encravada hipoteticamente no texto. Daí afirmar-se que os enunciados jurídicos detêm caráter prescritivo, pois, que prescrevem condutas tidas por valiosas pela comunidade abrangida pela força cogente do sistema jurídico, imputando-lhes conseqüências institucionalizadas.

É indispensável aqui justificar a opção pelo enfoque na textualidade dos direitos fundamentais. Para tanto, importa considerar que o que se pretende é contribuir para a formação de um modelo redutor de complexidades. Assim, considerando-se que um enunciado proporciona não raras vezes a possibilidade de descoberta ou construção de inúmeras normas, ater-se às normas de direitos fundamentais equivaleria a mergulhar num oceano sem fundo a fim de prospectar petróleo, ou seja, jamais o objetivo seria alcançado. Se o que se pretende é reduzir as complexidades da compreensão acerca do fenômeno observado, é obrigatório que os esforços sejam alocados naquelas situações que permitem apreendê-lo. Daí a opção metodológica por um enfoque inicialmente textual. Por isso tem-se que os direitos fundamentais, como, aliás, qualquer direito, pode ser apreendido enquanto um enunciado prescritivo.

Passando agora ao segundo elemento do conceito em foco, foi afirmado que os enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais são “encartados na Constituição Federal, ou são portadores de *status* constitucional”.

Primeiro referiremo-nos à afirmação de que os direitos fundamentais estão encartados na Constituição, para em seguida fazer referência à abertura material do catálogo de direitos fundamentais.

É o próprio texto constitucional que nos dá a pista inaugural para a consolidação do entendimento de que os direitos fundamentais têm abrigo constitucional. Basta uma singela leitura do índice da Carta, para encontrar ali o Título II epigrafado de “Direitos e garantias fundamentais”, que no Capítulo I dispõe acerca dos direitos e deveres individuais e coletivos, desdobrando-se em 78 (setenta e oito) incisos e mais 4 (quatro) parágrafos.

Em seguida vem o Capítulo II dispondo acerca dos direitos sociais. Neste capítulo temos o art. 6º, 7º e seus 34 (trinta e quatro) incisos e parágrafo único; o art. 8º com seus 8 (oito) incisos e parágrafo único; o art. 9º com seus 2 (dois) parágrafos, além dos artigos 10 e 11. Mais adiante temos o Capítulo III dispondo sobre questões atinentes a nacionalidade por força dos artigos 12 e 13. Para encerrar esta leitura topográfica do Texto Constitucional temos os Capítulos IV e V dispondo sobre questões de participação política. Aqui estão os artigos 14, 15 e 16 enunciando prescrições acerca dos direitos políticos e o artigo 17 dispondo sobre os partidos políticos.

Mas não pode perder-se de vista o disposto no § 2º do art. 5º da Carta Política segundo o qual “os 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”.

Esta formulação textual demonstra claramente que o Constituinte de 1988 preferiu utilizar-se do modelo aberto em relação ao rol dos direitos fundamentais, o que, aliás, demonstrou profunda felicidade na atividade legiferante, pois, do contrário, teríamos um Texto Constitucional esdruxulamente formalista e teria sido em vão todo o esforço da Assembléia.

A mensagem do Constituinte foi clara, no sentido de que, o que de fato importa para efeitos da caracterização de um direito enquanto fundamental não é o seu assento textual no ápice do sistema jurídico, a Constituição Federal. O que efetivamente é essencial para a identificação de um direito como fundamental é a característica da fundamentalidade, característica esta imanente e ontológica a todos os enunciados desta magnitude jurídica e que será mais adiante enfrentada neste texto.

Prosseguindo no enfrentamento analítico do conceito proposto, afirmou-se que os direitos fundamentais são aqueles enunciados prescritivos cuja materialidade seja relativa a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, a melhoria das condições do trabalhador, a nacionalidade e a participação política.

Neste ponto deixa-se escancarado o fato de que a visão acerca dos direitos fundamentais que se busca demonstrar trata-se de uma visão objetiva. Não estão sendo levados em conta na conceituação seus aspectos históricos, políticos, funcionais, etc., mas apenas e tão somente os seus aspectos lingüísticos, o que não pode induzir à crítica no sentido de que aqueles outros aspectos tenham sido menosprezados ou negligenciados. De forma alguma. Os importantíssimos aspectos mencionados há pouco, sempre terão o seu devido lugar de destaque na teoria dos direitos fundamentais, mas, em se considerando que estamos tentando produzir um conceito redutor de complexidades, certamente o aspecto escolhido habita todas as vertentes teóricas dos direitos fundamentais, daí a opção por ele, e tão somente ele.

Não é qualquer matéria que merece tratamento jurídico por enunciados prescritivos qualificáveis enquanto veiculadores de direitos fundamentais. Se assim o fosse, qualquer questão poderia estar albergada nesta categoria normativa que seria integralmente banalizada. Ao contrário, há que se considerar as materialidades que a Carta Política determinou como sendo alcançadas pela categoria em estudo.

No artigo 5º da CF está disposto, que são fundamentais aqueles preceitos que tenham por matéria a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Os seus setenta e oito incisos e seus quatro parágrafos são densificações normativas do que consta do *caput*. O artigo 6º utilizou a mesma técnica, informando que enunciados que tenham por matéria a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e a melhoria das condições sociais do trabalhador. Os artigos 7º a 11 densificam alguns dos direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º. Os artigos 12 e 13 densificam questões atinentes à nacionalidade, enquanto os artigos de 14 a 17 ocupam-se de aumentar o conteúdo jurídico das questões ligadas à participação política.

As materialidades elencadas acima traduzem os núcleos essenciais dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais. Estas são, portanto, as matérias que poderão estar alocadas em enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais, de sorte tal que, sendo esta a materialidade de um determinado enunciado, pode-se estar diante de um direito fundamental.

Ultrapassado então o terceiro elemento conceitual, chega o momento de enfrentar a afirmação de que os enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais são “intangíveis prejudicialmente pelo legislador ordinário”.

Na Teoria Constitucional é conhecida a idéia das cláusulas pétreas. Estas são entendidas enquanto o núcleo duro da Constituição Federal. A porção textual intangível da Carta Política. No caso brasileiro, esta parcela imutável do Texto Constitucional, tem referência no art. 60, § 4º que dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

Percebe-se assim que o constituinte impôs um óbice material ao processo de criação de regras jurídicas, o denominado processo legislativo.

A literatura jurídico-constitucional vê o processo legislativo compartimentado em três fases. A primeira fase é a iniciativa, a segunda é a constitutiva e a última é a complementar.

Sempre observando as competências instituídas pela própria Constituição Federal, é na primeira fase do processo legiferante que inaugura-se a sequência ordenada de atos legislativos com vistas a inovar o sistema jurídico. É aqui que surgem os projetos de lei, aqui entendida em seu sentido mais amplo englobando todas as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal.

Na porção deliberativa do processo, manifestam-se tanto o Parlamento quanto o Executivo. No Parlamento os projetos de lei são submetidos a debates que podem conduzir à mutações no texto proposto, seja por acréscimo, redução, ou mesmo, alteração do projeto em discussão. Já o Executivo intervém pela sanção ou pelo veto aos projetos que lhe são submetidos à apreciação.

Por fim, tem-se a fase complementar do processo. Aqui, verifica-se a promulgação e a publicação do Texto aprovado no Parlamento, dando cabo à alteração do sistema jurídico.

Atente-se para o fato de que na construção do art. 60, §4º da CF, o parlamentar lançou mão do termo “deliberação”. Este termo é de fundamental importância para a

compreensão do relevo dado pelo constituinte às disposições constitucionais referidas no mencionado artigo da Carta. Veja que o constituinte não proibiu a possibilidade de propositura de projetos que tenham por objeto a modificação do núcleo intangível da Constituição Federal. Até porque, se assim o fosse, não estariam garantidas a pluralidade social, a democracia e a liberdade de expressão da sociedade brasileira.

É de se levar em conta que as grandes evoluções humanas são feitas de pequenos detalhes, caracterizados, no mais das vezes, por pequenos passos adiante, a partir daquilo que já estava consolidado na cultura vigente. Deste modo, obstar a propositura de projetos que supostamente afrontem o Texto Constitucional em sua porção intangível, bloqueando preventivamente o debate político acerca do tema, pode culminar com o sepultamento precoce de avanços jurídicos e sociais impensáveis para aqueles que apressada e equivocadamente viram afronta às cláusulas pétreas num projeto que, por conta do amplo debate, poderia engendrar avanços significativos para a sociedade.

Se o Estado brasileiro é efetivamente democrático e submete-se ao império da lei, é essencial que qualquer projeto de alteração da ordem jurídica possa ser inaugurado e debatido. Todavia, considerando os riscos das não muito incomuns politicalhas tupiniquins, uma vez detectada na fase de discussão do projeto, a tendência de supressão de enunciados referidos no § 4º do art. 60, o projeto sequer poderá ser colocado em pauta e, muito menos, deliberado.

Ainda merece destaque o fato de que as cláusulas pétreas não estão blindadas contra quaisquer alterações. O que está proibido é a intervenção prejudicial no núcleo duro da Carta. Deste modo, se a intervenção vier em benefício deste núcleo, deverá ser admitida como deliberável.

O próximo elemento do conceito proposto é o de que os enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais encontram-se ligados direta e ontologicamente aos fundamentos e objetivos republicanos, traduzindo modelos normativos para a efetividade destes, bem como para os princípios de convivência internacional.

Primeiro há de se compreender então, as possibilidades jurídico-semânticas dos vocábulos “fundamentos” e “objetivos”. Numa visão sistêmica da Constituição, tem-se que esta encontra-se na fronteira do sistema jurídico com os demais subsistemas que compõem o



macro-sistema social. Considerando assim esta posição sistêmica, a Constituição funcionaria assim como a porta de ingresso comunicacional para as mensagens advindas do meio e, eventualmente, vazadas em linguagem estranha para os padrões jurídicos.

As opções jurídico-constitucionais tiveram base em decisões pré-jurídicas, de caráter preponderantemente político, e que, naquela fase de formação estavam plenamente abertas a incorporação dos mais variados matizes ideológicos, históricos, políticos, antropológicos, etc., enfim um discurso portador de altíssima complexidade. Todavia, este discurso altamente complexo, ao ser transformado em discurso jurídico, teve abruptamente reduzida aquela complexidade, justamente pela fixação juridicamente institucionalizada das opções pré-jurídicas.

Assim, fundamento há de ser compreendido enquanto um referente lógico-dedutivo, genérico e densificável instituído constitucionalmente, no sentido de opção intransponível, “irredutíveis a novas hipóteses, porque no dizer de Heidegger, decorrem da liberdade finita que o discurso impõe a si mesmo” (LEAL, 2008, p. 97).

Já os objetivos devem ser compreendidos enquanto metas que devem habitar teleologicamente qualquer ação estatal ou social. Tudo, absolutamente tudo, o quanto for realizado pelo Estado e pela sociedade deve ter em linha de mira aquelas metas juridicamente fincadas no texto constitucional e inafastáveis sob qualquer pretexto.

No que diz respeito à ligação direta e ontológica dos enunciados *sub examine* e os fundamentos e objetivos republicanos, há de se ter em conta que estes encontram-se cravados no Texto Constitucional, respectivamente nos artigos 1º e 3º, e são enunciados vazados em conceitos indeterminados, que demandam densificação normativa para sua eficácia e efetividade, i.e., para que os enunciados em questão toquem a realidade, torna-se necessária a *interpositio legislatoris*.

Mas a densificação normativa acima referida não ficou integralmente conferida ao legislador ordinário. Ao contrário, o próprio constituinte já deixou para seus sucessores as linhas mestras para a tarefa densificante. Esta primeira densificação normativa dos fundamentos e objetivos republicanos ficou a cargo dos direitos e garantias fundamentais que traduzem modelos normativos para a efetividade dos conteúdos normativos dos artigos 1º e 3º da CF. Foi criada pelo constituinte originário uma relação fortemente imbricada entre os

diversos artigos que integram os Títulos I e II da Constituição Federal, de tal sorte que os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); os direitos sociais (arts. 6º a 11); a nacionalidade (arts. 12 e 13); os direitos políticos (arts. 14 a 17) e outros enunciados prescritivos constitucionais que tenham aquelas materialidades anteriormente elencadas, traduzem modelos para a efetividade dos fundamentos e objetivos republicanos, bem como para os princípios de convivência internacional, todos plasmados nos arts. 1º a 4º do Texto Magno. Esta é a primeira chave racionalizante do sistema brasileiro dos direitos fundamentais.

Agora questiona-se: de que adiantaria a fixação meramente programática de modelos normativos constitucionais, se o Poder Público não estivesse obrigado a agir com base nos fundamentos e a perseguir os objetivos prescritos?

Na linha de entendimento do Ministro Celso de Mello manifestada autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175/RS, em que se tratava da efetividade do direito à saúde, não se pode admitir que o caráter programático de um enunciado veiculador de um direito fundamental converta-se em “promessa constitucional incosequente”. Em outras palavras, o que se pode perceber na dicção jurisprudencial é a idéia de que em sede de direitos fundamentais não são admitidas promessas, ao contrário exige-se entrega, efetividade.

A sociedade atual não se contenta mais com a simples previsão geral e abstrata de direitos fundamentais, nem tampouco com a institucionalização garantidora destes mesmos direitos. No mundo pós-moderno a palavra de ordem é efetividade – desempenho ótimo –, que deve ser compreendida como característica imanente, e, portanto, indissociável dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais.

E onde reside a lógica desta afirmação?

Reside no fato de que a Constituição Federal não simplesmente enunciou e garantiu direitos fundamentais. A Carta Política foi, além disso, ao prescrever claramente que aqueles textos são enunciados, isto é, não estão jogados no vácuo. Ao contrário, estão contextualizados e, portanto, plenos de sentido jurídico, político, histórico, ideológico e social, se verificados a partir de sua matriz justificadora, plasmada nos fundamentos e nos objetivos republicanos.

Sempre existirá algum agente do Poder Público despido de consciência constitucional que perguntará: Por que efetivar um direito fundamental?

Este mesmo agente levantará a bandeira da reserva do possível contra esta efetivação e lutará para desincumbir o Estado do cumprimento impostergável de seus deveres constitucionais. Mas, ainda que o agente em questão feche os olhos e tape os ouvidos para a realidade constitucional incontornável que se agiganta à sua frente, a verdade é que o motivo para a efetividade em tela é uma decisão política democraticamente tomada pelo Constituinte, que por conta desta decisão, introduziu no sistema constitucional brasileiro todos os elementos objetivos necessários para a compreensão da plenitude da densidade normativa dos enunciados prescritivos veiculadores dos direitos fundamentais e da sua imanente efetividade.

Estes elementos objetivos necessários são justamente o preâmbulo constitucional e os arts. 1º a 4º da Carta. Falar de direitos fundamentais é falar de efetividade. Direito fundamental sem efetividade não é direito fundamental, é falácia fundamental.

Perscrutando a nota da fundamentalidade, fecha-se a análise do conceito proposto. Eis a análise do tema. A literatura existente sobre direitos fundamentais trata a questão da fundamentalidade pela velha técnica da adjetivação, fixando as noções de fundamentalidade formal e material, sem, contudo, adentrar proficuamente no cerne da questão. Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 2) trata desta dúplici característica da fundamentalidade, afirmando:

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar.

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

Vejam que o autor não demonstra diretamente o que vem a ser “fundamentalidade”, e tenta criar a idéia em questão pela sua adjetivação dúplice, o que, com o devido acato, mantém aberta a questão do que vem a ser fundamentalidade.

Desenvolver-se-á uma tentativa de esclarecimento deste ponto.

Não é estranha a noção de que os enunciados veiculadores de direitos fundamentais consubstanciam normas de caráter meramente programático. Este entendimento assenta-se no problema da baixa densidade normativa dos referidos enunciados que decorre imediatamente da utilização da técnica legislativa das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados. Estes, se tratados de forma irracional, conduzem a uma série interminável de perplexidades.

Quando se faz referência à irracionalidade do tratamento dos enunciados em questão está-se mencionando o não incomum preenchimento do conteúdo destes a partir de noções extrajurídicas, sem o devido balanceamento jurídico. Quais os contornos jurídicos do direito à vida? O que é igualdade? O que é a segurança constitucionalmente instituída? Qual a verdadeira extensão do direito à propriedade? O que vem a ser a função social da propriedade? Respondidos estes questionamentos com desprezo aos seus lastros jurídicos, tem-se a irracionalidade no preenchimento dos conteúdos de significação dos enunciados veiculadores dos referidos direitos.

Quando afirmou-se acima que os direitos fundamentais são enunciados prescritivos, mencionou-se que isto é possível pela compreensão de que estas mensagens institucionalizadas são portadoras de sentido pois que encontram-se contextualizadas. O contexto em questão é o jurídico constitucional e não apenas o histórico, político, ideológico, antropológico ou sociológico. Não que estes contextos colaterais ao jurídico possam ser desprezados na formulação do conteúdo de significação dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais. Isso seria uma sandice. O que não se pode admitir é a preponderância daqueles contextos sobre a contextualização jurídico-constitucional.

Esta contextualização jurídico-constitucional impõe que os enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais sejam semântica e pragmaticamente preenchidos preponderantemente com elementos objetivos buscados no próprio sistema jurídico.

Numa sociedade pluralista como a brasileira, admitir o preenchimento subjetivado do conteúdo de significação dos direitos fundamentais é jogar por terra a decisão política fundamental, tomada pelo constituinte originário, linhas acima mencionadas, o que caracteriza um grande perigo para um Estado que se pretende democrático e sujeito ao império do direito, e no qual nem sempre os direitos são levados à sério. Daí que é possível afirmar que o elemento racionalizante para o preenchimento do conteúdo de significação plural dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais encontra-se na própria Constituição Federal.

Afirma-se aqui que este elemento racionalizante é a noção de “fundamento”, que está contida na dicção do *caput* dos artigos 1º e 3º da Carta. Investiguemo-la.

Nicola Abbagnano (2007, p. 475) aduz que fundamento, por uma matriz aristotélica, pode ser compreendido enquanto “um conceito ontológico que expressa a necessidade do ser enquanto substância”. Fundamento seria assim, o elemento catalisador da existência de algo. Já por uma ótica kantiana (KANT, 2006), a noção de fundamento assume a feição de razão justificativa. É nesta vertente kantiana que entendemos a noção de fundamentalidade ínsita aos direitos fundamentais.

A fundamentalidade tem relação com os motivos de nossa existência enquanto comunidade política e com a preservação e progresso desta mesma comunidade. As razões da existência desta comunidade política repousam na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Não fosse em função destes valores supremos, inexistiria razão justificativa para a existência desta comunidade. Não valeria a pena todo o sacrifício histórico por esta comunidade. Demais disso, uma vez formada esta comunidade política, deve ela ser preservada e impulsionada ao progresso, ao progresso de todos e ao progresso de cada indivíduo. Para tanto é que o constituinte fixou no art. 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, considerando estes fundamentos e estes objetivos fundamentais, não é possível concebê-los obstados, daí a idéia de que a efetividade seja uma nota essencial dos

direitos fundamentais, pois, caso contrário, i.e., se admitidas eclipses destes direitos, prejudicados restarão os fundamentos e objetivos republicanos.

### **1.2.7 O problema dos conceitos indeterminados lançados nos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais**

Frise-se que o debate contemporâneo em torno dos direitos fundamentais não se resume à fixação de seu conceito dogmático. Um dos grandes problemas relacionados à questão aqui ventilada diz respeito à técnica legislativa utilizada na construção dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais. Estes enunciados normalmente estão cravados em nosso sistema jurídico com a utilização da técnica legislativa dos conceitos indeterminados, isto é, na construção enunciativa do suporte físico textual jurídico o legislador, ciente ou não da necessária inexauribilidade dos textos prescritivos em análise, optou por construí-los com palavras que admitem inúmeros significados, ou seja, termos plurissignificativos.

Referindo-se aos conceitos indeterminados, Cademartori e Duarte (2009, p. 45) asseveram: “Já, quanto aos conceitos indeterminados, a lei refere-se a uma esfera de realidade cujas delimitações não são precisas no seu enunciado, mas assim mesmo ela tenta delimitar uma hipótese concreta [...]”.

E mais adiante (CADEMARTORI e DUARTE, 2009, p. 46):

Em tais contextos, apesar de que a lei não determina com precisão os limites de tais conceitos, posto que eles não possuem uma quantificação ou determinação rigorosa, está sim se referindo a hipóteses de realidade que, a despeito da sua conceituação indeterminada, podem tornar-se mais precisas na sua avaliação no momento da incidência no caso concreto. Vale dizer, estes conceitos que em princípio se apresentam como plurissignificativos, ao serem deparados com situações específicas, podem tornar-se unívocos no seu sentido, portanto, a forma de encaminhar tais delimitações de sentido desloca-se, de uma dimensão puramente sintática e semântica – insuficiente para estes casos -, em direção a uma abordagem pragmática de determinação significativa.

Luis Roberto Barroso (2010, p. 313) assim refere-se aos conceitos jurídicos indeterminados:

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pode ou não quis, no relato abstrato

do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comendo a ser dele extraído.

Por conta da utilização desta técnica legislativa é exigida do juiz em face do sistema, uma postura muito mais construtiva do conteúdo de significação possível dos enunciados sob análise do que uma atitude simplesmente declarativa. É justamente aqui que surgem as figuras do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização do Judiciário, por conta das quais há que se permitir e desenvolver o controle da racionalidade da atividade jurisdicional, sob pena do agigantamento do poder atribuído ao Judiciário, que ao invés de agir com base no sistema jurídico, agirá com base em subjetivismos exacerbados, caracterizando uma ditadura déspota.

Mas se a utilização dos conceitos indeterminados é tão perigosa, por que motivo o legislador resolveu utilizar-se desta técnica?

Justamente em função da necessária inexauribilidade semântica acima anunciada. Ora, considerando que a sociedade atual é mais dinâmica do que nunca, notadamente plural, extremamente complexa e em constante mutação, não parece produtora, seguro e adequado que o sistema jurídico que funcionará como mecanismo redutor da complexidade social seja em sua integralidade portador de alta densidade normativa, o que redundaria na necessidade sistêmica de constantes incrementos deliberativos. Esta necessidade desaguardaria no estrangulamento dos poderes republicanos e no engessamento do Estado e da sociedade, provocando ou aumentando as crises de legitimidade do poder estatal.

Deste modo, com a introdução de conceitos indeterminados no seio dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais, outorga-se fluidez semântica aos referidos enunciados, possibilitando a constante adequação do sistema jurídico a contornos sociais altamente voláteis, afastando a necessidade de intervenção legislativa, sabidamente lenta e condicionada a interesses de governo e não de Estado, ainda mais em matérias de alta indagação ético-social.

Mas se por um lado a fluidez ou baixa densidade normativa é, em certa medida, proveitosa para os direitos fundamentais, por outro, como já afirmado acima, devem ser fornecidos mecanismos de contenção de riscos de equívocos, reduções exacerbadas e exageros por parte do Poder Judiciário. É o que será debatido em seguida.

### **1.3 O texto: o direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais – identificação da fundamentalidade e do conteúdo jurídico do enunciado**

Acima foram fornecidos diversos elementos teóricos que são entendidos como pressupostos para a conceituação dos direitos fundamentais. Em seguida propôs-se um conceito para direitos fundamentais. Agora, é a hora de verificar se o enunciado prescritivo insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal encaixa-se no âmbito semântico daquele conceito proposto. Confirmado o encaixe, atestar-se-á a fundamentalidade do enunciado prescritivo referido. Para tanto, o enunciado em questão haverá de ser analisado a luz de cada um dos elementos do conceito proposto. Passar-se-á então a esta análise.

Alguém poderá afirmar, contudo, que a empreitada é improdutiva, haja vista o fato de o enunciado prescritivo do art. 93, IX da CF traduzir princípio, o que dar-lhe-ia o *status* de direito fundamental.

Não se pode concordar com tal assertiva. Não que o enunciado em questão não seja um princípio, e nem que não seja ele um direito fundamental, mas o que não pode ser acatado é a lógica da afirmação, qual seja, a de que o fato de um enunciado traduzir um princípio faz dele um direito fundamental. Esta afirmação é falsa, já que nem todo direito fundamental é princípio. Se assim o fosse, princípios e direitos fundamentais seriam categorias sinônimas, o que, a toda evidência, não é verdade. Veja-se, por exemplo, o art. 7º, III, da Constituição Federal, que institui o Fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) como direito dos trabalhadores urbanos e rurais.

De início este enunciado é encarado como veiculador de direito fundamental, mas nem por isso se pode afirmá-lo como veiculador de um princípio. Basta verificar se ele adéqua-se aos termos acima delineados para a conceituação desta categoria normativa, para concluir negativamente.

Diante do exposto, é que se pode ter por não apenas útil, mas, sobretudo, necessária a investigação categorial normativa do art. 93, IX da Constituição Brasileira, a fim



de atestar se este enunciado trata-se de um enunciado veiculador de direito fundamental ou não.

Não resta qualquer dúvida quanto ao fato de que o texto do art. 93, IX da Constituição Federal é um enunciado prescritivo. Ora, este texto é contextualizado na ambiência sistêmica jurídico-constitucional, demais disso não se ocupa de descrever a realidade, mas sim de instituir um modelo comportamental de vetor nitidamente axiológico, alinhando-se assim aos dois primeiros elementos conceituais.

O próximo elemento a ser checado é a materialidade do enunciado em questão. As materialidades eleitas pelo constituinte originário para serem prestigiadas por enunciados veiculadores de direitos fundamentais são, como já listado anteriormente, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, a melhoria das condições sociais do trabalhador, a nacionalidade e a participação política.

Mirando o enunciado prescritivo insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal, para que seja possível afirmar-lhe a fundamentalidade, há que se investigar qual o seu núcleo semântico. Se este cerne for uma daquelas materialidades, está-se bem próximo do enquadramento do enunciado na categoria de direitos fundamentais. Neste passo, tem-se que a fundamentação racional de decisões judiciais é elemento ligado semanticamente à noção de segurança. Segurança contra o Estado. Segurança contra a interferência estatal em sua vida, liberdade, propriedade, trabalho, etc., sem que fiquem absolutamente claras as razões desta interferência. Uma decisão judicial que seja omissa na indicação plena dos seus fundamentos, não pode ser aceita como uma decisão que privilegie o direito em questão, porque promove a ditadura déspota judiciária e não a segurança jurídica fundamental para a sobrevivência de um Estado Democrático de Direito.

A fundamentação racional das decisões judiciais serve para a aferição do respeito ao modelo estatal adotado no Brasil, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Para o que interessa a este ponto, todas as atividades estatais devem estar submetidas ao império do direito.

Nesta situação de submissão aos desígnios jurídicos também está a atividade jurisdicional, que, indubitavelmente, deve estrita e plena obediência ao sistema jurídico pátrio. Esta submissão permite que o cidadão individualmente considerado, bem como a comunidade jurídica nacional e internacional, tenham elementos de convicção suficientemente claros, e, se possível, perenes, para o estabelecimento de pauta de expectativas comportamentais institucionalizadas.

Não bastaria ter um sistema jurídico maravilhosamente produzido, se quando de seu desdobramento dimensional para o atingimento da realidade, sua perfeição fosse deturpada por ideologias e preconceitos subjetivados. A fundamentação racional das decisões judiciais, no Brasil e nos demais países de tradição jurídica predominantemente romanística, tem um ponto de partida certo e um ponto de retorno provável, quais sejam, o sistema jurídico.

Daí a segurança proporcionada pelo enunciado em análise, já que garante-se uma situação em que sabe-se de onde vem os fundamentos da decisão e sabe-se que esta mesma decisão não pode divorciar-se destes fundamentos, restando garantidas as expectativas normativas da comunidade. É por isso que é possível ver o núcleo semântico da segurança no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal, em função do que se pode afirmar que a materialidade do referido enunciado prescritivo é daquelas materialidades escolhidas pelo constituinte originário para habitar o núcleo de enunciados veiculadores de direitos fundamentais.

A seguir há de se verificar se o art. 93, IX é enunciado refratário a interferência legislativa prejudicial. Neste matiz, tem-se que o art. 60, § 4º, IV da Carta Magna veda a deliberação acerca de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Por óbvio que estes direitos e garantias individuais não estão limitados àqueles enunciados que integram o Capítulo I do Título II da CF, até por força do § 2º do art. 5º.

E assim, mesmo estando topograficamente alocado fora do referido setor constitucional, tem-se que o inc. IX do art. 93 da CF pode ser rotulado como direito fundamental. Demais disso, não se pode olvidar da assertiva de que a fundamentação racional decisória consubstancia uma garantia, que além de individual, é coletiva, até pela sua própria base semântica, apoiada na materialidade da segurança como acima já defendido. Do exposto,

é que se pode afirmar que o inc. IX do art. 93 da CF trata-se de enunciado garantido contra a interferência corrosiva do poder constituinte derivado.

Prosseguindo na testificação da fundamentalidade do enunciado em questão, é necessário agora aferir se ele está ligado direta e ontologicamente aos fundamentos e objetivos republicanos, traduzindo um modelo normativo para a efetividade destes.

O constituinte originário fixou como fundamentos da República Federativa do Brasil, a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político. Neste mesmo passo fixou como objetivos fundamentais republicanos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Resta, portanto, verificar se a fundamentação racional das decisões judiciais traz consigo o “DNA” dos fundamentos e dos objetivos republicanos.

Neste ensejo, considerando o núcleo semântico do enunciado, que acima já foi identificado com a segurança jurídica, é de se ter como legítimo o entendimento de que a justificação racional das decisões judiciais traduz densificação normativa do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, bem como do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ora, a dignidade da pessoa humana, em que pese a incalculável abertura semântica e conseqüente indeterminabilidade *a priori* de seu conteúdo jurídico, traduz idéia de respeito a condição humana em sociedade, e não se pode olvidar que consiste em atitude desrespeitosa a cidadania a interferência jurídico-estatal no âmbito dos direitos de qualquer um sem que seja oportunizado ao seu titular a ciência dos motivos segundo os quais seus direitos estão sendo atingidos, daí a ligação perineal do art. 93, IX da CF, com os fundamentos republicanos cravados no Texto Máximo.

Na mesma medida, ao adotar-se como objetivo republicano a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, uma das densificações semânticas do referido *telos* foi a imposição ao Poder Judiciário de em todas as suas decisões declinar clara e objetivamente os motivos segundo os quais optou-se pela decisão prolatada. Numa sociedade em que é dado ao

Poder Judiciário interferir arbitrariamente na esfera de direitos de seus súditos, não se pode ter como presente liberdade, justiça e solidariedade. Daí que se pode afirmar o estreito alinhamento do enunciado em análise aos objetivos republicanos fixados no art. 3º da Constituição da República.

Por tudo isso é que o enunciado que impõe a justificação racional das decisões judiciais é de ser acolhido enquanto um modelo normativo para a efetividade dos fundamentos e objetivos republicanos, na medida em que traduz uma, dentre várias, hipóteses de densificação normativa daqueles. O constituinte originário fixou constitucionalmente inúmeras fórmulas discursivas densificadoras dos fundamentos e objetivos republicanos, a exemplo dos 78 incisos do art. 5º da Constituição, mas, como já afirmado anteriormente, a densificação semântica não resumiu-se aos referidos dispositivos. Em outras passagens textuais da Constituição existem construções enunciativas que funcionam justamente no sentido de dar maior carga de significação aqueles máximos preceitos, e o art. 93, IX é um destes exemplos de enunciação densificante.

Por fim, resta testar se o art. 93, IX é portador da nota de fundamentalidade.

Acima já foi afirmado que a fundamentalidade tem relação com os motivos de nossa existência enquanto comunidade política e com a preservação e progresso desta mesma comunidade. Se fosse possível admitir a transposição ou a postergação da força vinculante do art. 93, IX, estar-se-ia transpondo e postergando perniciosamente as razões de existência de nossa comunidade jurídico-política. A fundamentalidade equivale a uma “coisa julgada pré-jurídica” (LEAL, 2002), isto é, uma decisão do poder constituinte originário que não pode jamais ser vilipendiada por quem quer que seja e muito menos pelo Estado.

Por tudo isso é que se pode deduzir que o direito a fundamentação racional das decisões judiciais é um direito fundamental.

Mas ainda falta adentrar no conteúdo jurídico do referido enunciado prescritivo. Assim, seja o policial que fiscaliza o trânsito em uma determinada cidade aplicando penalidades aos infratores, seja o auditor fiscal da Receita Federal que constitui um crédito tributário em decorrência de fiscalização levada a efeito num determinado estabelecimento empresarial, seja o juiz que decide um conflito de interesses prolatando uma sentença meritória, em todos estes casos o agir estatal deverá estar lastreado pelo direito. Pois, do

contrário, que segurança poderíamos esperar se as soluções a serem dadas a cada caso concreto pudessem estar alojadas no íntimo de cada um daqueles seres humanos que desempenham as funções estatais de interpretar e aplicar o direito aos casos concretos?

Por óbvio que as soluções devem estar ao alcance da fiscalidade pública, isto é, devem estar postas à disposição não só daqueles que estejam diretamente vinculados à questão, foco do agir público, mas acima de tudo, à disposição de toda a sociedade, que deve poder planejar seu agir, evitando os percalços e as surpresas, normalmente decorrentes de autoritarismos. E se ao direito foi dada a função de ser a última palavra para um conflito de interesses, se o direito é a última trincheira para o afastamento da barbárie das próprias razões, aqui reside a função essencial da fundamentação racional das decisões.

No prólogo de “Lo racional como razonable”, o finlandês Aulis Aarnio (1991, p. 13) afirmou:

É igualmente claro que as normas jurídicas não são proposições teóricas que descrevem a realidade. Portanto, a pessoa que interpreta o direito não busca nele uma verdade teórica. O direito não é simplesmente um conhecimento. Do ponto de vista social, a atividade judicial é exercício de poder. O papel do direito consiste em respaldar as decisões tomadas neste procedimento de exercício do poder. É justamente aqui onde reside o problema. O direito não é somente um bom conselho que o intérprete (por exemplo, o juiz) pode seguir ou ignorar sobre a base de seu próprio juízo. É a base dotada de autoridade para a decisão. (tradução nossa)

Já se foi a época em que o sistema jurídico podia ser encarado como dotado de coerência e plenitude. Tal visão decorria do dogma do legislador racional, um produtor de normas que seria apto a construir prescrições capazes de levar uma solução para cada caso que surgisse no seio da sociedade.

Evidentemente, tal leitura da atividade legiferante não se mostra compatível com o estágio de uma sociedade hipercomplexa como a atual. Já há muito os sistemas jurídicos deixaram de ser estruturados em modelos codificados, pensados e construídos sob a égide da idéia de homem médio, e passaram a ser transversalmente recortados por diplomas voltados às minorias e que tratam de temáticas específicas.

Percebe-se na atualidade a convivência de diplomas que numa primeira análise demonstram-se até contraditórios, inconciliáveis, mas que deverão ser tomados em conta na hora de decidir os conflitos de interesses deduzidos perante o Poder Judiciário. Ora, se o legislador não é racional, e se as decisões jurídicas haverão de ser lastreadas no sistema

jurídico produzido por este legislador, alguém haverá de buscar e externar, ou mesmo construir e emprestar racionalidade a este sistema, sob pena de o direito fundamental à segurança ser colocado em estado de letargia e estar a sociedade em grave e iminente estado de perigo institucional. Esta tarefa cabe tanto ao Poder Executivo quanto ao Poder Judiciário. Interessa-nos especialmente a atividade judicante, especialmente pelo fato de estar o Poder Judiciário jungido pelo dever de decidir decorrente no princípio do *non liquet*.

Mas há que se considerar a idéia de que o juiz, no caso concreto, não exerce função legislativa, sequer atipicamente. O julgador não recebe da população qualquer legitimação de representação que o autorize a inovar substancialmente o sistema jurídico de determinado país. Isto equivale a dizer que ao julgar, a atividade do magistrado deverá estar adstrita aos limites das normas postas pelo poder estatal detentor legítimo da competência legiferante, o Poder Legislativo.

Todavia, deve ter-se em linha de conta que na sociedade moderna aqueles limites mencionados são bem mais flexíveis do que os limites normativos da modernidade. Hoje, diferentemente dos tempos da modernidade, moral e direito andam de mãos dadas, e os horizontes normativos trazem em si uma carga axiológica jamais considerada (AARNIO, 1990, p. 26).

Juízes não são legisladores: não detêm um mandato eletivo que os legitimem como representantes da vontade popular. Por definição, sua atividade, por mais criativa e inovadora que possa ser, deve se enquadrar nos limites ditados pelo Direito positivo e pelas estruturas de organização do poder do Estado (RODRIGUEZ, 2005, p. 282).

O afirmado acima não pode ser entendido como a afirmação de que deve ser o juiz um simples enunciador da carga semântica depositada pelo legislador no seio do enunciado prescritivo. Aqui é defendida a idéia de que o juiz, além de enunciar o sentido já previamente depositado no texto normativo pelo legislador, tem competência para construir conjuntos de significações normativas, todavia, esta competência está emoldurada pelos limites dos enunciados prescritivos que integram o sistema jurídico.

É certo que o juiz tem liberdade de convencimento, mas este convencimento livre não equivale a convencimento ilimitado. Quando o sistema outorga ao julgador a liberdade acima mencionada a concede com as amarras institucionais necessárias como se pode perceber do art. 2º de nossa Carta Política, que estabelece a convivência independente e harmônica entre os Poderes da União.

Ora, não se pode conceber independência e harmonia sem que sejam muito bem delimitados os campos de atuação e as funções dos poderes conviventes, o que é perfeitamente desenhado pela doutrina dos freios e contrapesos indubitavelmente acolhida em nosso direito constitucional.

Prosseguindo, quando a Carta Magna impõe ao juiz o dever de fundamentar toda e qualquer decisão está determinando que na decisão sejam identificáveis os fundamentos que levaram o julgador a expedir aquela decisão. Estes fundamentos não são apenas os legais, isto é, os artigos de lei que ocupam a premissa maior do silogismo decisório, mas também, e acima de tudo, as razões de decidir, adotadas pelo julgador, ou seja, os motivos sobre os quais está assentado o convencimento do magistrado.

O problema é que especialmente em matéria de direitos fundamentais, a fixação desta razão de decidir é uma tarefa assaz complexa, especialmente pela indeterminabilidade dos conteúdos dos enunciados prescritivos que habitarão a premissa maior do silogismo decisório, e a conseqüente dificuldade de definição das possibilidades de acoplamento entre as bases fáticas (premissa menor) e estes parâmetros normativos, ou seja, a dificuldade de ajustes entre os elementos viabilizadores do movimento subsuntivo no ato de aplicação dos enunciados aos casos concretos. Neste cenário entra em cena a problemática da racionalidade decisória, que traz consigo o problema de como aferi-la. Esta é a temática do próximo capítulo deste escrito.

## 2 UMA ANÁLISE TEÓRICA CONTEMPORÂNEA SOBRE A RACIONALIDADE DECISÓRIA

No dia-a-dia somos obrigados a tomar várias decisões. Estas decisões não necessariamente devem ser precedidas de procedimentos de racionalidade aferível ou devem ser produto da aplicação de uma metodologia que as induza a um determinado resultado previamente pretendido. Estas decisões cotidianas no mais das vezes são frutos de nossas paixões, ideologias, desejos imediatistas, enfim, praticamente fruto de nossos instintos e não de nossa razão. Às vezes estas decisões impensadas proporcionam bons resultados, mas também podem nos ofertar resultados indesejáveis.

Existem, contudo, outros tipos de decisões que requerem a possibilidade de aferição de certo grau de racionalidade, e que, portanto, não estejam ao alcance do puro arbítrio daquele que decide. Dentre estas decisões podemos enquadrar as decisões parlamentares, as decisões da Administração Pública e as decisões exaradas no âmbito dos processos judiciais. É fundamental que estas decisões possam ser aceitas pela comunidade na qual estão inseridos seus destinatários diretos e indiretos. Para tanto, deverão submeter-se a um procedimento em contraditório que desaguará num resultado racional, isto é, numa decisão portadora de adequada fundamentação e, acima de tudo, da qual se possa esperar ser a correta para o caso.

De todas as decisões acima mencionadas, é importante aqui destacar que o debate desenvolver-se-á em torno da decisão a ser prolatada na ambiência procedimental judicial. A decisão que espera-se possibilitar a testificação de racionalidade é aquela expedida por um juiz no bojo de um processo, aqui entendido enquanto “espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional” (FAZZALARI *apud* LEAL, 2008, p. 93).

Para enfrentar então a temática da racionalidade decisória, mister analisar primeiramente a questão da racionalidade para em seguida adentrar na intimidade das decisões judiciais. Uma vez fixadas as balizas do que se entende por racionalidade em nosso tempo, bem como o que se pode entender conceitualmente por uma decisão judicial, o próximo passo será analisar as possibilidades de aferição e controlabilidade da racionalidade



das decisões judiciais como meio de efetivação do direito fundamental enunciado no art. 93, IX de nossa Carta Política.

## 2.1 A racionalidade jurídica numa visão contemporânea

Aduziu Boaventura de Souza Santos (1988, p. 46 e ss) no artigo intitulado “Um discurso sobre a ciência na transição para uma ciência pós-moderna”:

Recorrendo à teoria sinérgica do físico teórico Hermann Haken, podemos dizer que vivemos num sistema visual muito instável em que a mínima flutuação da nossa percepção visual provoca rupturas na simetria do que vemos. Assim, olhando a mesma figura, ora vemos um vaso grego branco recortado sobre um fundo preto, ora vemos dois rostos gregos de perfil, frente a frente, recortados sobre um fundo branco. Qual das imagens é verdadeira? Ambas e nenhuma. É esta a ambigüidade e a complexidade da situação do tempo presente, um tempo de transição, síncrone com muita coisa que está além ou aquém dele, mas descompassado em relação a tudo o que o habita.

Imaginemos agora a situação em que após o escoamento do prazo para a propositura de ação rescisória, a parte prejudicada por uma decisão judicial descobre que o juiz que a prolatou, não poderia tê-lo feito por estar impedido. Diante desta situação, pergunta-se: Poderia a parte reabrir o processo buscando uma nova decisão judicial sobre o caso?

Há quem defenda que por imperativo do princípio da segurança jurídica, inexistente a possibilidade de nova incursão no caso, haja vista a formação da coisa julgada, encontrando-se definitivamente estabilizada aquela relação. De outra banda a quem defenda que, somente se tem segurança jurídica com justiça, e assim, a reabertura do caso é que traduziria o binômio segurança/justiça, já que o direito não pode albergar, ainda que pelo decurso do tempo, situações como a descrita, evidentemente caracterizadora de injustiça.

Esta instabilidade inquietante manifesta-se visceralmente no âmbito dos direitos fundamentais, dada a ambigüidade e vagueza dos enunciados prescritivos veiculadores destes direitos. Múltiplas são as possibilidades decisórias colocadas à disposição do julgador. Uma mesma estrutura argumentativa pode, em tese, sustentar, aparente e simultaneamente, o prestígio e o afastamento de um direito fundamental.

Dois direitos fundamentais colidentes em um determinado caso concreto podem ter em seu favor estruturas argumentativas igualmente consistentes, colocando aquele que tem o encargo institucional de decidir numa situação de aguda dúvida absolutamente constrangedora. Num momento vê-se o vaso grego branco recortado em fundo preto, em outro se vê os dois rostos gregos de perfil, frente a frente, recortados sobre fundo branco. Mas qual a decisão, qual a definição a ser levada a cabo no caso concreto? O vaso ou os rostos? Eis o dilema da racionalidade jurídica contemporânea. O problema não é o que vejo, mas como convencer fundamentadamente alguém a ver o mesmo que eu.

Veja por exemplo o paradigmático caso da “ficha limpa”, em que se discutia se as novas causas de inelegibilidade inseridas no sistema jurídico pátrio pela Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010, que alterou o texto da Lei Complementar nº 64 de Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990, poderia ou não ser aplicadas ao processo eleitoral de 2010. Sem sombra de dúvida, uma questão de altíssima indagação moral em que o dissenso seria inevitável.

O primeiro caso alçado ao Supremo Tribunal Federal foi aquele manejado pelo Sr. Joaquim Roriz, então candidato ao governo do Distrito Federal. Na referida demanda, o candidato defendia a tese de que a renúncia ao mandato de senador por ele protagonizada no ano de 2007, não poderia ser tomada como fundamento para o indeferimento do registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral, já que ocorrido o fato antes da entrada em vigor da LC 135/2010.

Ao julgar o RE 630147/DF, o Supremo Tribunal Federal chegou a um insólito empate. Importa esclarecer que a Corte conta com onze ministros, mas que naquele momento estava vaga a cadeira que era ocupada pelo Ministro Eros Grau, que havia se aposentado, sendo que seu sucessor ainda não havia sido nomeado. Os ministros Ayres Britto (relator), Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie votaram pela aplicação imediata da LC 135/2010, além de não considerarem como retroatividade a consideração de fatos ocorridos anteriormente ao início da vigência da referida lei. Os ministros da linha divergente, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso entenderam que a lei poderia entrar em vigor imediatamente, mas que a consideração de fatos ocorridos em momento anterior ao início da vigência da LC 135/2010 para efeitos de enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade caracterizaria caso de aplicação inconstitucional da lei por flagrante retroatividade *in pejus*.

Qual seria então a decisão racional? A decisão que seguiu a argumentação da relatoria ou aquela que adotou os argumentos da linha divergente? Seriam racionais ambas as linhas argumentativas?

Para tentar responder os questionamentos acima formulados é inevitável buscar a resposta a outra pergunta que precede logicamente as primeiras. Para que seja possível definir posição em favor de uma ou outra vertente, qualificando-a como racional e relegando à outra a pecha de irracional, é imperativo de lógica definir o que é racionalidade decisória. Nesta dissertação não se tem a pretensão de dar a resposta definitiva a questão de tamanha envergadura. Integra sim o escopo do trabalho apenas uma sistematização de idéias acerca do tema, com o fito de trazer possibilidades para que a comunidade científica possa refletir um pouco mais a respeito do assunto, para quem sabe, num futuro não muito remoto, reduzir, com perdão do trocadilho, a irracionalidade das noções sobre racionalidade.

Fixado o objetivo deste momento, tem-se que racionalidade pode ser entendida enquanto a propriedade daquilo que é racional. Mas o que é racional? Racional é tudo aquilo que está de acordo com a razão, que, segundo Descartes (2001, p. 5), seria “a capacidade de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso”. Mas o problema ainda persiste, pois, os conceitos acima não disponibilizam mecanismos hábeis para a checagem da racionalidade decisória.

Na modernidade, arraigada nos ideais iluministas, racional será o conhecimento manifestado objetivamente sobre determinado objeto cognoscível, isto é, uma manifestação de conhecimento capaz de retratar a essência do objeto analisado, excluídos desta observação quaisquer aspectos subjetivos, é dizer, que demonstrem traços íntimos, pessoais, ideológicos, políticos, etc., do ser cognoscente dedicado a contemplação do objeto.

Esta racionalidade busca demonstrar uma verdade única e universal acerca do objeto observado. Uma verdade que denote certeza, uma absoluta segurança quanto aos meandros do objeto observado, possibilitando assim não apenas a convivência com o fenômeno, mas o seu pleno domínio, para submetê-lo aos desígnios humanos. Este é o projeto da razão moderna. Uma razão quase obsessiva por estabelecer uma verdade única e absoluta acerca dos objetos contemplados pela humanidade.

Obviamente, esta obsessão moderna de racionalidade sucumbiu à sua própria incapacidade de lidar com as contingências, que se antes estavam confinadas ao estrito âmbito das ciências sociais (SANTOS, 1988, p. 57), agora avançam também sobre a fortaleza das ciências naturais e matemáticas, fazendo emergir um novo paradigma epistemológico, atualmente ainda inacabado e que Boaventura de Souza Santos (1988, p. 60) denominou de “conhecimento prudente para uma vida decente”.

É Habermas (1997, p. 247) quem afirma que

o problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.

Mantendo a coerência com a proposta inaugural deste escrito, a questão da racionalidade será investigada no contexto da transição da modernidade para a pós-modernidade. Não há espaço, portanto, para investigações mais remotas do tema em questão. A proposta aqui é investigar alguns modelos contemporâneos de racionalidade aplicados à área jurídica, para em seguida sistematizar um modelo que tem a pretensão de utilidade.

Os modelos escolhidos para análise são tanto nacionais, quanto internacionais. No plano internacional serão analisados os modelos propostos por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Niklas Luhmann e Aulis Aarnio. Após a análise das teorias produzidas pelos autores acima mencionados, ofertar-se-á uma pequena contribuição para o tema.

### **2.1.1 O modelo de Ronald Dworkin: a polêmica sobre a única resposta correta**

O primeiro modelo contemporâneo de racionalidade jurídica a ser analisado é aquele proposto pelo professor de Teoria do Direito e Filosofia do Direito na *New York University School of Law*, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, e que assenta-se na idéia ultrarracionalista de que sempre existirá uma resposta correta para toda e qualquer questão que seja submetida à apreciação judicial competente.

Em “Levando os direitos a sério” Dworkin (2002, p. VII) expõe sua teoria liberal do direito. Tece fervorosa crítica à filosofia utilitarista e ao positivismo jurídico, que ocuparam-se de dizer, respectivamente, a que serve e o que é o direito, especialmente na feição analítica capitaneada por H. L. A. Hart (DWORKIN, 2002, p. XI).

Estas duas teorias formariam aquilo que ele denomina de teoria dominante do direito e que seria dividida em duas partes, uma normativa e outra conceitual. Esta fundada no positivismo e aquela no utilitarismo. A parte normativa deve abarcar estudos sobre legislação, decisão judicial e observância da lei (DWORKIN, 2002, p. VII/VIII).

Na teoria da legislação estudar-se-á tanto a questão da legitimidade na produção normativa quanto a questão da justiça legislativa, que por aqui denominamos de distribuição constitucional de competências legislativas. Os padrões de interpretação disponíveis para aqueles encarregados de decidir os casos que lhes são submetidos à apreciação, os fundamentos da atribuição de competências ao Poder Judiciário, bem como os contornos destas competências serão objeto de análise da teoria da decisão judicial. Por fim, a teoria da observância da lei terá por objeto o enfrentamento analítico de questões atinentes à eficácia e efetividade do direito. No que pertine à porção conceitual da teoria dominante, os problemas serão o da legitimidade e o da jurisdição (DWORKIN, 2002, p. IX).

Segundo o autor, o grande problema destas supostas teorias liberais do direito é o fato de que o utilitarismo não respeita os direitos individuais, que sempre sucumbem em face dos objetivos gerais.

Muito resumidamente, Dworkin pretende restaurar em todo seu esplendor um individualismo radical de traço jusnaturalista (6): o homem, pelo simples fato de sê-lo, é portador de uns direitos básicos e inalienáveis, anteriores a qualquer forma de vontade humana ou de pacto hipotético; a legitimidade do governo se funda no respeito e proteção desses direitos; e mais, “tomar-se os direitos a sério” significa que estes não podem ser sacrificados ante objetivos coletivos ou projetos de bem-estar social; a desobediência as leis é um corolário da força dos direitos individuais (SANCHIS, 1985, p. 355).

O bem-estar social é o valor supremo, o que, invariavelmente acaba por redundar em afronta aos direitos individuais. A estas idéias utilitaristas, Dworkin (2002, p. 235 e ss.) oporá uma teoria baseada no profundo respeito aos direitos individuais, e dentre estes, com arrimo na teoria de John Rawls, o autor suscita como viga mestra o direito a igual consideração e respeito.

Diferentemente do pensamento das escolas analíticas do direito, Dworkin afirma que uma teoria jurídica deve guardar relação com outras áreas da filosofia, vinculando-se a uma teoria moral e política mais geral. A teoria do direito de Dworkin não tem pretensões meramente descritivas ou explicativas sobre o direito, mas quer, além disso, dele participar na medida em que representa uma “atividade comprometida com um certo sistema axiológico” (SANCHIS, 1985, p. 354).

Esta parte conceitual fará uso da filosofia da linguagem, da lógica e da metafísica. Por tudo isso Dworkin (2002, p. X e XI) afirma que a teoria do direito ocupar-se-á também de problemas que não são estritamente jurídicos.

O positivismo criticado pelo autor norteamericano descreveria muito pobremente o direito, que poderia ser encarado enquanto um conjunto de normas de alta densidade normativa que à realização de determinados fatos atrelam determinadas consequências, aplicáveis pelo modelo subsuntivo dedutivo. Tais normas estariam ligadas umas às outras em função de seu *pedigree* aferível pela denominada regra de reconhecimento de Hart (2001, p. 111 e ss.).

Demais disso, ante a inexistência ou insuficiência semântica de modelos normativos capazes de serem incididos sobre casos concretos submetidos a uma decisão competente, estariam os julgadores autorizados a colocar em prática uma ampla e quase ilimitada discricionariedade. Neste esquema estrutural do sistema jurídico, os princípios não teriam força normativa, sendo elementos extrajurídicos, meros programas sem força vinculante.

Para o professor da NYU, os sistemas jurídicos contêm três espécies de prescrições: as normas, as diretrizes e os princípios. As normas ou regras são prescrições que trazem em sua estrutura as condições de sua aplicabilidade, bem como as consequências decorrente desta, determinando assim ou sua aplicação ou sua não aplicação. As diretrizes traduzem objetivos sociais que devem ser perseguidos por todos. Já os princípios indicam razões para decisões. Fácil é a identificação e aplicação das normas, o que não se verifica em relação às diretrizes e aos princípios, que impoem sérias dificuldades no traçado de seu conteúdo semântico.

O jusfilósofo critica a idéia da regra de reconhecimento de Hart (2001, p. 111 e ss.), bem como a de norma fundamental de Kelsen (1998, p. 135 e ss), que seriam idéias insuficientes para a identificação da qualidade jurídica dos princípios e das diretrizes. Este problema é demonstrado pela noção de casos difíceis, que não proporcionam a perfeita identificação da norma jurídica aplicável peremptoriamente à questão. Nestes casos, a teoria dominante propugna a idéia de que o juiz é possuidor de discricionariedade, sendo-lhe autorizado dar a decisão que bem entender, ainda que esta, por um lado, mostre-se em desacordo com o sistema jurídico (DWORKIN, 2002, p. 127).

Aqui Dworkin (2002, p. 129/132) introduz as noções de argumentos de princípios e argumentos de política, que podem ser compreendidos como argumentos jurídicos e extrajurídicos, respectivamente. Para os casos difíceis então poderiam ser aplicados argumentos de política, em detrimento de argumentos de princípios. Se isto é verdade, a judicatura exerceria sua função de maneira antidemocrática, já que os juízes não são representantes eleitos pelo povo, perpetrando afronta ao princípio da separação dos poderes. Nestes moldes, a atividade jurisdicional seria ainda manifestamente lesiva aos direitos individuais, pois, admitir-se-ia a aplicação retroativa de efeitos decorrentes da norma individual e concreta – sentença – em relação a direitos que não estariam originariamente no âmbito de alcance de qualquer outra norma, atentando assim contra a segurança jurídica.

Preocupado com a concessão de poderes criativos ilimitados aos juízes, sem, contudo, afastar a feição política da função jurisdicional, Dworkin defende a idéia de que não cabe ao juiz criar novos direitos, mas sim garantir e aplicar os direitos que já estão pré-estabelecidos pelo legislador. O professor norteamericano mitiga a discricionariedade positivista. Surge a figura do juiz Hércules, um julgador onisciente e onipotente que sendo conhecedor do direito e consciente das nuances morais que envolvem a ordem jurídica, atua incessantemente na proteção dos direitos individuais, agindo de forma indiferente às pressões de natureza política, fazendo prevalecer sempre e incondicionalmente os argumentos de princípios.

Neste contexto, sendo dificultosa ou mesmo impossível a perfeita identificação da regra aplicável à espécie, os princípios e as diretrizes devem ser acionados para que seja possível dar a solução jurídica adequada ao caso concreto. Diante desta estrutura teórica, Dworkin passa a defender que o sistema jurídico, composto por normas, diretrizes e

princípios, é capaz de sempre dar uma resposta correta a todo e qualquer caso que seja submetido à apreciação jurídica competente.

Mas é importante frisar que Dworkin (2002, p. 136) tenta minimizar a abertura semântica dos princípios e das diretrizes, aduzindo que quando estas entidades jurídicas são aplicadas aos casos difíceis, o são não para justificar a moralidade pessoal do juiz, mas sim uma moralidade historicamente enraizada no sistema jurídico. Com este argumento, o autor busca reduzir o originalismo decisional e robustecer uma racionalidade objetiva no ato de decisão. Esta estrutura proporcionará a construção da solução mais coerente que o direito positivo possa fornecer.

O autor defende então que os princípios são cambiantes e dinâmicos, modificando-se semanticamente conforme as alterações verificadas no seio social, daí não ser possível o estabelecimento *a priori* do conteúdo semântico dos princípios. Os princípios são *standards* a serem juridicamente observados na medida que introduzem no direito, conteúdos da moralidade. Na hipótese de conflito principiológico, a aplicação de um ou outro princípio dar-se-á de acordo com o critério do peso de cada princípio colidente. Este posicionamento parece um retorno ao jusnaturalismo, mas Dworkin em verdade busca criar uma teoria intermediária que concilie aspectos tanto jusnaturalistas, quanto positivistas (CALSAMIGLIA, 1985, p. 4).

Para Dworkin (2002, p. 132) então, por mais difícil que seja o caso submetido à apreciação judicial, e mesmo que inexista no sistema jurídico uma regra aplicável clara e diretamente ao caso, caberá ao juiz resolver a questão com base em argumentos de princípios e não em argumentos de política. Isto equivale a dizer que a solução para o debate tem assento jurídico e não extrajurídico e é justamente a estrutura aberta dos princípios que permitirá este desfecho.

Neste contexto, Dworkin defende o ativismo judicial, no sentido de desempenho de papel criativo por parte dos juízes que preencha o conteúdo atual de *standards* alocados pelo legislador no âmbito dos sistemas jurídicos por meio dos denominados conceitos constitucionais, e que por aqui denominamos de conceitos indeterminados. Se o juiz confere densidade semântica aos referidos conceitos, e o faz de acordo com o que o momento histórico, social ou político exige, não há que se falar em exorbitância de competência por parte dos integrantes do Poder Judiciário, já que o legislador lançou mão dos referidos



conceitos justamente para que no futuro, pudesse o juiz preenchê-los de significados, adequando-os às necessidades do momento em referência. Um significativo exemplo disso, o autor nos dá com o tema da pena de morte:

A Suprema Corte poderá decidir em breve, por exemplo, se a pena de morte é “cruel” no âmbito do significado da cláusula constitucional que proíbe “punição cruel e incomum”. A Suprema Corte cometeria um erro caso se deixasse influenciar em demasia pelo fato de que, quando a cláusula foi adotada, a pena de morte era uma prática estabelecida e inquestionada. Isso seria decisivo se os autores da cláusula tivessem pretendido formular uma concepção específica de crueldade, pois isso mostraria que essa concepção não tinha grande alcance. Porém, isso não seria decisivo da questão distinta com a qual a Suprema Corte depara atualmente: a Suprema Corte pode, levando à sério o conceito de crueldade dos que legislaram sobre a matéria, defender hoje uma concepção que não faz da pena de morte uma crueldade? (DWORKIN, 2002, p. 213).

É-nos ofertada então a teoria do direito como integridade, que ao lado da equidade, da justiça e do devido processo adjetivo daria o necessário fecho teórico.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 1999, p. 272).

É a idéia de integridade que torna aceitável a idéia de que o direito ofereceria sempre uma resposta correta para cada caso concreto apresentado a apreciação jurisdicional, na medida em que estaria o direito argumentativamente construído, necessariamente basear-se-ia na justiça, na equidade e no devido processo legal adjetivo, corroborando assim o ideário de que o Estado deve mover-se com fincas em um sistema coerente de princípios.

Assim, o aspecto essencial para racionalizar a aplicação dos princípios seria a coerência que se assemelha à noção kantiana de universalizabilidade, ou seja, a possibilidade de adoção de um argumento de princípio como razão de decidir para um determinado caso, desde que seja possível utilizar este mesmo argumento como razão universal de decisão, isto é, para todos os casos similares. Se esta utilização geral do argumento não for possível, não se tem a utilização correta do argumento de princípio, e, provavelmente, estar-se-á diante de um argumento de política (DWORKIN, 2002, p. 139).

### **2.1.2 O modelo de Robert Alexy: o discurso jurídico racional argumentativo na teoria dos direitos fundamentais**

Robert Alexy é professor catedrático de direito público na Universidade Christian-Albrechts de Kiel e na atualidade talvez seja o maior expoente teórico em matéria de direitos fundamentais e argumentação jurídica. Para demonstrar o modelo de racionalidade proposto por Alexy é indispensável a análise de duas de suas teorias: (a) a Teoria da Argumentação Jurídica e (b) a Teoria dos Direitos Fundamentais. Passar-se-á então a este enfrentamento.

Em sua teoria da argumentação, Alexy afirma que aferição da racionalidade de uma decisão jurídica é sempre possível, o que o faz com base na premissa de que o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral, o qual também pode ter a racionalidade testificada. Neste matiz, para explicar sua racionalidade argumentativa o autor alemão parte do discurso prático geral e segue em sua análise até chegar a ambiência jurídico-discursiva.

No discurso prático geral a racionalidade é determinada em função da submissão do discurso a uma série de regras que interferem na sua produção. Alexy (2001, p. 187 e ss.) refere-se a estas regras como (a) regras básicas; (b) regras da racionalidade, (c) regras para partilhar a carga da argumentação; (d) regras de justificação; e (e) regras de transição. Analisemos cada um destes grupos de regras.

O primeiro grupo de regras, o das regras básicas, enuncia os princípios da não-contradição, da sinceridade, da universalidade e do uso comum da linguagem (ATIENZA, 2006, p. 166). Por não-contradição tem-se um princípio de lógica da metafísica aristotélica segundo o qual uma proposição não pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo; e que ao lado do princípio do terceiro excluído forma a dupla de princípios transcendentais, ou seja, princípios indemonstráveis, primários e válidos para todo o saber (REALE E ANTISERI, 2005 (I), p. 231).

Já a regra da sinceridade vai no sentido de que em todo discurso ideal, as pessoas em interação devem afirmar apenas proposições nas quais crêem. No que pertine a universalidade, novamente está-se diante da idéia de que um orador apenas poderá atribuir um predicado qualquer a um objeto desde que esteja disposto a atribuir o mesmo predicado a outros objetos semelhantes ao primeiro. Por fim, o princípio do uso comum da linguagem

relaciona-se com a necessidade de fixação dos conceitos básicos utilizados em um ambiente discursivo. Se os partícipes de um discurso não dominam os conceitos básicos sobre os quais estão debatendo, ficam mitigadas as possibilidades de resultados consensuais e/ou racionais acerca das proposições enfrentadas.

As regras da racionalidade apontam para a necessidade de justificação do discurso que pretenda resolver problemas práticos. Justificar é apresentar razões para a aceitação da verdade ou correção do conteúdo do discurso prolatado. A indispensabilidade da justificação para efeitos de racionalidade é o que se pode chamar de regra geral de fundamentação. Esta justificação deve se dar numa situação em que todos os participantes do discurso tenham as mesmas oportunidades de argumentar (isonomia); em que seja franqueada a maior possibilidade de ingresso no ambiente discursivo (universalidade) e que todos aqueles que participem do discurso o façam livres de qualquer coerção (liberdade). Todas estas condições, evidentemente, traduzem uma situação discursiva ideal e somente podem ser implementadas de forma relativa, o que, a toda evidência não lhes retira integralmente a virtude racionalizante (ALEXY, 2001, p. 190).

No que tange as regras de partilha da argumentação, tem-se que estas impõem que a introdução discursiva de novas afirmações ou questionamentos sempre deverá vir acompanhada de novos argumentos que justifiquem esta introdução. Se assim não o fosse, como afirma Alexy, para tornar inviável e irracional um dado discurso bastaria que um sujeito introduzisse uma sequência interminável e injustificada de “por quês” (ALEXY, 2001, p. 192).

Serão agora enfrentadas as regras de justificação. Neste particular, Alexy (2001, p. 197) introduz a idéia de que “todos têm de ser capazes de concordar com as consequências das regras que pressupõem ou afirmam para todos os demais”. Trata-se de uma derivação da regra da universalizabilidade, desta vez numa feição reflexiva universal. Para que seja possível a verificação prática desta regra é necessário que ela esteja ao alcance intelectual de todos os partícipes do discurso. Demais disso, é fundamental que os limites da aplicação da regra sejam amplamente considerados.

Por fim Alexy aborda as regras de transição. Estas são regras que autorizam a flutuação do discurso entre ambientes discursivos distintos com vistas a garantir a sua justificabilidade. Para a justificação discursiva deve-se admitir a qualquer momento o acesso a

experiência colateral, isto é, deve estar franqueado ininterruptamente o acesso a outros planos lingüísticos ou metalingüísticos.

É importante que fique claro que, na esteira do afirmado por Atienza (2006, p. 170):

[...] as regras do discurso não garantem que se possa alcançar um acordo para cada questão prática (quer dizer, que se possam resolver todos os problemas de conhecimento), nem tampouco que, caso se alcançasse esse acordo, todo o mundo estaria disposto a segui-lo (problema de cumprimento).

É por conta destas incertezas ínsitas ao discurso prático geral, das quais brota indubitável insegurança, que surge a necessidade de uma decisão institucionalizada portadora de autoridade e coercibilidade. Está demarcada a fronteira entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, e esta fronteira justifica a necessidade deste último modelo discursivo.

Importa esclarecer que existem vários tipos de discurso jurídico. Este pode ser de caráter dogmático, acadêmico, histórico, sociológico, antropológico, mas pode também ser aquele tipo de discurso que tem por objetivo constituir uma mensagem definidora de condutas e portadora de correção, está-se referindo aqui ao discurso jurídico processual. É este tipo discursivo que interessa ao estudo de Alexy (2001, p. 121) e que a partir deste ponto será designado apenas por discurso jurídico.

O discurso jurídico é entendido enquanto um caso especial, pois:

A extensão e os tipos de limitações são muito diferentes nas diferentes formas. A mais livre e menos limitada é a discussão do tipo científico jurídico. Os limites são maiores no contexto de um processo. Aqui os papéis são desigualmente distribuídos, a participação do acusado não é voluntária, e a obrigação de dizer a verdade é limitada. O processo de argumentação tem limite de tempo e é regulado pelas leis processuais. As partes são instruídas a se guiar pelos próprios interesses. Com frequência, talvez seja mesmo comum, elas não se preocupam com chegar a um resultado justo ou correto, mas antes a um resultado que seja vantajoso para si mesmas. As outras formas ficam entre esses extremos no que se refere a extensão dos vários limites (ALEXY, 2001, p. 122).

Destarte pode-se inferir a especialidade do discurso jurídico por conta (1) de sua feição prática, (2) de sua pretensão de correção e (3) em função de suas fortes limitações. A feição prática do discurso jurídico já foi detalhada ao longo deste escrito e desmerece nova incursão analítica. Parece importante agora tocar a questão da pretensão de correção e das limitações do discurso jurídico.

Pretensão de correção é dado intimamente ligado à justificação. Considerando o discurso jurídico como voltado a solução de problemas práticos, não se pode admitir que este discurso seja indevassável quanto as razões segundo as quais chegou-se a determinada conclusão. Não se pode admitir que um julgador decida um caso prático qualquer simplesmente de acordo com suas mais íntimas e particulares convicções ideológicas, pessoais, religiosas, etc., e que estes motores decisórios sejam inalcançáveis pela análise tanto dos destinatários da decisão, quando dos demais membros da comunidade, e isto é assim, pois, a decisão jurídica traz em si a pretensão de ser correta, e assim, ser considerada como a melhor solução para o caso decidido e para todos os demais casos semelhantes.

Se a sentença deve ser vista como refletindo valores subjetivos do juiz ou ela é consequência, como afirmava um dos grandes realistas americanos, “do que o juiz tomou no café da manhã”, por que haver um corpo constituído de juizes para tomar decisões? Em que sentido a legitimidade deles seria maior do que a de qualquer outro cidadão? E por que a argumentação jurídica (que, por essa visão, não seria nada além de uma retórica para disfarçar a verdadeira intenção do julgador) não poderia ser substituída por um método mais rápido e barato de decisão como, por exemplo, jogar uma moeda? (POHLMANN, 2007, p. 1).

Alexy (2003, p. 165) defende que a pretensão de correção caracteriza-se se e somente se a norma a que se pretende atribuir a qualidade de correta fundar-se no procedimento do discurso prático racional. Para explicar este posicionamento, o autor aproxima as noções de correção e de justiça, afirmando que “a justiça é correção na distribuição e na compensação” (ALEXY, 2003, p. 163).

Segundo Alexy quem afirma a justiça de uma decisão está também a afirmar que ela é correta, e assim, que a decisão pode ser justificada mediante razões. Deste modo, justa, e, portanto, correta, será a decisão fundamentada por meio de razões.

Por fim tem-se que o discurso prático racional é discurso sujeito a limitações importantes, especialmente decorrentes das regras de procedimento, dos limites de tempo e das verdadeiras motivações dos participantes, normalmente preocupados em obter situações pessoalmente vantajosas, e não necessariamente justas e corretas (ALEXY, 2001, p. 216).

Mas é importante frisar que dos três aspectos acima mencionados, quais sejam, a feição prática do discurso jurídico, a sua pretensão de correção e as limitações a que este discurso está submetido, o mais importante e decisivo para a tese do caso especial é a pretensão de correção (ALEXY, 2001, p. 187).

Tanto é verdade que o professor alemão ao propor uma teoria da justiça o faz pela afirmação de justiça é correção. E se correção, como já afirmado acima, pressupõe justificação, Alexy vê esta necessidade de justificação a partir de dois ângulos: a justificação interna e a justificação externa. A justificação interna é relacionada com a lógica silogística do raciocínio apresentado, enquanto a justificação externa diz respeito à pretensão de correção da decisão (ALEXY, 2001, p. 218).

No que pertine a justificação interna, tem-se a já debatida idéia de que das premissas eleitas pelo debatedor, deve necessariamente decorrer a conclusão do raciocínio. Alexy a afirma, como relacionada com a aplicação de justiça formal, na medida em que não abre espaço para qualquer atribuição ou enfrentamento substancial da norma introduzida pelo raciocínio jurídico. Outro aspecto que é destacado pelo autor alemão é o de que não necessariamente a decisão proposta teve respeitada em sua formulação a seqüência silogística expressa em sua exteriorização.

Alexy faz referência ao processo de descobrimento e ao processo de justificação. O primeiro seria o processo para descobrir a decisão a ser ofertada ao ambiente discursivo jurídico, ao passo que o segundo seria o processo utilizado para dar a exigida justificação a decisão ofertada, já que sem esta justificação restará fulminada a racionalidade decisória.

Engisch observa corretamente que chegar a uma conclusão exige um mínimo de esforço; a principal dificuldade está em descobrir as premissas para ela. No entanto, a exigência de justificação interna não é vã. No curso da justificação interna se torna claro quais premissas têm de ser externamente justificadas. Pressuposições que caso contrário permaneceriam ocultas tem de ser explicitamente formuladas. Isso aumenta a possibilidade de reconhecer erros e de criticá-los. Finalmente, articular regras universais facilita a consistência da tomada de decisão e, assim, contribui para a justiça e a segurança jurídica (ALEXY, 2001, p. 224).

Já a justificação externa relaciona-se à justificação das premissas. Traduz uma análise de pretensão de correção da decisão em função do pertencimento e da congruência das premissas do silogismo em que se materializa o discurso a um dado sistema jurídico. Neste passo, Alexy (2001, p. 224) afirma que as premissas podem ser de três tipos: “(1) regras da lei positiva, (2) afirmações empíricas e (3) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva”. A cada um destes tipos de premissas corresponde um método de justificação.

A justificação das premissas com base em regras da lei positiva é a que afere a validade da premissa, sendo que validade é compreendida por Alexy (1993, p. 59) como

sendo a positivação procedimentalmente correta de uma norma substancialmente compatível com o sistema jurídico.

Ao referir-se a justificação com arrimo em afirmações empíricas, Alexy alude a questão da produção procedimental probatória, o que se justifica logicamente, já que uma das premissas do silogismo pode ser uma premissa relativa a questões fáticas, desde que evidentemente não estejamos diante da análise de uma decisão, por exemplo, de controle abstrato de constitucionalidade.

O terceiro tipo de premissas é aquele em que não se traduz nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva. Este é o grupo que Alexy afirma ser o objeto da argumentação jurídica propriamente dita. Para a justificação destas premissas o professor alemão sistematiza um grupo de seis regras e formas de justificação, a saber, as regras e formas de (1) interpretação; (2) de argumentação dogmática; (3) do uso de precedentes; (4) de argumentação geral prática; (5) de argumentação empírica; e (6) das formas especiais de argumentos jurídicos.

No que tange as formas de interpretação, Alexy (2001, p. 228) refere-se aos cânones de interpretação semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico. A interpretação semântica guarda relação com a consideração do acervo de significações de que são portadores os termos lançados no seio do discurso jurídico, apontando para interpretações possíveis ou impossíveis de acordo com o costume linguístico.

A interpretação genética relaciona-se com as vetustas idéias da vontade da lei e da vontade do legislador (ALEXY, 2001, p. 229). No que diz respeito à interpretação histórica, tem-se a utilização de referências pretéritas subjacentes ou antecedentes à formação do problema analisado a demonstrar que existem razões a favor ou contra o resultado proposto (ALEXY, 2001, p. 231).

Os argumentos comparativos podem fazer referência a situações passadas ou a quadros jurídicos vividos em outros sistemas jurídicos (ALEXY, 2001, p. 232). A interpretação sistemática é aquela que leva em consideração não apenas o enunciado analisado, mas, sobretudo, a sua posição sistêmica e as relações entre o enunciado e o sistema no qual está ele inserido. A interpretação teleológica é aquela que tem assento, não nos

objetivos e fins supostamente manifestados pelo legislador histórico, mas naqueles expressamente objetivados pelo legislador no texto positivado.

Estes cânones, de aplicação estrita, não são vistos por Alexy (2001, p. 235/236) como regras vinculantes na formação do raciocínio jurídico, mas apenas como formas de argumentos, que ao serem utilizadas o devem ser de maneira saturada, é dizer, não basta uma forma de argumento para a justificação, esta deve ser lastreada preferencialmente em vários cânones, que serão agrupados de acordo com a necessidade da racionalização da interpretação a ser ofertada, o que poderia levar ao equivocado entendimento da possibilidade de formação de uma hierarquização peremptória dos cânones. Neste particular, percebe-se que há uma prevalência *a priori* em favor dos argumentos semântico e genético, que poderão ser argumentativamente afastados (ALEXY, 2001, p. 239).

Mais adiante Alexy abordará a dogmática jurídica como lastro da justificação externa do discurso jurídico. Dogmática jurídica para (ALEXY, 2001, p. 245) é:

[...] (1) uma classe de proposições que (2) se relacionam com normas atuadas e a lei casual mas não são idênticas a descrição das mesmas, e (3) estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, (4) são compostas e discutidas no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada e (5) tem conteúdo normativo.

A dogmática jurídica desempenha seis funções importantíssimas na justificação do discurso jurídico. Estas funções são (1) estabilização, (2) desenvolvimento, (3) redução de carga, (4) técnica, (5) controle, e (6) heurística.

A estabilização decorre da perenidade da dogmática jurídica. Considerando esta perenidade, as discussões formuladas no ambiente do discurso jurídico, ao esbarrarem em questões já enfrentadas anteriormente pela dogmática, tendem a ser facilmente justificadas e solucionadas com base nestes argumentos.

Considerando o caráter científico da dogmática jurídica, e que a ciência tem a função primordial de proporcionar desenvolvimento a humanidade, por óbvio que a dogmática jurídica também proporciona desenvolvimento para o direito. A redução de carga pode ser entendida como praticabilidade, é dizer, se uma dada questão já foi enfrentada pela dogmática e está pacificada neste âmbito, a estrutura argumentativa arraigada na dogmática pode ser utilizada sempre que necessário em decisões, sem a necessidade de nova investigação sobre o tema.



No que pertine à função técnica, tem-se que, considerando que a dogmática jurídica estruturar-se-á sobre conceitos e institutos fundamentais coerentemente estruturados, estes servirão de elementos racionalizantes do discurso jurídico, proporcionando uma melhor compreensão daquele discurso. Afirma-se a função de controle pela dogmática, pois, admitindo-se as funções anteriormente mencionadas, a dogmática permite um controle de consistência do discurso jurídico sob avaliação, garantindo inclusive, maior efetividade ao princípio da universalizabilidade. Por fim, tem-se a função heurística já que é no debate dogmático que serão impulsionadas novas descobertas jurídicas. Pode-se inferir que a função heurística guarda íntima relação com a função de desenvolvimento.

O próximo aspecto que merece a atenção de Alexy (2001, p. 258 e ss.) é o uso dos precedentes. A utilização dos precedentes atende ao anseio do princípio da universalizabilidade. Muito do que Alexy afirmou sobre o uso da dogmática jurídica, aplica-se da mesma forma a questão do uso dos precedentes. Ora, seria absurda a afirmação de que os precedentes devam ser invariavelmente afastados. Por óbvio, que as noções de estabilidade, progresso, de redução do encargo, todas mencionadas na abordagem relacionada à dogmática jurídica, devem ser lembradas em termos de utilização dos precedentes. Isto robustece a segurança e a certeza jurídicas além de privilegiar a confiança na tomada de decisões judiciais.

Mas, se a utilização dos precedentes promove o princípio da universalizabilidade, não podem os precedentes redundar em fossilização do discurso jurídico. Equivale dizer então, que sempre que um caso demonstrar a necessidade de afastamento de um precedente, este afastamento deve ser levado a efeito, e neste caso, o afastamento atrai o ônus do argumento, isto é, sempre que for necessário o afastamento dos precedentes, aquele que pretende o afastamento tem para si o encargo de trazer um elenco de argumentos que justifiquem esta novidade.

Ao referir-se a argumentação prática geral como forma de justificação externa do discurso jurídico, Alexy (2001, p. 266) está apenas ratificando aquilo que é a base de seu debate, ou seja, que em última instância o discurso jurídico poderá buscar fundamento no discurso prático geral, já que se trata de um caso especial em relação a este, e assim, na insuficiência dos demais elementos de justificação, tomando em conta a necessidade de saturação argumentativa, às vezes a justificação alcançará o discurso prático geral.

No que diz respeito a argumentação empírica, tem-se esta como aquela baseada na experiência, isto é, um discurso que terá como base substancial o acervo informativo da experiência colateral teórica ou o estoque de impressões discursivas construídas com arrimo nos fatos subjacentes ao debate. Alexy (2001, p. 226) relaciona este aspecto com a regra de transição do discurso prático geral para o discurso jurídico.

Por fim, Alexy (2001, p. 262) aborda as formas especiais de argumentos jurídicos. Aqui o alemão refere-se a analogia e aos argumentos *a contrario*, *a fortiori*, e *ad absurdum*. No que pertine a analogia, dá-se esta quando uma norma que aparentemente serve de modelo normativo a determinada base fática, acaba por ser adotada como modelo normativo para bases factuais que em princípio não estão inseridas nas possibilidades fáticas de nenhuma norma integrante do sistema jurídico, mas que guardam alguma semelhança com aquelas bases previstas no modelo normativo existente de maneira tal que admite-se a extensão da aplicação da norma posta (FERRAZ JÚNIOR, p. 301 e ss.).

Segundo o argumento *a contrario* infere-se uma proposição a partir de uma outra proposição diametralmente oposta (FERRAZ JÚNIOR, p. 338). No que diz respeito ao argumento *a fortiori*, afirma-se que a partir de uma proposição infere-se outra que aparentemente apresenta-se mais forte em termos de aceitabilidade (FERRAZ JÚNIOR, p. 341). Por fim, o argumento *ad absurdum* tem-se quando, a fim de provar a imprestabilidade de uma premissa, assume-se esta como verdadeira submetendo-a ao procedimento silogístico completo com o escopo de demonstrar que as consequências são inaceitáveis, a partir desta demonstração da inaceitabilidade das consequências, infirma-se a premissa (FERRAZ JÚNIOR, p. 336).

Estão então fixados os contornos do discurso jurídico racional. Um discurso que não exclui o discurso prático geral, mas ao contrário, mantém com este uma relação estreita e inexpugnável, e que dada a sua feição prática e as limitações a que submete-se, proporciona aos habitantes do ambiente discursivo um nível de racionalidade mais evidente e sensível. Não que o discurso jurídico racional seja capaz de eliminar por completo as incertezas discursivas, especialmente em se tratando questões de alta indagação moral. Mas certo é que o modelo proposto por Robert Alexy permite a identificação de possibilidades de conclusões aceitáveis, justamente pela intrincada trama de sua justificação.

Neste sentido tem-se que Alexy (1988, p. 155) não afasta peremptoriamente a tese de Dworkin da única resposta correta, que é assumida então como um ideal, como uma idéia reguladora. Deste modo, não a pretensão de que de fato haja para cada caso, apenas e tão somente uma resposta correta. O que a pretensão de correção proporciona é a idéia de que é possível ofertar para cada caso a sua resposta correta, o que, a toda evidência, justifica o esforço pela busca desta.

A teoria acima delineada é inserida no âmbito dos direitos fundamentais em sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Na referida obra, Alexy busca ofertar algumas soluções à extremada abertura semântica dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais, justamente por que a vaguidade dos referidos enunciados ainda não conseguiu ser satisfatoriamente contornada pela jurisprudência jusfundamental criada e levada a efeito pelo Tribunal Constitucional Alemão, e o pior, aquela vaguidade se reflete na jurisprudência das instâncias de base, que acaba por proporcionar a comum situação de existirem decisões contraditórias para quase todos os embates envolvendo direitos fundamentais (1993, p. 24). É com arrimo nas duas obras acima referidas que será abordado o modelo de racionalidade proposto pelo Prof. Robert Alexy.

Alexy (1993, p. 25) afirma que pretende oferecer uma parte geral da dogmática dos direitos fundamentais, frise-se, no direito alemão. A racionalidade das decisões judiciais em matéria de direitos fundamentais é o objeto de análise do último capítulo da referida obra e, desde a introdução, Alexy (1993, p. 25) já afirma que “a positivação dos direitos fundamentais que regem todos os poderes do Estado constitui a abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo com meios racionais”.

O debate de Alexy acerca dos princípios é de grande valia para a compreensão do problema da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Tratando então da Teoria dos Princípios, Alexy (1993, p. 81 e ss) faz um apanhado histórico acerca dos diversos critérios tradicionalmente utilizados para levar a cabo a distinção entre princípios e regras.

Neste mister, aponta o critério da generalidade como critério normalmente suscitado. Deve-se entender generalidade como o nível de alcance pessoal do enunciado. Quanto mais horizontalizado for o alcance, mais generalizável é a regra. Segundo este critério

o grau de generalidade dos enunciados prescritivos veiculadores de princípios é mais alto do que o dos enunciados veiculadores de regras.

O professor de *Honoris Causa* da Universidade de Alicante, Espanha, aponta ainda outros critérios tradicionalmente utilizados para a distinção, tais como, a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de surgimento, o caráter explícito de conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema, além do critério da importância para a ordem jurídica. Por fim Alexy (1993, p. 84 e 85) relembra os critérios de serem os princípios e as regras razões para regras ou regras em si e o fato de serem tomadas como regras de comportamento ou regras de argumentação.

Para o autor alemão, princípios são normas que determinam realizações na maior e melhor medida possível, tudo dependendo das condições fáticas e jurídicas que apenas o caso concreto é capaz de fornecer. Daí a noção de que os princípios são mandados de otimização, isto é, ordens no sentido de que sua aplicação seja realizada em diferentes graus de acordo com as possibilidades proporcionadas pelo caso concreto (ALEXY, 1993, p. 86).

Já as regras são normas que ou são atendidas ou não o são. Dessa forma, se uma regra é válida num dado sistema jurídico e deve ser aplicada a um determinado caso, isto equivale a dizer que haverá de ser feito exatamente o que por ela é determinado. Em sede de regras não há campo para ampliações ou reduções do conteúdo semântico do enunciado. A aplicação deve repetir no plano fático exatamente o mesmo modelo contido na norma (ALEXY, 1993, p. 87).

As diferenças acima apontadas são mais bem visualizadas nos casos de conflitos entre regras e colisões entre princípios. No primeiro caso, Alexy (1993, p. 88) afirma que existem apenas duas soluções possíveis. Ou introduz-se uma exceção à regra, ou decreta-se a invalidade de uma das normas conflitantes.

Já no que pertine aos princípios, Alexy criou o teorema da colisão, na mesma linha de raciocínio de ponderação de Dworkin. Em casos de colisão entre normas veiculadoras de princípios, a solução não surge pela determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função de ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Assim, os princípios possuem dimensão de peso, não se ocupando de determinar

de plano as consequências normativas, ao contrário das regras que trazem em sua estrutura textual a precisa previsão das consequências jurídicas da concretização da hipótese. Neste contexto, a aplicação de um princípio está sempre condicionada a uma cláusula de reserva, definida nos termos de que é o caso concreto que determinará a prevalência (ALEXY, 1993, p. 89).

Percebe-se que Alexy avança em relação à Dworkin na constatação de mais uma diferenciação entre as entidades normativas, qual seja, a do tipo de obrigação estatuída por uma e outra espécie normativa. As regras criam obrigações absolutas, ou seja, não podem ser superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, i.e., podem ser suplantados por outros enunciados da mesma dignidade normativa, desde que assim recomende o caso concreto. É a regra do sopesamento, segundo a qual “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” (ALEXY, 1993, p. 161).

Em apertadíssima síntese, os estudos sobre os enunciados veiculadores de direitos fundamentais apontam para três direções, quais sejam, os enunciados em questão seriam princípios, ou seriam regras, ou seriam regras e/ou princípios. A adoção de cada uma das posições elencadas tem repercussão na medida da densidade normativa dos enunciados, e, via de consequência, na intensidade da intervenção do legislador ordinário no que toca à concretização dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais.

Assim, se se tem que o catálogo de direitos fundamentais trata-se de um catálogo de princípios (ALEXY, 1993, p. 115), temos enunciados com baixíssima densidade normativa. Neste cenário, a concretização dos direitos fundamentais demandaria uma significativa intervenção legislativa ordinária, de sorte tal que, os enunciados em questão não confeririam direitos subjetivos aos seus destinatários. Esta teoria afirma que se este for o cenário, a decisão do constituinte seria esvaziada e estariam sendo outorgados plenos poderes ao legislador ordinário e ao intérprete da Constituição, e, assim, o resultado seria a insegurança constitucional.

Lado outro, se o catálogo de direitos fundamentais for tomado como um catálogo de regras (ALEXY, 1993, p. 118), a densidade normativa é altíssima e a judiciabilidade destes direitos é plena, devendo as regras incidir no esquema de “tudo ou nada”, afastando-se a possibilidade de sopesamento. O problema é que assim sendo, toda interferência extra-

sistêmica seria inexplicável e inaceitável, o que também poderia conduzir a um esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que toda decisão de concretização dos direitos fundamentais importa em interferências entre os diversos subsistemas sociais. Enfim, a ideal vinculação à Constituição também seria mitigada.

O professor da CAU propõe por fim que o melhor modelo é o que toma os enunciados veiculadores de direitos fundamentais ora como regras ora como princípios, dependendo sempre do caso concreto (ALEXY, 1993, p. 129). Um modelo puro de princípios traria o perigo de fragilizar drasticamente o cânone da legalidade pela ponderação, por conta de uma possível análise estritamente consequencialista.

Da mesma forma, um modelo exclusivo de regras, enaltecendo a segurança jurídica, decorrente da artificial previsibilidade deste tipo de enunciado, seria anêmico em face da complexidade social e jurídica das sociedades hodiernas. Desta forma, em se admitindo um sistema misto de princípios e regras, fica viabilizada uma desejável flexibilidade normativa a par da segurança jurídica, desde que, e aqui está o ponto nodal do problema, a definição do tratamento normativo seja inarredavelmente embasada em estrutura argumentativa racional.

Ultrapassada a teoria dos princípios, é chegado o momento de enfrentar o tema da racionalidade decisória em matéria de direitos fundamentais. O tema em questão haverá de ser submetido à Teoria Geral da Argumentação Jurídica acima exposta e segundo a qual o discurso jurídico é um tipo especial de discurso prático. Já foi afirmado que a sujeição do discurso jurídico à teoria da argumentação jurídica, por si só, não é capaz de eliminar, mas apenas de reduzir as possibilidades de divergência quanto ao resultado discursivo, na medida em que não é possível sempre obter uma única resposta correta para cada problema prático, especialmente nos casos de relevante indagação moral.

Isto conduz a abertura do debate jurídico para fundamentações morais e práticas gerais. Deste modo, a questão passa a ser quanto à possibilidade de controle de racionalidade jurídica daquelas outras questões, cuja análise é historicamente prejudicada pelo radicalismo das teorias a favor e contra a possibilidade de controle. Alexy (1993, p. 530) então afirma que um posicionamento intermediário é o ideal para o esclarecimento.

A discussão ética atual, influenciada metodologicamente, sobretudo, pela lógica moderna, pela filosofia da linguagem, pela teoria da argumentação, pela teoria da

decisão e pela teoria do conhecimento, e no que diz respeito ao seu conteúdo, orientada fortemente pelas idéias de Kant, tem mostrado que certamente não são possíveis teorias morais materiais que dêem uma única resposta, com certeza intersubjetivamente conclusiva, a cada questão moral, mas que são sim possíveis teorias morais procedimentais que formulam regras ou condições da argumentação e da decisão prática racional. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a do discurso prático racional.

Esta teoria do discurso prático racional, operando no campo daquilo que é possível discursivamente, possibilitará, não raras vezes, resultados diversos. Esta deficiência não é solucionável simplesmente no âmbito de uma teoria moral, o que atrai a necessidade de associação desta a uma teoria jurídica procedimental de quatro níveis (ALEXY, 1993, p. 531):

- a) O nível do discurso prático geral;
- b) O nível do procedimento legislativo;
- c) O nível do discurso jurídico; e
- d) O nível do procedimento judicial.

O primeiro nível é o mais aberto em termos de possibilidades de soluções para problemas práticos. Esta indeterminação quanto as soluções dos problemas sociais atrai então a necessidade de um segundo grau de redução das possibilidades de frustração das expectativas relacionais sociais, o processo legislativo, que, se não resolve todos os problemas, ao menos reduz as possibilidades de conflitos pela indicação de caminhos institucionalizados de solução das controvérsias.

Obviamente que somente este direcionamento não é suficiente para a estabilização social, já que em função da existência de normatividade institucionalizada, implantar-se-á o discurso jurídico, seja pela aplicação privada da normatividade, seja pela utilização estatal do estoque normativo. Esta aplicação, mesmo vinculada à lei, aos precedentes e á dogmática, o que reduz sensivelmente o grau de incerteza imanente aos enunciados prescritivos, não elimina a abertura semântica do acervo normativo institucionalizado e as controvérsias que certamente advirão dos atos de aplicação já mencionados, o que torna necessária a instauração do quarto e último nível procedimental de racionalização jurídica, qual seja, o do procedimento judicial.

Mas este enquadramento procedimental é insuficiente para garantir a absoluta racionalidade decisória em termos de direitos fundamentais, daí que Alexy (1993, p. 532),

propõe que a análise se debruce tanto sobre a base argumentativa quanto sobre o processo argumentativo decisório.

No que pertine a base argumentativa há que se identificar sobre o que se apóia a argumentação jurídica jusfundamental, quando então perceber-se-á que, como caso especial de discurso prático geral, esta argumentação apoiar-se-á também na lei, nos precedentes e na dogmática.

A vinculação argumentativa jusfundamental a lei é relativa, o que se afirma em função da indeterminabilidade dos conteúdos semântico-jurídicos dos enunciados veiculadores de direitos fundamentais. A aplicação de métodos semânticos e genéticos de interpretação não é capaz de eliminar a referida indeterminação, mas mesmo assim, preserva alguma utilidade prática. O que fica consignado neste ponto é que especialmente o afastamento de uma dada interpretação aparentemente denotadora de vinculação clara ao texto dos enunciados jusfundamentais importa necessariamente na assunção de um maior ônus argumentativo para aquele que a pretende afastar.

A relatividade da vinculação argumentativa a lei repete-se no que diz respeito aos precedentes. Pode-se argumentar que sendo os precedentes, fruto da interpretação vinculada a lei, esta vinculação aos precedentes não introduziria qualquer novidade vinculativa, senão uma vinculação reflexa. Mas, considerando-se que aquela vinculação entre precedentes e lei nem sempre é muito clara pelos problemas apontados anteriormente, os precedentes acabam por ganhar robustez no plano argumentativo.

Segundo o professor de Kiel (1993, p. 537), a utilização dos precedentes deve obedecer duas regras, a saber:

- a) Se é possível invocar um precedente a favor ou contra uma decisão, este deve ser invocado; e
- b) Aquele que pretenda afastar a força de um precedente assume para si o ônus argumentativo que fundamente o afastamento.

Tais regras encontram fundamento numa teia principiológica formada pelos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da praticabilidade e da estabilidade como base do progresso. Mas para o que importa a controlabilidade da



racionalidade decisória, a justificativa para a força argumentativa dos precedentes repousa no princípio da universalizabilidade de matriz kantiana (ALEXY, 1993, p. 537).

É importante frisar ainda que a força argumentativa dos precedentes se mostra não apenas quando o Judiciário aplica uma regra de decisão a um caso idêntico, mas também quando os contornos da regra são elásticos para alcançar casos portadores das mesmas características embora não portadores de identidade de objetos. Da mesma forma a força dos precedentes se apresenta quando o Judiciário deixa de aplicar a regra de decisão por conta da evidente distinção dos contornos do caso ao qual se pretendia a aplicação do precedente.

O que deve ficar patenteado é que a força vinculante dos precedentes é uma força *prima facie*, já que em função de novos argumentos suficientemente bem articulados, o precedente pode ser afastado. Demais disso, o sistema de precedentes não revoga o acervo principiológico sobre o qual repousa o sistema jurídico. De sorte tal que, sempre que se mostrar oportuno, conveniente e/ou necessário, os princípios devem ser invocados na constituição de novas regras de decisão, do que se pode abstrair que o grau de segurança proporcionado pelos precedentes é indubitavelmente limitado (ALEXY, 1993, p. 539).

Por um lado, muito se decidiu que poderia ser decidido de outra maneira, mas também se tem decidido que o sistema de direitos fundamentais é um sistema aberto frente a exigências básicas. Desta maneira, os precedentes contribuem indispensavelmente para a segurança da argumentação jusfundamental, mas a argumentação baseada nos precedentes não basta por si só para o controle da racionalidade da fundamentação daquela argumentação (ALEXY, 1993, p. 540).

A tríplice vinculação dos direitos fundamentais encerra-se com a vinculação a dogmática. Leis, precedentes e dogmática representam níveis decrescentes de autoridade para efeitos de vinculação argumentativa. E, considerando-se o altíssimo grau de abstração das teorias materiais dos direitos fundamentais, Alexy acaba por afirmar que não se pode esperar muito destas teorias em sua capacidade para funcionar como base argumentativa em sede de direitos fundamentais.

Para o professor alemão uma teoria material dos direitos fundamentais que se preste àquela finalidade haverá de ser estruturada numa teoria dos princípios (ALEXY, 1993, p. 541). Demais disso, para que de fato ela possa contribuir para a controlabilidade da racionalidade decisória em matéria de direitos fundamentais, haverá de se admitir que esta teoria ofereça uma hierarquização *prima facie*, ao que Alexy prefere denominar de prioridade

(ALEXY, 1993, p. 548), e segundo a qual um princípio prioritário pode ser afastado argumentativamente. Explica-se.

Uma teoria material dos direitos fundamentais que tenha a pretensão de funcionar como base argumentativa de controlabilidade de racionalidade deverá estatuir uma hierarquização, frise-se, *prima facie*, em favor dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade jurídicas. Esta hierarquização *prima facie* possibilita a estruturação de regras argumentativas que serviriam como soluções máximas em situações extremas de conflito argumentativo de quase absoluta insolubilidade.

Em abono a este tipo de teoria material dos direitos fundamentais, fundada numa teoria de princípios organizados com hierarquização *prima facie*, Alexy enfrenta uma série de seis pesadas críticas que para ele são as principais. São elas:

- a) As máximas seriam inadmissivelmente generalizantes (ALEXY, 1993, p. 549);
- b) As máximas seriam simplistas, pois, desconsiderariam a possibilidade de colisão entre duas aspirações fundadas no princípio chave da liberdade (ALEXY, 1993, p. 549);
- c) Em caso de dúvida quanto a máxima a ser aplicada, aplica-se apenas aquela que for correta (ALEXY, 1993, p. 550);
- d) Uma hierarquização *prima facie* é inconciliável com a tarefa de otimização formulada pela idéia de unidade da Constituição (ALEXY, 1993, p. 550);
- e) Esta hierarquização proporcionaria uma interpretação muito extensa dos direitos de liberdade que seriam expressão de um individualismo anarquista e de um exagerado liberalismo econômico (ALEXY, 1993, p. 550); e
- f) Esta hierarquização teria um caráter meramente formal (ALEXY, 1993, p. 551).

A primeira crítica é refutada com base na idéia de que a diferenciação que seria mitigada pela generalização exacerbada da hierarquização seria contornada argumentativamente, sem maiores prejuízos à utilização da regra. A segunda crítica é transposta pela consideração de que a hierarquização *prima facie* somente tem lugar quando os princípios colidentes não forem nem o da liberdade e nem o da igualdade.

Para hipótese de colisão envolvendo estes princípios, não valeriam as máximas de hierarquização. A terceira objeção é ultrapassada pela afirmação de que a hierarquização serve justamente para apontar qual seria a solução correta, de sorte tal que, ao invés de inviabilizar aquela identificação, a máxima corroboraria com esta tarefa. A quarta crítica cai por terra ao compreender-se que as máximas de hierarquização não impõem ruptura no ideal de unidade constitucional, mas apenas fornecem um mecanismo de satisfação de embate argumentativo de aparente insolubilidade. Quanto a quinta crítica, não se pretende elevar a liberdade e a igualdade aos seus extremos semânticos. Ao contrário, apenas fixam-se marcos argumentativos que podem ser suplantados argumentativamente. Por fim, tem-se a sexta objeção. Esta Alexy vê como uma crítica efetivamente robusta. A objeção fundar-se-ia na idéia de que a hierarquização em favor da liberdade e da igualdade não vem acompanhada de uma limitação clara de até onde esta prevalência deve ser aceita como racional o que evidentemente dependeria de critérios materiais. Mesmo diante da robustez desta última objeção, não fica peremptoriamente invalidada a hierarquização *prima facie* que viabilizaria sim a desejada controlabilidade da racionalidade decisória em matéria de direitos fundamentais.

Esgotada a análise da base argumentativa tem-se que analisar ainda o processo da argumentação em matéria de direitos fundamentais. Na teoria de Alexy, o vocábulo processo não é utilizado no sentido fazzalariano, ou seja, de procedimento submetido ao contraditório. Não é disso que se trata. Alexy fala em processo no sentido de como construir o discurso jurídico argumentativamente a partir de sua tríplice vinculação de base. Partindo então da premissa de que o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático, o professor alemão busca o *modus* construtivo discursivo primeiramente na teoria do discurso, o que já foi acima demonstrado de maneira exauriente.

### **2.1.3 O modelo de Niklas Luhmann: a racionalidade sistêmica**

O próximo modelo a ser analisado é o proposto pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, professor da Universidade de Bielefeld, falecido em 1998. Autor de vastíssima obra segundo Arnauld e Lopes (2004, p. 371 e ss.), Luhmann propõe uma visão do direito

enquanto subsistema social, o que o faz a partir de uma noção comunicacional. Aqui será apenas perustrado o enfoque da teoria dos sistemas sobre o sistema jurídico e como a decisão judicial funciona como elemento integrador sistema/ambiente.

A sociedade é um sistema na medida em que é “uma conexão de sentido das ações sociais, que se referem umas as outras e se podem delimitar de um meio ambiente de ações não pertinentes” (LUHMANN, 2005 b, p. 75). No interior deste sistema convivem diversos subsistemas, tais como, o jurídico, o econômico e o político.

Para Luhmann toda e qualquer análise teórico-sistêmica deve partir da imbricada coexistência e diferenciação entre sistema e entorno, já que os sistemas “estão estruturalmente orientados ao entorno” (LUHMANN, 1998, p. 40), que é o pressuposto da existência dos sistemas. O sistema somente é sistema em função da coexistência de seu entorno, o ambiente, trata-se de “uma diferenciação de dentro e fora” (LUHMANN, 2005 b, p. 75).

Pergunta-se pelo mundo. O mundo não pode apreender-se como sistema, porque não tem nenhum “fora”, frente ao qual ele se delimita. Se quiséssemos pensar o mundo como sistema, deveria de imediato e concomitantemente pensar-se um meio ambiente do mundo, e o conceito de mundo, que orienta o pensar, deslocar-se-ia para este meio ambiente. (LUHMANN, 2005 b, p. 76).

A diferença investigada pela ótica sistêmica é de dois níveis: o funcional e o estrutural.

No nível funcional, tem-se cada subsistema é portador de uma finalidade específica. O sistema político, por exemplo, tem por função tomar decisões coletivamente vinculantes (CAMPILONGO, 2002, p. 71). Já a função do sistema jurídico é promover a generalização congruente de expectativas normativas (CAMPILONGO, 2002, p. 19). Percebe-se assim, nitidamente, o que Luhmann denomina de diferenciação funcional.

No que pertine ao aspecto estrutural, tem-se que os elementos de cada sistema - as comunicações -, são forjados em códigos particulares para cada ambiente de tráfego comunicacional, assim existem vários códigos, como o jurídico (direito/não-direito), o político (governo/oposição), etc.

O sistema social e seus subsistemas podem ser então compreendidos enquanto sistemas comunicacionais. Vê-los por este prisma importa em admitir que no interior dos subsistemas existe uma infinita troca de informações codificadas na linguagem própria do

subsistema e que são compreendidas pelo próprio sistema. Da mesma forma, há que se considerar que existem trocas de informações entre os diversos subsistemas que integram o sistema social. O subsistema jurídico direciona mensagens em código de linguagem jurídica para o sistema social. O sistema social direciona mensagens em código social para o sistema jurídico. O subsistema econômico comunica-se com o subsistema jurídico, que se comunica com o subsistema político, etc., etc., etc.

Existe assim, um acoplamento estrutural na relação sistema/ambiente, decorrente das diferenciações funcional e estrutural e da imbricabilidade de ambos os mundos. Deste modo, cada subsistema convivente no meio tem e opera a sua própria e autônoma estrutura interna, independentemente dos materiais oriundos de seu ambiente, é o que se denomina fechamento ou clausura operacional.

Em que pese este fechamento operacional, o sistema somente é sistema por conta da existência do entorno que proporciona a diferenciação e oferece pressupostos fáticos que funcionam como um “contínuo de materialidade necessário para sua existência” (BARALDI, CORSI, ESPOSITO, 1996, p. 19).

O ambiente é assim um pressuposto lógico para o sistema, sem ambiente, não há sistema. Mas ele é fechado operacionalmente em relação ao meio. Mesmo sendo o ambiente um pressuposto do sistema, aquele não determina este, que tem plena autonomia em face daquele. Operar de forma fechada equivale a afirmar que o sistema em análise é autoregulativo, i.e., determina a si próprio as regras de sua própria operação.

Esta operação fechada importa em afirmar que a cada operação sistêmica são produzidos os elementos sistêmicos que serão as condições de possibilidade de novas operações deste mesmo sistema. A operação “1” é a matriz da operação “2”, que é a matriz da operação “3” e assim sucessivamente. Com base nesta fórmula funcional é que se dá a autonomia dos sistemas, daqui surgindo o conceito de *autopoiesis*, que etimologicamente “deriva do grego, **autos** (‘por si próprio’) e **poiesis** (‘criação’, ‘produção’)” (NEVES, 1992, p. 273).

Um sistema autopoietico guarda as seguintes características essenciais: a) é autônomo, ou seja, é capaz de subordinar toda a sua mudança de modo a manter sua auto-organização, a sua homeostase; b) mantém sua identidade em relação ao ambiente; a identidade é auto-produzida pelo sistema, á medida que este vai se autocompondo. O sistema constitui por si só a sua identidade, diferenciando-se do ambiente ao determinar o que é e o que não é ele próprio; c) o sistema não possui

inputs e outputs (concepção dominante da Teoria Geral dos Sistemas até então). O ambiente não influi diretamente no sistema autopoietico, não determina suas mudanças, pois é a própria estrutura sistêmica que processa as informações, as perturbações advindas do ambiente (CARVALHO, 2005, p. 122/123).

Desta maneira, o sistema em análise é autônomo em seu aspecto operacional, todavia, não é blindado em face das comunicações exteriores. “Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia” (NEVES, 1992, p. 275). Afirmar a autarquia de um dado sistema é afirmar que ele pode ser totalmente “independente do meio ambiente e existir por conta própria” (LUHMANN, 1980, p. 61).

Diz-se que o sistema autopoietico é autônomo porque o processamento das informações que vem do entorno se dá de acordo com os modelos de decodificação internos do próprio sistema e não de acordo com os modelos que estão na base das mensagens advindas do entorno. Isto, por outro lado, induz a constatação de que o sistema autopoietico é sensível às comunicações oriundas do entorno, em outras palavras, troca experiências com o ambiente já que são estas experiências que motivarão a autoprodução do sistema, daí falar-se em fechamento operacional e abertura cognoscitiva (LUHMANN, *apud* NEVES, 1992, p. 281).

Os sistemas sociais são sistemas comunicacionais, isto já foi afirmado. Disto abstrai-se que as operações intrasistêmicas e intersistêmicas são comunicações, constituídas “através da síntese de informação, mensagem e compreensão” (NEVES, 1992, p. 279). Cada sistema terá assim um código comunicacional que lhe é próprio. As operações internas dos subsistemas sociais são relações comunicacionais vazadas em código de linguagem próprio para o interior de cada sistema. Não que o código linguístico interno de cada sistema seja absolutamente incompreensível para os demais subsistemas que habitam o meio, até porque, todos os subsistemas integram o sistema social. Mas a linguagem de um subsistema foi construída para codificar mensagens no interior deste mesmo subsistema.

Disto retira-se que, quando um subsistema expede mensagem que extrapola os seus próprios limites, avançando assim sobre o âmbito interno de outro subsistema, este subsistema que recebe mensagem alienígena terá três opções, quais sejam, (I) a desintegração; (II) a decodificação e conseqüente absorção da mensagem incorporando-a ao seu acervo de informações internas, adotando-a como condição de operações futuras; (III) ou a corrupção sistêmica, cedendo força a comunicação ruidosa.

Nem sempre, contudo, esta decodificação e absorção são tranquilas, e a chegada da mensagem externa e estranha é por demais tormentosa para o sistema receptor. Às vezes esta recepção provoca ruídos quase insuportáveis no interior do sistema receptor, que se não possuir mecanismos de equacionamento, adequados para esta hipótese, não suportará a interferência e sucumbirá. Lado outro, se o sistema invadido for consistentemente homeostático, i.e., equilibrado, ao receber a mensagem ruidosa ele poderá conviver com ela sem ruir e sem incorporá-la em definitivo.

Concluindo, a homeostase é um estado desejado pelo sistema. Cabe ressaltar que o equilíbrio nunca é perfeito, pois isto significaria a necessidade de o sistema fechar-se ao ambiente, tornando-se estático. Como o sistema dinâmico é aberto ao ambiente, inevitavelmente sofre perturbações. Para corrigir os eventuais desvios, conta com *mecanismos de calibração*, cujo fim é retornar ao estado de equilíbrio ou homeostase. Nos sistemas comunicacionais, a calibração se dá pela produção de novos elementos (atos comunicativos) pelo próprio sistema (CARVALHO, 2005, p. 109) (grifos do autor).

Entendamos melhor a questão. As mensagens vazadas em linguagem jurídica são mensagens adequadas ao tráfego interno do sistema jurídico. As mensagens vertidas em código de linguagem econômica estão aptas a serem decodificadas e a trafegar no ambiente comunicacional econômico. A comunicação política é constituída em código lingüístico próprio deste subsistema social e trafegará facilmente no seio do subsistema em questão. Problemas surgem quando as mensagens de um subsistema dirigem-se ao interior de outros subsistemas, o que não é incomum, e mesmo assim, é quase sempre traumático.

Tomemos como objeto de análise uma comunicação havida entre sistema político e sistema jurídico. Basta que se considere que o sistema jurídico é modificado pela comunicação típica da política. As modificações do sistema jurídico decorrem do processo político. Mas diriam alguns, que este processo político que promove modificações internas no sistema jurídico já o é também, processo jurídico, na medida em que está operacionalmente previsto no acervo comunicacional deste sistema (processo legislativo). Com isto concorda-se, mas esta afirmação resolve a questão apenas quando observa-se formalmente o problema. Ao proceder-se uma observação substancial, constatar-se-á que, se a mensagem vier vazada em código substancial e estritamente político, a chegada dela no ambiente jurídico será ruidosa e instalará no seio do sistema jurídico uma tensão grave, que autorizará o acionamento dos mecanismos de calibração, por exemplo, o controle de constitucionalidade.

Acima afirmou-se esta troca de informações ruidosas é bastante comum, e de fato isto ocorre com certa frequência. O sistema jurídico mesmo já foi concebido com a presença

de diversos pontos de aproximação e abertura cognoscitiva para com os subsistemas econômico e político, por exemplo. No que pertine à abertura cognoscitiva ao subsistema político, basta que se considere o Título V de nossa Carta Política que organiza os Poderes da República, determinando-lhes as respectivas estruturas e competências, e em especial a seção VIII do Capítulo I que trata do processo legislativo.

No que diz respeito à aproximação entre o subsistema econômico e o subsistema jurídico importa considerar o Título VI da Constituição da República, que dispõe acerca da tributação e do orçamento, e em especial o Título VII que dispõe sobre a ordem econômica e financeira. Estes pontos de nossa Constituição são todos pontos de sensibilidade sistêmica ao meio que habita o entorno do sistema jurídico. Neles estão previstos os modos e os conteúdos adequados e desejados das mensagens que podem vir daquele entorno de forma tranqüila, i.e., sem provocar ruídos desastrosos para o sistema jurídico. Todavia, considerando que a contingência econômica e a contingência política são sempre maiores que as contingências jurídicas, nem sempre a chegada das mensagens oriundas destes dois subsistemas no interior do sistema jurídico ocorre como desejado.

Esta comunicação ruidosa não incomum entre direito, economia e política é creditada por vezes à utilização em larga escala do mecanismo dos conceitos indeterminados, tais como, interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, oportunidade e conveniência, dentre outros. Tais expressões e locuções, se utilizadas como motivos determinantes de decisões (atos comunicativos) direcionados ao interior do sistema jurídico devem vir amparados em cadeias argumentativas de racionalidade jurídica evidente, sob pena de serem barrados em seu tráfego no interior do sistema destinatário.

Postas estas considerações gerais sobre o sistema social e seus subsistemas, há que se investigar mais de perto o subsistema jurídico. Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 19), notável pesquisador da obra do professor alemão, afirma que para Luhmann o direito tem a função de promover a generalização congruente de expectativas normativas. Esmiuçando esta função do direito, o professor paulista aduz que a generalização denota uma compreensão do sistema jurídico que não se reduz a especulações individuais ou subjetivas, bem como não se equipara à ficcional idéia de totalidade das expectativas coletivamente consideradas. Há assim como que um desprendimento da compreensão sistêmica em relação as partes que compõem o todo. A congruência é concebida em três dimensões, a saber: (a) temporal, (b) social e (c) material.



[...] temporal (segurança contra as desilusões, enfrentadas pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização) (CAMPILONGO, 2002, p. 19).

As expectativas normativas jurídicas são aquelas que por força de sua institucionalização são perenizadas contrafaticamente, i.e., o fato de uma determinada regra introduzida regularmente no sistema não contar com a aceitação geral da sociedade, e, via de consequência, demonstrar alto grau de ineficácia, não importa necessariamente na frustração da expectativa prática alocada no elemento normativo. Nas palavras de Luhmann (1983, p. 46) “não se desiste da expectativa por um caminho sólido e viável só por se ter escorregado uma vez”. O desapontamento é considerado como uma das possibilidades, e assim, uma vez verificado este, a expectativa não é por isso descartada.

A referida generalização congruente de expectativas normativas se dá por meio da redução de complexidade do hipercomplexo sistema social. Por complexidade Luhmann (1983, p. 45) entende a eterna existência de “mais possibilidades do que se pode realizar”. No sistema social habitam infinitas possibilidades e expectativas normativas. Para todo sim existirá pelo menos um não ou um talvez. Por isso é que se pode afirmar que no direito nada é, mas tudo depende. O direito seleciona dentro do espectro infinito de possibilidades normativas aquelas que entende especialmente importantes para a preservação social revestindo-as de conotação própria e adequada a trafegabilidade comunicacional jurídica. Este pinçamento de possibilidades é que denomina-se redução das complexidades normativas.

Por óbvio que esta fórmula não é capaz de resolver todos os problemas sociais, já que a complexidade não foi eliminada, mas apenas reduzida. Demais disso, mesmo reduzida a complexidade, permanece a sua contingencialidade, ou seja, a constante possibilidade de frustração das expectativas normativas generalizadas congruentemente, segundo Luhmann (1983, p. 46) é o “perigo de desapontamento”.

É dentro deste quadro que evidencia-se a importância da decisão judicial. Esta, evidentemente, pode ser entendida enquanto uma mensagem que veicula uma opção dentre as várias alocadas positivamente no seio do sistema jurídico. Esta mensagem reverbera tanto para o interior do sistema jurídico, quanto para o seu entorno. No primeiro caso, servirá de elemento catalisador de outras operações jurídicas. No segundo caso, servirá de base operacional para o sistema ao qual foi endereçada. Neste sentido, servirá de elemento

viabilizador ou inviabilizador de trafegabilidade comunicacional, tanto no interior do sistema jurídico, quanto no seu ambiente.

Ao oferecer ao sistema jurídico as premissas de decisão, na forma de leis, o sistema político toma decisões coletivamente vinculantes úteis ao desempenho funcional do sistema jurídico. De sua parte, o sistema jurídico, ao aplicar a lei, garante expectativas normativas de legitimação das decisões políticas (ou de titulares de direitos legalmente garantidos). Insista-se: isso não significa submissão do direito a política ou vice-versa (CAMPILONGO, 2002, p. 156).

O pensamento sistêmico de Luhmann é deveras esclarecedor de perplexidades na medida em que empresta uma fórmula capaz de aferir a consistência das comunicações intrasistêmicas e intersistêmicas pela imputação de códigos comunicacionais que proporcionam diferenciações funcionais entre os diversos subsistemas conviventes no macroambiente social. Temas como judicialização da política, politização da magistratura e leitura econômica do direito são explicados facilmente a partir do estoque conceitual do pensamento sistêmico de Luhmann.

Numa apertadíssima síntese, ter-se-ia a judicialização da política quando o meio político é invadido em demasia e ruidosamente por mensagens vazadas no código binário jurídico que acaba por promover a corrupção sistêmica no sistema invadido.

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. [...] (BARROSO, 2009, p. 3).

Do mesmo modo, ter-se-ia a politização da magistratura, quando as mensagens concebidas em linguagem política são lançadas ao interior do sistema jurídico promovendo a corrupção sistêmica deste. Ainda nesta mesma linha de raciocínio, a leitura econômica do direito é a inserção de mensagens vertidas em códigos tipicamente econômicos no interior do sistema jurídico. Um exemplo típico deste tipo de inserção alienígena é a idéia da reserva do possível em matéria de direitos fundamentais prestacionais, segundo a qual a entrega de prestações estatais deve ser pautada principalmente na possibilidade econômica da satisfação das necessidades públicas, mesmo que isso importe em situação grave de inadimplência constitucional.

Um aspecto que merece ainda referência é o da proibição de denegação de justiça e, portanto, o da obrigação de decidir. Com esta obrigatoriedade decisória dá-se o fechamento operativo do direito. Este fechamento apresenta-se em dupla dimensão: temporal e material. No plano temporal, as decisões judiciais manifestam uma conexão entre o passado, o presente e o futuro, na medida em que com base em decisões políticas passadas que fixaram o direito vigente, definem os contornos jurídicos do presente, delineando ainda, parâmetros decisórios futuros. No que pertine à dimensão material, são as decisões judiciais que confirmarão ou infirmarão a consistência substancial dos programas juridicamente firmados no plano político (CAMPILONGO, 2002, p. 164).

Por fim, é admissível afirmar-se que a abordagem sistêmica fornece um modelo hábil, mas não absoluto, definitivo e exauriente de questionamento da idoneidade de decisões judiciais que estampem as preferências religiosas, ideológicas, partidárias, racistas, culturais, sexuais, daqueles que as formulam, na medida em que estes matizes podem ser identificados como comunicações forjadas em códigos estranhos ao direito. Enfim, o modelo é capaz de viabilizar a identificação dos limites da racionalidade decisória judicial. Toda vez que identificar-se na decisão judicial a inserção desmesurada de argumentos (mensagens) tipicamente alienígenas estará evidenciada a irracionalidade jurídico-decisória.

#### **2.1.4 O modelo de Aulis Aarnio: a racionalidade decisória como aceitabilidade geral**

O próximo modelo de racionalidade jurídica a ser analisado é aquele proposto por Aulis Aarnio, professor emérito da *University of Tampere* na Finlândia. Em 1987 Aarnio publicou *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Este livro foi traduzido para o castelhano em 1991 por Ernesto Garzón Valdez sob os auspícios do Centro de Estudos Constitucionais de Madri, Espanha, com o título *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Neste momento do presente escrito os esforços analíticos concentram-se nesta publicação.

Outro escrito do professor finlandês também servirá de baldrame para a presente investigação, trata-se do artigo intitulado “A tese da única resposta correta e o princípio

regulador do raciocínio jurídico” de 1990 e publicado na Revista Doxa nº 8, no qual o autor enfrenta de maneira mais acurada a tese acima anunciada.

Deixando expresso que entende inadmissível o pleno divórcio entre direito, filosofia e moral, o autor afirma que no trabalho em análise tenta integrar a nova retórica, a filosofia da linguagem do último Wittgenstein e o racionalismo habermasiano (AARNIO, 1991, p. 17). Na mesma pegada, o professor finlandês esclarece que sua empreitada assume feições analíticas e normativas. É analítica na medida em que lança mão de inúmeros conceitos típicos da dogmática a fim de aproximar-se da matéria observada.

A feição normativa aparece na pretensão de ofertar um conceito do que vem a ser uma interpretação correta, o que poderá servir tanto a dogmática jurídica, quanto a prática jurídica. Reconhecendo o fenômeno jurídico como multifacetário, Aulis Aarnio (1991, p. 57 e ss.) esclarece que o seu ponto de vista é o da dogmática jurídica.

O ponto de partida da análise é a tese da única resposta correta, aquela mesma debatida por Ronald Dworkin e que foi objeto de análise linhas acima. O finlandês afirma que seu estudo é, “em grande medida, uma crítica a tal doutrina” (AARNIO, 1991, p. 60), e em outra oportunidade além de criticá-la, Aarnio (1990, p. 25) objetiva é demonstrar a sua necessária refutabilidade.

Para tanto, o autor toma em conta a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Nos primeiros, a decisão é de tranquila formulação, e o seu lastreamento legal e jurídico é evidente. Já nos casos difíceis, o julgador cai em um dilema de complexa solução já que sua decisão deve atender a expectativa de certeza jurídica, tanto em sua feição mais superficial quanto em sua concepção mais profunda, é dizer, deve atender a expectativa de que todo cidadão tem o direito de proteção jurídica, bem como a de que esta proteção não seja arbitrária e que a decisão que a manifesta seja substancialmente correta (AARNIO, 1991, p. 27), isto é, que tenha assento jurídico e extrajurídico (moral, social, etc.), permitindo assim que os cidadãos estejam habilitados a planejar suas vidas sobre bases racionais (AARNIO, 1991, p. 26). Para Aarnio (1991, p. 60), tem-se certeza jurídica quando as decisões judiciais demonstram satisfatoriamente a aceitabilidade racional das interpretações.

Neste cenário é que surge a responsabilidade do juiz no que pertine a adequada justificação de suas decisões. Aarnio defende, com razão, a posição de que não se pode mais

admitir que decisões judiciais estejam lastreadas em argumentos de autoridade. Ao contrário, cumpre ao magistrado proporcionar aos cidadãos a plena controlabilidade pública do conteúdo de suas decisões, já que a base para o exercício do poder pelo Judiciário assenta-se na aceitabilidade dos julgados e não simplesmente em uma justificação meramente formal.

Esta controlabilidade da justificação subjacente ao julgamento, garante por um lado, que o cidadão conheça em quais bases sua pretensão foi enfrentada, e por outro, que, num eventual recurso, o julgador de revisão tenha condições de compreender plenamente os motivos que serviram de baldrame para a decisão de base. Aarnio (1991, p. 29) alerta para o fato de que em países que contam com mecanismos de filtragem de acesso aos tribunais, mostra-se ainda mais fundamental deixar em evidência a justificação da decisão. É importante frisar que o autor entende que a questão da resposta correta não está restrita ao âmbito institucional, é dizer, não é apenas o juiz ou o administrador que tem o dever e a responsabilidade de em cada caso entregar a resposta juridicamente correta. A comunidade também espera que dogmática jurídica seja capaz de fornecer esta resposta acertada para cada caso concreto (AARNIO, 1990, p. 23).

Neste contexto, o finlandês faz questão de esclarecer que a tese em questão pode ser encontrada com vários contornos. Um enfoque bastante usual da tese da única resposta correta é o da adequação silogística da resposta, isto é, a coerência entre as premissas e a conclusão levada a efeito.

Aqui, a interpretação é analisada desde o ponto de vista interno, é dizer, como uma operação silogística. A conexão da premissa inferior com a superior através da subsunção conduz a interpretação “correta”. Aqui, pode considerar-se que a forma silogística é aplicada a descrição (heurística) da obtenção do resultado da interpretação ou a racionalização *ex post facto* (justificatória) da decisão (AARNIO, 1991, p. 211).

Sem embargo de ser o enfoque acima apontado bastante usual, Aarnio (1991, p. 212) prefere trazê-la para o debate dotando-a de um viés ideológico, o que induz a concepção da tese em três sentidos possíveis (AARNIO, 1991, p. 210), a saber: (i) num forte; (ii) num sentido fraco; e (iii) num sentido ideal.

Tem-se a tese num sentido forte quando afirma-se que a resposta correta existe e que sempre será encontrada, desde que o intérprete socorra-se das fontes do direito e realize sua tarefa de acordo com as diretrizes da interpretação jurídica (AARNIO, 1991, p. 210). Esta

concepção é adotada pelas teorias radicais do direito natural racionalista e da jurisprudência dos conceitos (AARNIO, 1990, p. 24).

A expressão “fonte do direito” é adotada pelo autor na obra em análise como sendo “toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação” (AARNIO, 1991, p. 123). No direito finlandês são consideradas fontes do direito: (i) a legislação; (ii) a história legislativa do texto legal; (iii) os costumes da comunidade; (iv) a jurisprudência; (v) os princípios gerais do direito e os valores; (vi) as opiniões doutrinárias; e (vii) as razões práticas (AARNIO, 1991, p. 123 e ss.).

No que diz respeito as diretrizes da interpretação jurídica estas podem ser constitutivas ou regulativas. Aquelas constituem as fontes do direito – as regras e os princípios –, estas definem o procedimento do discurso, isto é, as regras de interpretação e os modelos de argumentos (AARNIO, 1991, p. 141).

Num sentido fraco a doutrina da única resposta correta trabalha com a idéia de que, apesar de existir aquela resposta, nem sempre será possível encontrá-la. No seu sentido ideal admite-se a existência da resposta correta e simultaneamente nega-se, em princípio, a possibilidade de encontrá-la. Para esta última vertente a resposta correta funciona como um ideal, e como tal, nunca pode ser alcançada, funcionando como um “objetivo regulador de toda interpretação jurídica” (AARNIO, 1991, p. 210).

Explica o finlandês que inexistente a possibilidade de se chegar peremptoriamente a única resposta correta em função de que, existindo divergência entre participantes de um dado discurso jurídico acerca de qualquer dos elementos do silogismo, a justificação da decisão aplicada ao caso haverá necessariamente que transbordar a simples justificação interna da operação, isto é, não bastará que exista correlação lógica entre as duas premissas, maior e menor, possibilitando a simples inferência da conclusão. Neste caso, surge o questionamento “por que adotar a premissa *a* e não adotar a premissa *b*?”, situação em que as próprias premissas que dão lastro ao raciocínio haverão de ser argumentativamente justificadas, é o que se denomina de justificação externa, que busca suas diretrizes nas fontes do direito além da lei, ou seja, aquelas mencionadas nos itens (ii) a (vii) do parágrafo anterior.

Neste cenário fatalmente surgirão cadeias de silogismos para dar suporte adequado as decisões fornecidas como solução para o desacordo. Aarnio utiliza a feliz expressão “árvore silogística” para designar estas cadeias de estruturas argumentativas da justificação externa, para em seguida afirmar que o que de fato importa é a totalidade dos argumentos trazidos para o ambiente do debate, e será escolhido aquele conjunto argumentativo que demonstrar ser o mais coerente em face das fontes do direito e das diretrizes de interpretação. É o que Aarnio (1990, p. 28 e ss.) denomina de a “melhor justificação possível”.

Aarnio (1991, p. 241 e ss.) introduz então a noção de aceitabilidade racional das interpretações. Enfrentando analiticamente a noção proposta, o professor finlandês aborda a problemática da racionalidade em si. Neste contexto o autor esclarece que o conceito de racionalidade pode ser utilizado de diversas maneiras, por exemplo, racionalidade jurídica, racionalidade teleológica e racionalidade institucional. Tem-se racionalidade jurídica quando a justificação jurídica está atrelada a certas pautas de interpretação e baseada nas fontes do direito. Verifica-se mais facilmente a racionalidade teleológica ou finalista quando da interpretação de enunciados mais abertos em termos semânticos, já que, nestes casos, os fins assumem grande importância para a determinação dos contornos semânticos do enunciado interpretado. Já a racionalidade institucional é aquela baseada nas teorias dos sistemas, consubstanciando uma precondição de todo o raciocínio jurídico, trata-se do sentido interno da ordem jurídica.

Contudo, para o autor finlandês a noção de aceitabilidade racional não está voltada nem para o sistema de normas, nem para os fins, nem para os meios, nem tampouco para os processos psicológicos subjacentes a qualquer decisão judicial. A aceitabilidade racional trata-se de uma “propriedade do resultado final do procedimento de justificação jurídica” (AARNIO, 1991, p. 241). Esta aceitabilidade tem seu lastro teórico na racionalidade comunicativa habermasiana, e, portanto, está baseada no consenso, isto é, na mútua compreensão formada num âmbito de liberdade discursiva ideal, ou seja, livre de qualquer influência externa perniciosa dirigida contra os partícipes do discurso, tais como o desejo de persuasão, a manipulação e a indução deliberada ao erro (AARNIO, 1991, p. 243).

Esta situação ideal de liberdade discursiva assenta-se em três condições básicas para a comunicação, a saber: (i) verdade; (ii) correção normativa; e (iii) sinceridade (AARNIO, 1991, p. 244). Neste ponto Habermas diferencia a discussão teórica da discussão

prática. Aquela busca obter a verdade de um enunciado, enquanto esta se volta para a correção dos enunciados normativos. Estas discussões ideais sempre estarão submetidas a três regras essenciais: (i) toda pessoa madura tem o direito de participar de qualquer discussão; (ii) toda pessoa tem o direito de divergir de um enunciado formulado no âmbito da discussão e formular um contra-argumento de qualquer tipo; e (iii) não é lícito impedir, por qualquer meio, que alguém tome parte da discussão e lhe formule críticas (AARNIO, 1991, p. 245).

Ao lado destas regras fundamentais devem concorrer ainda dois princípios. Aarnio aponta que Habermas indica que devem influir o princípio da ética discursiva e o princípio da universalidade. Segundo o primeiro princípio serão “válidas aquelas normas que todo aquele que pertence a sua esfera de influência pode aceitar enquanto participante de uma discussão prática” (AARNIO, 1991, p. 245).

Aarnio (1991, p. 245) então alerta para o fato de que até o momento nenhuma das diretrizes invocadas trata da questão dos conteúdos normativos, ou seja, “deixa em aberto a questão de quais são as normas que podem receber aprovação geral”. Este aspecto é parcialmente preenchido pelo princípio da universalidade, já que segundo este, somente podem ser aprovadas as normas capazes de regular interesses mútuos.

Em se tratando de uma discussão prática, isto é, de um debate que não tem a pretensão de demonstrar a verdade de um enunciado, mas sim a sua correção, é de se ter em conta que todas as diretrizes apontadas são incapazes de garantir que as divergências sejam completamente eliminadas. Não é possível eliminar de um discurso racional prático a possibilidade de existirem duas ou mais conclusões igualmente válidas. Não é possível obter a última razão peremptória. Com base nesta robusta consideração, Aarnio introduz as noções de racionalidade-*L* e racionalidade-*D*. A primeira referida a coerência lógica interna do silogismo justificatório, ou seja, a perfeita correspondência entre premissas estatuídas e conclusão inferida. A última relacionada a análise da justificação das próprias premissas da justificação, como aduz Aarnio “a racionalidade conectada com o discurso” (AARNIO, 1991, p. 247).

Com base nestas variantes, o professor finlandês caracteriza a racionalidade como (i) racionalidade *strito sensu* e racionalidade *lato sensu*. Esta seria a somatória da racionalidade-*L* e da racionalidade-*D*. Aquela referida apenas a racionalidade-*L*. Fixada esta idéia o autor explicita que em suas especulações adota a acepção larga de racionalidade, e que, no que pertine a noção de aceitabilidade esta diz respeito ao conteúdo material da



interpretação. Assim, para que uma interpretação seja aceitável racionalmente deve (i) ser coerente no plano interno; (ii) obedecer as diretrizes do discurso racional e (iii) ser compatível com o sistema de valores da comunidade jurídica (AARNIO, 1991, p. 248).

Os meios para a aferição destes requisitos consubstanciam-se nas condições gerais do discurso racional, que se subdividem nos princípios e regras básicos da racionalidade-*D*, e nas regras da carga de prova.

No que pertine aos princípios e regras básicos da racionalidade-*D*, a análise inaugura-se pelas regras de consistência. Estas se aproximam da racionalidade-*L* e exigem que sejam respeitados os (i) princípios da não contradição interna; (ii) a lei do terceiro excluído e (iii) a regra de transitividade. Pela regra da não contradição interna não se pode admitir que um enunciado e sua negação possam coexistir. Segundo a lei do terceiro excluído, uma conclusão ou é verdadeira ou é falsa, inexistindo uma terceira alternativa possível. Já a regra da transitividade impõe que se um participante do discurso aceita os enunciados do tipo “Se A então B” e “Se B então C”, haverá necessariamente de aceitar o enunciado “Se A então C” (AARNIO, 1991, p. 254).

O segundo conjunto de regras a ser analisado é o das regras de eficiência. Estas dizem respeito ao necessário acordo linguístico entre os participantes do discurso. Todos os partícipes devem envidar esforços para que sejam adequada e consistentemente fixadas as cargas semânticas das expressões que subjazem ao debate, sob pena de ver o discurso que deveria desenvolver-se numa base de índole material, ser deslocado para um desacordo de natureza meramente linguística (AARNIO, 1991, p. 254).

Na sequência de sua investigação, Aarnio enfrenta o grupo de regras que ele denomina de regras de sinceridade. Aqui estão (i) o princípio da abertura subjetiva; (ii) a proibição de coação; (iii) o princípio da abertura material; (iv) a exigência de honestidade; e (v) a exigência de imparcialidade. Tem-se a abertura subjetiva quando se concebe que todo e qualquer falante que domine a linguagem na qual se desenvolve o discurso está habilitado a participar dele. Esta participação franqueada a comunidade não pode ser tolhida em seguida pela aplicação de qualquer forma de coação contra o partícipe do discurso. Destarte, os participantes devem ter sempre efetivada a sua liberdade em seu significado mais amplo no ambiente discursivo. Este discurso franqueado é que deve desenvolver-se com plenitude das

liberdades, deve lastrear-se em uma base material consistente e argumentativa. É o princípio da abertura material.

De sorte tal que a crítica sempre deve ser aceita no curso do debate. Não se está afirmando que a crítica deverá ser acatada em seu aspecto material, mas refere-se aqui a prática da crítica. Toda crítica dirigida ao discurso deve ser prontamente colocada a disposição da oposição de argumentos pelos demais partícipes. Isto induz ao entendimento de que deve prevalecer a autoridade do argumento e não o argumento da autoridade. Demais disso, a participação deve ser honesta, isto é, o participante não pode sustentar sua posição em um raciocínio sabidamente inválido.

Se o faz, pretende em verdade persuadir o auditório, sendo que o discurso racional serve ao convencimento em busca da formação de consenso, e não a persuasão. Encerrando o grupo em análise, Aarnio (1991, p. 255) aponta que a participação deve orientar-se pela imparcialidade, na medida em que o partícipe não pode limitar-se a introduzir no debate apenas argumentos em abono aos seus pontos de vista, mas também argumentos contrários a estas posições. De início isto pode até parecer estranho, mas se tem em mira que o objetivo é o consenso e não a persuasão, pode-se admitir a regra da imparcialidade (AARNIO, 1991, p. 256).

Em seguida o professor finlandês aborda a regra da universalidade das valorações e dos pontos de vista normativos. Trata-se do princípio da universalizabilidade de Robert Alexy, segundo o qual um partícipe do discurso somente pode propor normas que tem uma base justificatória que poderá ser utilizada como razão de decidir em todos os demais casos similares, inclusive naqueles em que o afetado for o proponente (AARNIO, 1991, p. 256).

Chega o momento então de abordar as denominadas regras de apoio. Segundo estas regras toda proposição há de ser justificada. Mas não é qualquer justificação que haverá de ser aceita pelos partícipes do discurso. A justificação deve repousar nas fontes do direito e deve mostrar-se coerente com o acervo das fontes. O problema aqui então é compreender o conceito de coerência. Para explicá-lo, o finlandês traça um paralelo entre a dogmática jurídica e as ciências empíricas. Nestas, os enunciados produzidos ou são verdadeiros ou são falsos. Um enunciado verdadeiro expressa a correspondência entre o conteúdo do enunciado e o objeto por ele designado no plano da experiência. É a noção de verdade enquanto correspondência. Já na dogmática jurídica, os enunciados são válidos ou inválidos. Neste

cenário não há que se falar em verdade dos enunciados, mas apenas em sua coerência. Para a caracterização da coerência, não basta o lastro evidente nas fontes do direito. A coerência não pode ser reduzida a qualidade do enunciado que tem lastro nas fontes do direito. Mais que isso, deve ser compreendida enquanto um aspecto relacional entre o enunciado normativo e as fontes que o sustentam, promovendo a credibilidade da justificação, na medida em que proporcionam uma percepção de indissociável imbricação entre a justificação e o material justificado.

Ultrapassados que foram os princípios e regras básicos da racionalidade-*D*, chega o momento de adentrar na análise das regras de ônus da prova. Estão subdivididas em dois grupos, as regras procedimentais e as regras materiais de ônus probatório. As regras procedimentais são três. A primeira dispõe que aquele que deseja alterar um determinado entendimento atrai para si o ônus argumentativo quanto a oportunidade, conveniência e necessidade da mudança. A segunda regra determina que este participante apenas terá o ônus de apresentar argumentos adicionais, caso sejam postos argumentos contrários a sua posição. Por fim, a terceira regra impõe que, caso algum participante apresente argumentos irrelevantes para a questão, este participe atrai para si a carga da prova e a de explicar os motivos que justificam a introdução do argumento dissonante. Esta regra funciona como uma contenção contra desvios discursivos linguísticos inúteis e inoportunos (AARNIO, 1991, p. 260).

Dando prosseguimento, Aarnio (1991, p. 261) apresenta duas regras materiais de ônus da prova. A primeira, que decorre do princípio da isonomia, estrutura-se no sentido de que quem pretende dispensar tratamento diferenciado a situações similares atrai para si o ônus de provar os motivos que determinam e autorizam este tratamento não equitativo. A segunda regra material do ônus probatório impõe que, se o participante justifica sua posição no histórico legislativo ou na prática dos tribunais, atrai para si o ônus de comprovar aqueles itens.

Diante do exposto, Aarnio afirma que estabelecer-se-á um discurso racional entre os participantes do debate – emissor e receptor da interpretação –, se foram respeitadas as condições gerais de racionalidade e as regras do ônus probatório. Mas Aarnio afirma ainda que todo este esforço analítico ainda não é capaz de fornecer a certeza de que determinada interpretação seja a correta, já que, além disso, devem ser considerados os valores e os juízos de valor.

Neste ponto de sua teoria, Aarnio assume abertamente a relatividade, defendendo a posição de que mesmo sendo relativa, a aceitabilidade racional não é arbitrária e essencialmente subjetiva. Esta afirmação assenta-se na noção de que, apesar de toda e qualquer pessoa poder entender como melhor lhe aprouver os conteúdos dos valores, se pretende participar necessariamente de uma dada comunidade haverá de tomar em conta as demais pessoas com as quais manterá relações intersubjetivas. “Tem que ser possível controlar publicamente os juízos de valor de uma pessoa” (AARNIO, 1991, p. 268). E o que o autor reputa ser o mais importante é que o referido controle também estará sujeito aos critérios impostos pela racionalidade-*D*.

Assim, as justificações dos juízos de valor deverão de se mostrar as melhores possíveis, e, para tanto deverão de se alinhar aos critérios comumente aceitos pela comunidade (AARNIO, 1991, p. 268). Neste sentido a aceitabilidade racional funciona como um princípio regulador da justificação jurídica que procurará proporcionar “aquelas interpretações que possam contar com o apoio de maioria em uma comunidade que raciocina racionalmente” (AARNIO, 1991, p. 186), deixando frisado que a maioria adotada pelo autor finlandês não é concreta, mas apenas e tão somente ideal. Aarnio defende que este relativismo axiológico é parte fundamental e indissociável da vida democrática que busca não mais do que bases aceitáveis a partir do ponto de vista da comunidade.

A aceitabilidade racional tem relevância num aspecto muito importante. Se a maioria dos membros da comunidade jurídica seguindo a racionalidade-*D*, chegaria a conclusão de que é racional e razoável aceitar a posição apresentada, então esta posição tem maior relevância social em *C* que qualquer outra posição correspondente (AARNIO, 1991, p. 287).

E, concluindo, é de se frisar que a referida relevância não encontra baldrame na força de argumentos persuasivos, ou em aspectos meramente formais, ou mesmo no simples argumento de autoridade. A relevância social da interpretação tem fundamento na “força racional da justificação”, satisfazendo na maior medida possível os anseios de certeza jurídica da sociedade democrática moderna.

## **2.2 Breves considerações acerca dos modelos apresentados**

A partir dos modelos apresentados no item anterior é possível tecer algumas considerações a título de arremate sobre o tema da racionalidade de nossos tempos.

A primeira observação cabível é de que nenhum dos autores ocupou-se de fornecer um modelo cunhado a partir de um viés pura ou preponderantemente procedimental. Em todos os modelos apresentados, apesar de os autores apontarem para a decisão judicial, o foco está fortemente arraigado num dos elementos estruturais da decisão, qual seja, a premissa maior do silogismo, a lei, que historicamente demonstrou trazer infundáveis problemas de ordem semântica e pragmática.

Não há dúvidas quanto ao fato de que o adequado preenchimento da carga de significações possíveis dos enunciados prescritivos integrantes do sistema jurídico mostra-se como atividade de imensa importância, mas a racionalidade jurídica não se esgota nesta tarefa de atribuição de sentido, isto é, o problema não se esgota no plano da normatividade. O horizonte da desejada racionalidade está mais além. A questão deve ser enfrentada no plano da facticidade jurídica, ou seja, é no plano da aplicação do direito que a racionalidade se converterá em problema efetivo, já que o julgador atribuirá ao sistema de direito posto o grau máximo de densidade normativa promovendo o encontro da dimensão normativa do fenômeno jurídico com a dimensão da experiência interferindo efetivamente na órbita dos direitos dos cidadãos, e assim, determinando novos rumos nas vidas das pessoas entrelaçadas juridicamente, bem como para o restante do auditório que adota os julgamentos de casos concretos como paradigmas comportamentais.

Assim, se a atribuição de um arcabouço de significações a um determinado enunciado prescritivo traduz uma decisão (interpretação), a decisão judicial não se resume a esta. A interpretação dos enunciados prescritivos deve obedecer aos critérios de racionalidade, mas a sentença ou o acórdão também devem estar balizados pelos referidos critérios, na medida em que trazem em si a porção prescritiva do enunciado individual e concreto, materializando a experiência jurídica em sua inteireza fenomênica.

De nada adiantaria a construção de uma interpretação brilhante acerca dos conteúdos semânticos de um determinado enunciado prescritivo, se no curso do processo, ou seja, se na fase preparatória do provimento fossem desrespeitadas regras processuais básicas como, por exemplo, aquelas atinentes a oitiva de testemunhas ou as relativas a publicidade dos atos processuais. Da mesma forma, de nada adiantaria o exaurimento da atribuição de

sentido aos enunciados alocados na base normativa de uma decisão, acompanhado de absoluto respeito aos preceitos de índole processual, se a decisão entregue fosse absolutamente divorciada deste histórico que a antecedeu. Desta forma, o produto da somatória da interpretação dos enunciados eleitos para ocupar o posto de premissa maior do silogismo, bem como, o absoluto respeito às regras de tramitação processual, devem estar enunciadas no resultado deste complexo processo de produção do enunciado prescritivo individual e concreto denominado decisão, para que seja possível a aferição e a controlabilidade de sua racionalidade, e assim, esteja garantida a efetividade do direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais.

Restou demonstrado linhas acima que em nosso tempo não mais é possível apartar do fenômeno jurídico, nem a complexidade, nem a contingência. A interminável possibilidade do novo e a constante possibilidade da frustração das expectativas não podem converter-se em motivo para que o fenômeno jurídico caia na vala nefasta do relativismo pleno ou do anarquismo metodológico (CARVALHO, 2008, p. 160).

Considerando assim que complexidade e contingência devem interferir e de fato interferem na produção de conhecimento sobre o mundo circundante, há de se considerar que às vezes aquilo que para um sujeito caracteriza um irretorquível julgamento, para outro traduz absoluta teratologia. Neste sentido, o problema está no ponto de partida para a observação, análise e crítica da decisão. O problema persiste porque o viés adotado é individualista, e enquanto a análise fincar-se no padrão subjetivo individual, aquilo que para um “é”, não necessariamente o “será” para o outro. A possibilidade de convergência de opiniões é extremamente reduzida e o dissenso induz à crença de que os sujeitos relacionados estão agindo sem razão.

Não há mais espaço para aquela idílica racionalidade puramente objetiva, é dizer, uma observação pura, capaz de atingir a essência do objeto observado, independentemente dos preconceitos e convicções pessoais do sujeito cognoscente. Hoje tem lugar uma nova racionalidade que deve poder ser controlada e criticada pelos vários sujeitos cognoscentes integrantes do auditório que estará direta ou indiretamente interessado na decisão lançada, por habitar simultaneamente as subjetividades relacionadas, que compartilham de um mesmo padrão perceptivo cognoscente submetidos a uma tensão dialética, e que buscam compartilhar aquilo que conseguem apreender do objeto cognoscível sem a pretensão da plenitude da

objetividade pura. Atualmente aspira-se por uma racionalidade portadora de propensão a objetividade.

Demais disso, se fatalmente as subjetividades integrarão os juízos manifestados nas decisões judiciais, o que se espera é que estas não preponderem. A aspiração é de que o juízo ingresse no plano jurídico portando acentuada nota de alteridade, isto é, de consideração do outro, além do sujeito construtor e prolator do juízo.

Para encerrar, há de se ter em conta que integra a aspiração de racionalidade a possibilidade de controlabilidade pública dos fundamentos do juízo expedido. Equivale dizer, espera-se que aquele que tem a função de decidir decline expressa e sinceramente as suas razões de decidir, e que aqueles encarregados de revisitar estas razões respeitem a impulso recursal e efetivamente exerçam efetivo controle sobre aquelas razões, novamente declinando as razões de decidir desta segunda manifestação de juízo.

É importante ressaltar ainda, que aqui não está sendo proposto um modelo procedimental para a formulação de decisões judiciais. Longe disso. O que integra o escopo do presente escrito é a simples sistematização de critérios a serem utilizados na aferição da racionalidade do produto do procedimento decisório. Como o juiz deve elaborar o texto que enuncia uma decisão, isto é um enfoque não alcançado por esta dissertação. Se quem decide prefere primeiro passar pela lei, para em seguida descer aos fatos, para que assim seja possível vislumbrar as consequências jurídicas imputáveis à relação conflituosa; ou se diante das argumentações apresentadas pelos advogados, o juiz cria uma “pré-decisão”, que será então submetida a um teste de refutabilidade sistêmico (ATIENZA, 2006, p. 23); tudo isso não vem ao caso. O que importa para este texto frise-se, é criar condições de analisar o produto das reflexões do julgador sobre determinado problema que lhe foi submetido à apreciação e aferir se este produto é racional ou não. Em síntese, o foco é o texto final da decisão e não o procedimento de sua formulação.

### **2.3 A decisão judicial enquanto enunciado prescritivo racional e correto**

Ultrapassada que está a questão da racionalidade em nossos tempos, é hora de responder a seguinte pergunta: O que é uma decisão judicial?

Seguindo o padrão metodológico que vem sendo levado a efeito ao longo deste trabalho, entende-se que a fixação de um conceito para a categoria em exame será extremamente útil para a compreensão de nossas especulações.

A doutrina processual mais tradicional vê a decisão como ato do juiz. Este perfil teórico está incorporado ao Código de Processo Civil, no Livro I, Título V, Capítulo I, Seção III, intitulada “Dos atos do juiz”. Na linha de entendimento de que decisão é ato estão, por exemplo, Chiovenda (1969, p. 28 e ss), José Frederico Marques (1962, p. 315 e ss.) e Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 228). Estes mesmos juristas entendem que o referido ato reveste a manifestação concreta da lei.

Atualmente critica-se este entendimento de que a decisão seja ato do juiz, chamando a atenção para o fato de que a decisão por ter que necessariamente contar com a plena participação das partes em sua formulação. Em verdade, o fato jurídico “decisão” haveria perdido a sua natureza de “ato”, para assumir a feição de “provimento extraído processualmente da rede de conteúdos normativos de um ordenamento jurídico” (LEAL, 2002, p. 89).

A celeuma parece estar em que o vocábulo “ato” traz em si a noção estreita de ação isolada e absolutamente autônoma a ser trazida à luz pelo esplendor da racionalidade ínsita de julgadores monolíticos, neutros e soberanos, ao passo que, em direito democrático, a noção de “provimento” traz em si a idéia mais abrangente de plena e preponderante participação, sobretudo, dos interessados na produção do ato. O vocábulo “ato” traduz uma noção mais restrita do fato, ao passo que “provimento” lhe empresta um sentido mais amplo, tudo isso no que pertine à participação dos atores processuais na sua produção. “Ato”, o fato jurídico levado a efeito pelo juiz, e “provimento”, o fato jurídico concretizado procedimental ou processualmente, e, portanto, com a participação dos legitimados.

Mas se o vocábulo fosse pesquisado em sua origem filosófica, o debate acima mencionado perderia o sentido, pois, filosoficamente enfrentando o tema, o vocábulo “ato” pode traduzir tanto a ação concreta, quanto o movimento em direção a ela. Aquilo que Aristóteles, segundo Abbagnano (2007, p. 91), dividia em ato e potência. Eis um exemplo.



Respirar, enquanto a entrada de ar em nossos pulmões, consubstancia uma ação concreta. Mas no mesmo fenômeno de respirar vislumbra-se o movimento, uma sequência de movimentos de diversas partes do corpo humano no sentido de abastecer de oxigênio o organismo. No primeiro caso, o ato; e no segundo, a potência. Assim, o ato do juiz consistente em uma decisão pode corresponder tanto ao movimento em direção ao produto final da ação, quanto ao ato final propriamente dito. Em linguagem jurídica, o vocábulo decisão pode referir-se às atitudes levadas a efeito pelos atores do procedimento com vistas a construir uma decisão, deixando aqui consignado que o objetivo do procedimento não é a obtenção da decisão, mas a concretização do tratamento jurídico da questão deduzida perante o Poder Judiciário; mas também pode ser utilizado para nominar o ato final da fase procedimental decisória.

Para o que interessa aos objetivos deste escrito, a decisão judicial pode ser concebida como um *enunciado prescritivo concreto e, individual ou geral, que resultante de um procedimento ou de um processo, e que portadora de pretensão de correção demonstrável pela indispensável manifestação expressa de seus motivos, põe termo a uma pretensão procedimental intermediária, a uma fase procedimental ou ao procedimento em si, em qualquer caso solucionando um determinado problema prático.*

Seguindo a trilha metodológica de momentos anteriores, uma vez proposto um conceito, este deve ser desdobrado analiticamente a fim de que se possa conhecer e compreender em que bases está ele construído. Deste modo, para a compreensão da afirmação de que a decisão judicial é um enunciado prescritivo individual e concreto resultante de um procedimento, parece-nos fundamental passar pelas noções semióticas de enunciação, enunciação-enunciada, enunciado-enunciado e enunciado, sendo que esta última categoria já foi acima tangenciada quando da proposição de um conceito para direitos fundamentais (item 1.2.1.6).

A enunciação consubstancia-se nos atos de produção do enunciado (texto). Estes atos em si considerados são efêmeros e esvaem-se no tempo/espço de sua existência já que não apreensíveis pela condição humana. O máximo que o homem consegue em relação aqueles acontecimentos é sobre eles formular registros. O fato “falar” é inapreensível materialmente pela condição humana. Quando alguém fala registramos em nossa memória o conteúdo do que foi falado, ou utilizamos uma mídia qualquer para o registro, p.e., o papel com uma transcrição, um CD, um *pen drive*. Mas o registro ali à nossa frente, por mais

fidedigno que seja em relação ao fato ocorrido, não representa o fato em si, mas apenas e tão somente um registro do ocorrido. Estes registros, conversões lingüísticas de marcas das ocorrências fáticas, em especial, aqueles registros relativos as informações sobre a autoria do texto, bem como às indicações do tempo e espaço de expedição, constituição e transmissão do discurso, traduzem o que em semiótica denomina-se enunciação-enunciada. Mas num texto podemos encontrar, além das marcas de autoria, espaço e tempo de produção (enunciação-enunciada), porções textuais, mensagens, que não guardam relação lógico-dedutiva daquelas marcas. A estas mensagens denomina-se enunciado-enunciado. Ao suporte físico da enunciação-enunciada e do enunciado-enunciado denomina-se, simplesmente, enunciado. (MOUSSALLEM, 2005, 106 e ss.)

Aplicando então aquelas noções ao instituto da decisão judicial, temos que necessariamente, tudo o quanto os atores processuais realizarem e que pretenderem ver apreendido juridicamente haverá de ser convertido em linguagem jurídica competente e apreendido por veículo comunicacional hábil, sob pena de não poder ser considerado efetivamente como elemento de convicção na formulação da decisão.

Neste sentido, considerando (1) que a decisão deve demonstrar expressamente as marcas de autoria (competência – juiz – e legitimidade processual – partes), bem como as condicionantes de espaço, tempo e discurso relativas aos fatos subjacentes a questão deduzida judicialmente; e ainda (2) que a decisão deve conter elementos textuais direcionados a interferir nas órbitas jurídicas dos sujeitos entrelaçados no âmbito do procedimento; temos respectivamente a enunciação-enunciada (1) e o enunciado-enunciado (2), ambos no invólucro do enunciado (suporte físico), a decisão enquanto ato final do movimento.

O segundo elemento do conceito proposto é a prescritividade do enunciado, e esta decorre dos mesmos fundamentos já mencionados linhas acima (item 1.2.6) durante a exposição do conceito de direitos fundamentais. Assim, este enunciado não tem o escopo de, pura e simplesmente, descrever algo ou alguma situação pretérita e/ou futura. Mais que isso, este enunciado, portador de altíssima densidade semântica, alocado no remate do percurso de formação discursiva do sentido da mensagem deontica institucionalmente expedida, tem a finalidade de manter ou mudar o curso jurídico das vidas envolvidas proceduralmente.

A individualidade ou generalidade e a concretude proceduralmente construídas correspondem ao terceiro elemento do conceito proposto. Já foram abordados na primeira

parte deste trabalho os intervalos lógicos geral/abstrato e individual/concreto do fenômeno jurídico (item 1.2.5). Lá a análise estava focada na primeira dimensão (pré-incidência), aqui os olhares estão na segunda dimensão fenomênica (pré-incidência).

A decisão judicial que nos interessa traduz aquilo que o Professor Paulo de Barros Carvalho denomina de processo de positivação do direito (1998, p. 34). Expliquemo-lo, em apertadíssima síntese.

O sistema jurídico “X” contém o enunciado “Y” segundo o qual uma vez realizada a conduta “W”, deverá ser-lhe imputada a consequência “Z”. O cidadão “A” realiza a hipótese normativa do enunciado “Y”, i.e., a conduta “W”, o que importa em interferência prejudicial ao acervo de direitos do cidadão “B”. “B” então deduz uma pretensão de reparação jurídica material e/ou moral em face de “A”, o que o faz com arrimo no enunciado “Y” que integra o sistema jurídico “X”.

Este embate ocorre no ambiente espaço-temporal do processo e deverá contar com a plena, isonômica e substancial participação dos envolvidos no fluxo discursivo de informações direcionadas à instituição encarregada de filtrá-las e, inexoravelmente, com base nestas mensagens, formular o enunciado prescritivo que definirá os contornos e o conteúdo da situação jurídica inovadora ou não da realidade que será incorporada ao acervo jurídico dos envolvidos. Eis o direito aplicado ao caso concreto, direcionado a sujeitos de direito precisamente identificados, individual ou coletivamente. Eis aqui surgido o enunciado prescritivo individual e concreto que permite aos intérpretes formular a norma jurídica de mesmo quilate. Eis o direito em máxima densidade normativa prestes a exaurir o ciclo da normatividade.

A decisão jurídica que nos interessa é a judicial, e não aquelas havidas nos processos legislativo e administrativo. Não que o que aqui se debata não seja aplicável em grande medida e especialmente ao processo administrativo. Mas o fato de nosso sistema jurídico adotar o sistema de jurisdição una, que dá a decisão jurídica prolatada no âmbito de um processo judicial a carga de *ultima ratio*, é aspecto que traz consequências marcantes para esta decisão.

Prosseguindo tem-se que esta decisão judicial pode ser prolatada tanto em procedimentos quanto em processos, isto é, em encadeamentos de atos jurídicos verificados

em ambiência institucionalizada que não contam com o dado essencial da conflituosidade subjacente a pretensão deduzida perante o Poder Judiciário, bem como em situações que contem com aquela conflituosidade, e que, por isso mesmo, atraem a incidência de todo o acervo principiológico processual constitucional, especialmente a tríade do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A decisão judicial haverá de declinar necessária, expressa e claramente com base em quais motivos chegou-se a conclusão nela lavrada. E isto não só por conta do disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, mas, acima de tudo, pois, sem motivação expressa e clara, fica prejudicado mortalmente o devido processo legal, entendido nos moldes alinhavados por Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 94), isto é, na tríade da isonomia, ampla defesa e contraditório.

Motivar a sentença é demonstrar inequivocamente com base em quais premissas fáticas e legais construiu-se o silogismo decisório. Segundo José Frederico Marques (1962, p. 513) “trata-se de operação delicada e complexa, em que o juiz fixa as premissas da decisão após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis”.

Prosseguindo então no enfrentamento analítico do conceito proposto, afirmou-se que a decisão judicial põe termo (1) a uma pretensão procedimental intermediária, (2) a uma fase procedimental ou (3) ao procedimento em si.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 228 e ss.) classifica os atos do juiz em decisórios e não-decisórios. Aqueles portadores de características deliberativas e/ou de comando, enquanto que estes traduzem simples manifestação de função administrativa processual. Os atos decisórios seriam, por seu turno, classificados em atos decisórios propriamente ditos e atos de execução. Nos atos decisórios propriamente ditos o objetivo seria “preparar ou obter a vontade concreta da lei no caso *sub judice*”, ao passo que nos atos de execução busca-se a “realização efetiva da mesma vontade, através de providências concretas sobre o patrimônio do devedor para a satisfação do direito do credor”.

Analisando o texto do Código de Processo Civil, o processualista tijucano afirma que o art. 162 enumera e classifica os “atos decisórios” do juiz. Deste modo os referidos atos seriam as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos. As sentenças seriam atos

decisórios que importam em alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do Código, a saber, respectivamente, extinção do processo sem resolução de mérito e com resolução do mérito. Já as decisões interlocutórias caracterizam atos do juiz que, no curso do processo, resolve questão incidente. Por fim, os despachos seriam todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. Mais adiante, contudo, analisando os despachos, o processualista mineiro afirma que com estes nada se decide, servindo os referidos atos apenas e tão somente para impulsionar o processo (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 230).

Aqui, analisando o sistema normativo processual civil em vigor, identificaremos que as decisões são gênero do qual são espécies as sentenças, as decisões interlocutórias, as decisões monocráticas e os acórdãos.

Sentença é a decisão prolatada por um juiz singular que põe termo a tramitação processual de 1ª instância com ou sem apreciação meritória. Apesar de o texto legal dispor que a sentença extingue o processo, em verdade, com a sentença não necessariamente verificar-se-á a aludida extinção, já que é garantida às partes, a prerrogativa de alçar sua pretensão ao segundo grau de jurisdição mediante a interposição de recurso de apelação. Assim, a sentença não necessariamente extingue o processo, mas certamente encerra uma fase procedimental, qual seja, a fase de apreciação singular da pretensão.

As decisões interlocutórias servem à solução de controvérsias processuais intermediárias indispensáveis ao regular andamento processual democrático. Exemplo clássico de decisão interlocutória tem-se com a manifestação do juiz acerca da indicação pelas partes das provas que pretendem produzir. Ao enfrentar este pedido de produção probatória, cabe ao juiz decidir a questão deferindo a produção das provas que se demonstrem úteis ao deslinde da questão principal e indeferindo aqueles que sejam inúteis a tanto.

As decisões monocráticas são aquelas prolatadas individualmente por magistrados de segunda instância ou instâncias especiais, que exercendo a função de relator (1) analisam os pressupostos de admissibilidade recursal, admitindo-o ou negando-lhe seguimento; (2) que analisam questões recursais incidentais, tais como, a concessão de gratuidade judiciária, ou a que avalia os efeitos em que a apelação é recebida; e (3) que analisam meritariamente a questão deduzida no recurso, como, por exemplo, na hipótese do art. 557, §1º-A do CPC.

Acórdãos são quaisquer decisões tomadas colegiadamente em segunda instância ou instâncias especiais.

Para encerrar o enfrentamento analítico do conceito de decisão proposto nesta dissertação, há de se enfrentar a afirmação de que aquelas decisões servem à solução de problemas práticos.

Pois bem, problemas “são proposições demonstráveis que exigem provas ou expressam uma ação cujo modo de execução não é imediatamente certo” (KANT *apud* ABBAGNANO, 2007, p. 797). Não necessariamente está-se referindo aqui à dúvida, mas sim ao que Dewey afirmou ser “a situação que constitui o ponto de partida de qualquer indagação, ou seja, a situação *indeterminada*” (*apud* ABBAGNANO, 2007, p. 797).

A proposição kantiana ou o ponto de partida de Dewey, enfim, o problema, é prático porque relacionado à determinação da vontade e do agir (REALE E ANTISERI, 2005, p. 378 e ss.). É como já foi anteriormente defendido, ou seja, o direito apenas se justifica se utilizado de forma a interferir na realidade das relações intersubjetivas, garantindo ou efetivando as expectativas normativas institucionalizadas. Daí que a decisão judicial serve a este fim, o de converter em linguagem competente as soluções racionalmente apontadas para a solução de problemas da vontade e da ação, dispondo em máxima densidade semântica se algo está proibido ou permitido a alguém, ou se a ação ou omissão lhe são obrigatórias.

Esta decisão enquanto enunciado prescritivo geral ou individual e concreto deve ser introduzida no sistema jurídico, com aquela estrutura do silogismo aristotélico, qual seja, a premissa maior, a premissa menor e conclusão.

Tratando da premissa maior do enunciado prescritivo materializador da decisão judicial, pode-se aduzir que, ao ser convocado a manifestar-se pela dedução das partes litigantes, cabe ao juiz selecionar no sistema jurídico a que está adstrito, aqueles enunciados prescritivos que poderão servir de base para a formação da premissa maior. Pinçados estes enunciados no seio do sistema jurídico, o juiz haverá de desenvolver ou até mesmo construir o conteúdo de significação dos mesmos, i.e., deverá o juiz externar claramente a norma jurídica que ocupará a função de premissa maior de seu silogismo.

A toda evidência esta empresa não pode divorciar-se do sentido possível dos vocábulos lançados pelo legislador no seio dos enunciados. Ora, o Direito é objeto cultural

que se manifesta em linguagem. Assim, há de tomar de empréstimo a língua pátria do povo que dele se servirá para que edifique entendimento a todos os seus destinatários, inclusive, ou melhor, preferencialmente, ao cidadão não possuidor de conhecimento jurídico especializado, sob pena de assim não sendo, correr-se o risco de ineficácia normativa.

Nesse contexto, a imprecisão natural da língua comumente utilizada acaba por ser inserida no texto legislado forçando o magistrado a enveredar-se na tarefa hermenêutica. Esta tarefa deve ser orientada por um enfrentamento sintático, semântico e pragmático do enunciado prescritivo (FERRAZ JR, 2006).

O enfrentamento sintático impõe que os enunciados prescritivos selecionados no seio do sistema jurídico para ocupar o posto de premissa maior haverão de ser interpretados levando-se em conta as relações com a sua ambiência, ou seja, com os demais enunciados prescritivos que co-habitantes do referido sistema jurídico.

Já o enfrentamento de caráter semântico equivale a aferição da congruência entre o enunciado prescritivo e aquelas entidades ou situações às quais ele pretende significar. Por fim, o enfrentamento pragmático corresponde à relação entre enunciado e os utentes deste enunciado, em outras palavras, como os destinatários dos referidos enunciados pretendem ou devem utilizá-los observando-se, evidentemente, aspectos axiológicos e teleológicos subjacentes aos textos legislados.

Cabe ao juiz então aferir se os enunciados prescritivos selecionados detêm validade, vigência, eficácia técnica e congruência material, para em seguida dar início à delimitação ou construção de seus possíveis conteúdos de significação.

Na tarefa de preenchimento semântico da premissa maior do silogismo podem ocorrer percalços diversos, situação em que o juiz haverá de lançar mão das ferramentas hermenêuticas fornecidas pelo próprio sistema jurídico. No caso brasileiro, por exemplo, pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seus artigos 3º, 4º e 5º. Haverão de ser empregados, igualmente, os métodos tradicionais de interpretação jurídica.

A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica) (BARROSO, 2010, p. 292).

Ocorrerão situações em que os métodos tradicionais de interpretação acima apontados apresentar-se-ão insuficientes para o adequado preenchimento do conteúdo de significação dos enunciados prescritivos candidatos a ocupar o posto de premissa maior do silogismo jurídico. Nestas hipóteses, considerando-se que a temática envolvida refere-se a direitos fundamentais, e, portanto, em regra está alocada constitucionalmente, entram em cena os princípios jurídicos constitucionais, sejam eles os instrumentais, sejam eles os materiais (BARROSO, 2004).

Uma vez ultrapassada a premissa maior, deve ser construída a premissa menor do silogismo jurídico, i.e., a sua base fática. É a fase do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Às partes haverá de ser oportunizada a oferta do máximo de informações acerca dos fatos que sustentam haver ocorrido e que dão respaldo às suas pretensões. Todas as modalidades probatórias, desde que pertinentes ao caso, haverão de ser utilizadas pelas partes litigantes, cada qual em estrita observância de seu ônus probatório nos exatos termos da legislação processual civil em vigor.

Cabe ao julgador, quando da prolação de sua decisão, fazer vasta referência aos fatos catalisadores de sua decisão, seja referindo-se detalhadamente aos fatos que considerou comprovados, declinando os elementos probatórios que o conduziram ao convencimento quanto à ocorrência fática subjacente; seja desenhando os contornos fenomênicos dos fatos mencionados.

Tais cuidados são indispensáveis à decisão, pois, se há um forte e indispensável apego à construção semântica das hipóteses normativas alocadas na premissa maior do silogismo, da mesma forma deve concorrer um apego no esquadramento dos fatos a serem alocados na premissa menor do silogismo. Tudo em função do fato de que é da comparação entre estes dois aspectos é que será ou não autorizada a incidência da norma no caso concreto.

O detalhamento da hipótese alocada na premissa maior e do fato jurídico instalado na premissa menor, acoplados pela subsunção, é que abre a possibilidade do entrelaço entre as dimensões existenciais do direito, ou seja, a aproximação do dever-ser e do ser.

Definidas estrutural e semanticamente as premissas maior e menor do silogismo judicial, é chegada a hora de definir qual a consequência será aplicada ao caso concreto. Aqui surgem problemas de variadas nuances. Normalmente não são verificados maiores problemas



hermenêuticos em relação à formação conceitual do teor do conseqüente normativo. O que não exclui a possibilidade de necessidade de utilização de ferramentas hermenêuticas.

Assim, primeiramente devem ser identificados ou construídos os possíveis significados destes conseqüentes. Aqui devem ser levados a efeito os mesmos critérios interpretativos mencionados na abordagem relacionada à premissa maior silogística. Uma vez definidos os significados possíveis, cabe ao intérprete escolher dentre estes significados, qual aquele que melhor resolve o caso concreto deduzido. Considerando que o direito é um objeto cultural, fruto da abstração racional humana, que foi concebido e criado pela e para a humanidade com vistas a prevenir e solucionar conflitos de interesses, não pode desvincular-se demasiadamente da realidade a que serve, sob pena de perder seu sentido existencial.

Eis, portanto, a estrutura completa da decisão judicial lançada ao interior do sistema jurídico, pronta a interferir efetivamente no universo das condutas humanas. Todavia, tudo o que foi enunciado até então ainda não é suficiente para que esteja garantida a racionalidade desejada do enunciado decisional. No próximo capítulo será proposta uma sistematização de critérios de aferição da aludida racionalidade decisória e, portanto, um rol não exaustivo de critérios, aptos a proporcionar a efetividade do direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais insculpido no art. 93, IX da Constituição federal.

### 3 A AFERIÇÃO DA RACIONALIDADE DECISÓRIA

Tudo o quanto foi até agora afirmado não está suficientemente organizado a permitir a aferição da racionalidade da decisão judicial, traduzindo apenas um amontoado de informações acerca de possibilidades de caminhos a serem percorridos em direção aquela racionalidade. A construção das premissas maior e menor e a definição das consequências são o detalhamento do método de construção da decisão. A aferição da racionalidade está próxima, quando se tem uma decisão que pode ser dada ao caso concreto. Mas afinal, como é possível esta aferição de racionalidade? Quais os mecanismos a disposição da coletividade para levar a efeito aquela propalada controlabilidade pública das decisões?

A decisão tem de traduzir um todo lógico, equivale dizer, um corpo textual portador de significação jurídica que seja coerente interna e externamente. O que se está a afirmar é que a decisão deve ser lógica em si mesma, e que, além disso, deve manter relação de coerência com o seu contexto imediatamente próximo, o sistema jurídico, e como o seu contexto mediamente próximo, o contexto social, já que materializadora de norma jurídica individual e concreta. É esta coerência interna (lógica) e externa (imediata e mediata) o que denominamos de racionalidade decisória, aferível a partir do enfrentamento de alguns critérios, como os a seguir mencionados:

- 1) Validade, eficácia e vigência do enunciado prescritivo consubstanciado na decisão judicial;
- 2) Validade, vigência e eficácia dos fundamentos legais da decisão;
- 3) Alinhamento das interpretações a pauta de valores jurídicos da comunidade política;
- 4) Fundamentação decisória estruturalmente adequada;
- 5) Preservação dos princípios jurídicos invocados e eventualmente colidentes;
- 6) Enunciação da procedimentalidade efetivada na preparação do provimento;
- 7) Alinhamento com as decisões precedentes;
- 8) Alinhamento teórico da decisão;
- 9) Universalizabilidade da decisão;
- 10) Possibilidade de recondução normativa da decisão; e
- 11) Congruência empírica da decisão.

Neste escrito não existe a pretensão de esgotar a possibilidade de indicação de outros critérios de aferição da racionalidade decisória judicial. Com o elenco de critérios acima estruturado pretende-se apenas sistematizar aquilo que já foi alvo de profícuas investigações pela teoria jurídica contemporânea.

Estes critérios serão a seguir enfrentados, a fim de que se possa constatar a sua utilidade prática para efeitos de controle da racionalidade decisória, e assim, possam servir a efetividade do direito fundamental a justificação racional das decisões judiciais.

### **3.1 Validade, eficácia e vigência do enunciado prescritivo consubstanciado na decisão judicial**

Defende-se aqui a idéia de que não apenas os enunciados prescritivos gerais ou individuais e abstratos habitam o sistema jurídico e estariam sujeitos ao referido controle, mas também os enunciados prescritivos individuais ou gerais e concretos, como, por exemplo, as decisões judiciais, as decisões exaradas em processos administrativos, e mesmo os contratos regularmente firmados pelos particulares. Este também é o entendimento manifestado pelo Professor Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 172/173):

[...] o território das condutas intersubjetivas, campo de eleição do direito, sendo, como de fato pensamos ser, a realidade jurídica por excelência, é construído pela linguagem do direito positivo, tomado aqui na sua mais ampla significação, quer dizer o conjunto de enunciados prescritivos emitidos pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Administrativo e também pelo setor privado, este último, aliás, o mais fecundo e numeroso, se bem que de menor hierarquia que as outras fontes. São tais enunciados articulados na forma implicacional das estruturas normativas e organizados na configuração superior de sistema; eles, repito, que *são, formam, criam e propagam a realidade jurídica*.

Como já afirmado linhas acima, entende-se a decisão judicial como um enunciado prescritivo geral ou individual e concreto. Este enunciado, ao ser produzido é lançado num contexto que é denominado de sistema jurídico. Como tal, o referido enunciado também está sujeito a análise tradicional de sua validade, eficácia e vigência.

Neste escrito manifesta-se o entendimento de que cada uma das categorias acima mencionadas tem os seus próprios contornos lógicos, e, via de consequência, são

conceituáveis isoladamente, embora existam na realidade jurídica de forma absolutamente imbricadas, até por que traduzem qualidades oriundas da mesma entidade, qual seja, o enunciado prescritivo. Esta observação é cabível na medida em que percebe-se que ao longo da evolução da teoria jurídica, vários autores acabaram por proporcionar uma miscelânea entre estas categorias, no mais das vezes reduzindo um ao outro, ou explicando um pelo outro, o que, evidentemente, acabou por provocar prejuízos relevantes na compreensão do fenômeno jurídico, especialmente em se considerando que estas observações eram dirigidas a porção nuclear do fenômeno, os enunciados prescritivos. Daí, para transpor estes equívocos para todo o sistema, bastava um nada.

Destarte, desde já firma-se a premissa de que validade, eficácia e vigência são categorias distintas e que devem ser compreendidas cada uma delas por si, e não em confronto com as outras.

Outra premissa a ser bem fixada é a de que sendo o enunciado prescritivo, isto é plano da expressão do fenômeno jurídico (CARVALHO, 2008, p. 183), o ponto de partida das análises aqui empreendidas, todas as categorias investigadas devem ser ancoradas neste plano, o que não quer dizer que elas estejam reduzidas e confinadas ali. Por óbvio que o que se está a levar a efeito é apenas uma opção epistemológica a fim de facilitar a compreensão dos objetos analisados, para, a partir do conhecimento construído, tentar compreender os seus desdobramentos práticos.

Primeiro será enfrentado o problema da validade. Em seguida será a vez da eficácia. Por fim, a vigência será o tema analisado.

O problema teórico da validade é histórico. Tratar do problema da validade traz a necessidade de visitar a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, e lá a validade é compreendida enquanto enlaçamento de uma norma inferior com uma norma superior. A validade não é um dado em si, mas traduz uma relação de fundamento. A norma inferior só é considerada norma em função de seu fundamento de validade, qual seja, uma norma que lhe encima, a norma superior.

Toda a ordem jurídica é estruturada com base nesta idéia, desde as fundações do edifício jurídico até o seu cume e além dele, verifica-se este enlaçamento, uma norma inferior que busca fundamento de validade na norma imediatamente superior e assim por diante, até

que se chega a norma hipotética fundamental pressuposta (*grundnorm*). O fundamento de validade último de todo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Kelsen (1998, p. 136):

Premissa maior e premissa menor, ambas são pressupostos da conclusão. Porém apenas a premissa maior, que é uma proposição de dever-ser, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de dever-ser. Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. A proposição de ser que funciona como premissa menor é apenas *conditio sine qua non* relativamente à conclusão. Quer dizer: o fato da ordem do ser verificado (afirmado) na premissa menor não é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão.

Para o jurista italiano Norberto Bobbio o problema da validade de uma norma diz respeito a existência da norma enquanto tal, é dizer, uma norma será válida se ela existir enquanto tal. Para averiguar esta existência são necessárias três operações:

1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou tinha o *poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer que *ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras) (BOBBIO, 2001, p. 46 e 47).

Deste modo, para Bobbio o problema da validade é de natureza ontológica, já que depende fundamentalmente daquilo que se entende por direito.

Jerzi Wróblewski, mencionado por Aulis Aarnio (1991, p. 71 e ss.) aduz que o problema da validade é tratado teoricamente em três frentes, a saber: validade sistêmica, validade fática e validade axiológica. Tem-se a validade sistêmica quando (i) tenha sido introduzida no sistema pelo devido processo de introdução normativa; (ii) quando não haja sido revogada; (iii) quando não mostre contraditória em relação a outras normas do mesmo sistema; e (iv) havendo contradição, exista uma outra regra capaz de satisfazer a referida contradição.

Já a validade fática guarda relação com a questão da eficácia. Uma norma pode ser tida por válida faticamente se os cidadãos a adotam como fundamento de validade de seus comportamentos cotidianos. Também se entende presente a validade fática quando as autoridades aplicam reiteradamente uma norma. Por fim tem-se a validade axiológica quando a norma traz em sua essência um valor que está de acordo com a pauta de valores de uma dada comunidade.

Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 220) assevera que “uma norma “N” é válida num sistema “S”, se e somente se, pertencer a este conjunto, o que significa admitir que foi produzida pelo órgão previsto pelo sistema, consoante procedimento específico nele também estipulado”.

Aqui, na esteira do construtivismo lógico-semântico adota-se exatamente a aceção de validade como categoria de índole estritamente formal, e, assim, ter-se-á por válido o enunciado prescritivo (i) produzido por autoridade competente (ii) em estrito respeito ao processo de criação normativa estabelecido pelo sistema jurídico.

Na esteira do entendimento aqui defendido, a validade é analisada, e atestada ou não, no exato momento do ingresso do enunciado na ambiência da realidade jurídica, ou, no máximo, em momento posterior, quando o fundamento da validade desta ambiência é substancialmente alterado e a validade haverá de ser novamente verificada (recepção). Pouco importa assim para efeitos da validade, a análise quanto a se o enunciado prescritivo permanece no sistema jurídico ou não, isto é, se posteriormente ao seu ingresso neste cenário sobreveio outro enunciado possuidor de força suficiente para expulsá-lo do sistema, como o fez Norberto Bobbio. Esta é uma questão a ser enfrentada ao se tratar do problema da vigência.

Também entende-se que a análise da compatibilidade material do enunciado em face do sistema não é problema atinente a validade. Partilha-se aqui a idéia de que em nome do rigor do conhecimento científico, cada entidade, categoria, objeto de estudo e análise, na medida do possível deve ser designado por um termo adequado. Assim, cada uma destas categorias, também devem referir-se a porções específicas do objeto estudado. Esta é uma postura epistemológica preciosa.

Destarte, entende-se, com todo o respeito que o debate científico requer, que Bobbio e Wróblewski estavam equivocados ao inserir na questão da validade o tema da compatibilidade material. A mistura do aspecto meramente formal e do aspecto material na rubrica da validade provoca confusões no intérprete que, se não tiver em seu estoque intelectual a distinção das duas validades mencionadas terá dificuldades para compreender em qual dos ambientes o texto analisado estará fincado.

Advirta-se mais uma vez que as análises aqui desenvolvidas não ficarão adstritas aos aspectos meramente formais ao estilo do mais positivo dos estudos jurídicos. Sem embargo, válida será então a decisão que demonstrar pertinência em face do sistema jurídico pátrio, isto é, que detiver condições de pertencer a este sistema, e assim, tenha (i) sido produzido por pessoa/órgão competente e (ii) com o estrito respeito a ritualística legalmente imposta. No primeiro caso refere-se a questão da competência daquele que introduz a decisão judicial no âmbito do sistema jurídico. No segundo caso refere-se a questão dos diversos tipos de ritos processuais disponíveis no sistema processual pátrio.

Convém então a este ponto da dissertação a compreensão do que vem a ser competência, para em seguida fixar os contornos legais incidentes sobre a questão. Para tanto cabe diferenciar inauguralmente jurisdição de competência.

Jurisdição é função estatal, ou seja, traduz uma atividade a ser levada a efeito pelo aparato estatal, cujo conteúdo é o de atribuir titularidade dos direitos insculpidos no sistema jurídico aos seus reais destinatários, os cidadãos, sempre que assim a lei o determinar ou quando houver divergência insolúvel espontaneamente.

Atualmente não há mais cabimento para a visão da jurisdição como um poder, como se fosse possível ao Estado o seu exercício de acordo com os seus próprios interesses, ou como se coubesse a este mesmo Estado a tutela dos súditos, equiparados estes a seres incapazes de conduzir o seu próprio destino. Nos tempos atuais o Estado já perdeu a sua feição *heggeliana* segundo a qual o Estado seria o todo do ordenamento jurídico, passando a ser compreendido enquanto parte integrante do ordenamento jurídico, assumindo assim a sua feição de sujeito constitucional a quem o sistema atribuiu determinadas funções – legislativa, executiva e jurisdicional. Daí a compreensão de que a jurisdicional seja uma função estatal a serviço da coletividade.

Competência não se confunde com jurisdição, mas dela se aproxima. Neste sentido, é comum a afirmação de que competência “é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos” (LIEBMAN *apud* CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2006, p. 246).

Por óbvio que Liebman utilizou o termo quantidade como uma figura de linguagem, mas é de se ter em conta que a escolha foi deveras infeliz.

Definitivamente a jurisdição não é algo mensurável quantitativamente. Não há unidade de medida capaz de mostrar quanto de jurisdição foi atribuído a um ou outro órgão integrante do Poder Judiciário. Neste sentido, também parece equivocada a noção de que competência é a medida da jurisdição, uma vez que a questão é qualificativa e não quantitativa, isto é, a lei não atribui quantidades de jurisdição aos órgãos integrantes do Poder Judiciário, mas qualifica determinado órgão ao exercício de atividades jurisdicionais específicas.

Hans Kelsen asseverou que a ordem jurídica atribui dois nomes distintos a categorias essencialmente idênticas, quais sejam, capacidade e competência. O mestre austríaco, via, tanto na primeira, quanto na segunda categorias mencionadas, a atribuição de um poder jurídico ou autorização jurídica para produção de normas jurídicas. No primeiro caso, o referido poder era outorgado aos particulares, enquanto no segundo o poder jurídico era atribuído a órgãos do poder público. Tratava-se, portanto, de distinção meramente nominal.

É fácil de ver que o exercício deste poder jurídico, como função jurídica, é, no essencial, da mesma espécie que a função de um órgão legislativo, dotado pela ordem jurídica do poder de criar normas gerais, e que as funções dos órgãos judiciais e administrativos, dotados pela ordem jurídica do poder de criar normas individuais por aplicação daquelas normas gerais (KELSEN, 1998, p. 104).

E prossegue o autor:

Em todos estes casos, precisamente como no caso da chamada capacidade de exercício, estamos perante uma autorização (*Ermächtigung*) para produzir normas jurídicas. Em todos estes casos a ordem jurídica atribui a determinados indivíduos um poder jurídico. Porém, nem em todos os casos de atribuição de um poder jurídico, quer dizer, de uma autorização ou atribuição de poder (*Ermächtigung*) no sentido estrito da palavra, a teoria tradicional fala de capacidade de exercício. Pelo contrário, ela fala em muitos casos, e especialmente em relação com a função de certos órgãos da comunidade, particularmente dos tribunais e das autoridades administrativas, da sua “competência”. O poder jurídico conferido a uma “pessoa privada” de produzir normas jurídicas pela prática de um negócio jurídico ou de



intervir na produção de normas jurídicas através da ação judicial, do recurso, da reclamação, do exercício do direito de voto, os seus direitos subjetivos no sentido técnico da palavra, não são designados como sua competência (KELSEN, 1998, p. 104).

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 157) aduz que competência “é o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao exercício da jurisdição”. Também não se pode concordar com as palavras do jurista mineiro. A competência não é o critério. O critério é o diferencial eleito pelo legislador para a especificação das competências. Um critério é um padrão que serve de base para que objetos sejam classificados, separados ou distribuídos. As competências veiculam os critérios de sua especificação. O critério subjaz a competência, mas com ela não se confunde. Assim, existem várias regras de competência, todas elas baseadas em critérios próprios. Se a competência é igual ao critério, teria sentido afirmar que existem várias regras de competências todas elas lastreadas nestas mesmas regras de competência. Ou seja, estar-se-ia diante de um sem-sentido. Fica assim demonstrada, com o devido respeito, a impropriedade da afirmação do jurista mineiro.

Aqui, insistindo no viés comunicacional adotado desde o início das investigações, entende-se competência como *um feixe de enunciados prescritivos distribuídos no sistema jurídico que habilitam os diversos órgãos do Poder Judiciário ao exercício especificado da função jurisdicional*.

Afirma-se que a competência é um feixe de enunciados prescritivos distribuídos pelo sistema jurídico, pois, existem dispositivos com aquele conteúdo, espargidos por todo o ordenamento. O feixe inicia-se na Constituição Federal, arts. 102, 105, 108, 109, 114, 121 e 124, determinando, respectivamente, as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos órgãos da Justiça Federal, dos órgãos da Justiça Trabalhista, dos órgãos da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar.

Tudo o que não estiver na esfera de competência das Justiças mencionadas fica a cargo da Justiça Comum. Mais adiante a Constituição Federal em seu artigo 125, §1º, dispõe que as competências dos tribunais serão definidas nas Constituições Estaduais, sendo a lei de organização judiciária reservada a iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça Estadual. Desta forma, a questão é tratada por legislação ordinária da União no que pertine à Justiça Federal e às Justiças Especializadas, e por lei ordinária dos Estados e do Distrito Federal no que toca as Justiças Locais. Evidentemente ainda haverão de ser considerados os diversos regimentos internos de cada um dos inúmeros tribunais existentes no país.

Este feixe normativo serve a habilitação dos diversos órgãos do Poder Judiciário para o exercício especificado da função jurisdicional. Para atestar o afirmado, basta analisar alguns exemplos. O art. 102, I, a, atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, já o § 2º do mesmo artigo constitucional atribui-lhe a competência para apreciar a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Da mesma forma, por força do art. 114, I, da Constituição da República, cabe aos órgãos da Justiça do Trabalho julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por força destes dispositivos, nenhum outro tribunal pátrio está habilitado a julgar aquelas questões já que as competências atribuídas o foram em caráter privativo.

É importante ressaltar ainda que o sistema jurídico pátrio utiliza diversos critérios para a distribuição das competências. São eles “a soberania nacional, o espaço territorial, a hierarquia dos órgãos jurisdicionais, a natureza ou o valor das causas, e as pessoas envolvidas no litígio” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 158).

No que toca ao segundo critério de aferição da validade decisória, qual seja, o estrito respeito a ritualística legalmente imposta, é de se ter em conta que a atividade jurisdicional é integralmente balizada pelo sistema jurídico, bem como que existem vários modos de exercício desta atividade. De início é de se frisar o óbvio. A atividade jurisdicional se desenvolve de forma processual ou procedimental, é dizer, dentro de balizas legais muito estreitas que fixam uma sequência precisa de acontecimentos encadeados desenvolvida pelas partes e administrada pelo juiz, tudo com vistas a preparar o provimento, sempre sob a influência direta dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do direito ao advogado e do livre acesso a jurisdicionalidade (LEAL, 2008, p. 86).

É assim então, que não se pode admitir um processo ou um procedimento que se desenrole, por exemplo, sem a citação do réu, sem a devida publicidade dos atos processuais, ou ainda, sem a exauriente demonstração dos fundamentos, segundo os quais se chegou ao provimento final. Para que se tenha por hígido um processo ou um procedimento, via de

regra, todos os preceitos determinantes dos modos de agir na preparação provimental haverão de ser plenamente respeitados, salvo exceções legalmente estatuídas como o são os casos de nulidades processuais sem o correspondente prejuízo.

Destarte, ter-se-á uma decisão válida, se respeitados os aspectos acima mencionados, i.e., a competência do órgão judicante e o procedimento legalmente instituído. Trata-se, portanto, de enfrentamento meramente formal da questão, de sorte tal que ainda não foi tocada a essência nem do processo nem da decisão ao final exarada, o que não quer dizer, para espancar qualquer possibilidade de crítica, que a racionalidade decisória esteja confinada em sua formalidade. Por óbvio os aspectos internos da decisão serão alvo de enfrentamento nos próximos tópicos.

Seguindo o roteiro proposto linhas acima, chega a hora de enfrentar o problema da eficácia. Esta é mais uma categoria que historicamente vem apresentando diversas abordagens teóricas. Eis alguns exemplos.

Para Norberto Bobbio (2001, p. 48) o problema da eficácia das normas e de ordem histórico-sociológica, guardando relação com a questão de estar sendo a norma seguida ou não pela comunidade, e, para a hipótese de violação, o fato de serem colocadas em prática atividades coercitivas pela autoridade que a evocou.

Já para Hans Kelsen (1998, p. 148) a eficácia é o aspecto de a comunidade destinatária utilizar ou não a norma jurídica. Assim, ter-se-á a eficácia se verificar a aludida utilização social, caso contrário, ter-se-á a norma por ineficaz. Além disso, a eficácia é tida por Kelsen como uma condição da validade.

Eficácia é categoria que pode assumir contornos distintos. A doutrina jurídica contemporânea trata da categoria principalmente em três sentidos, a saber, eficácia jurídica, eficácia técnica e eficácia social ou efetividade.

Para Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 413) eficácia jurídica “é a propriedade de que está investido o fato jurídico de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios, ou seja, a relação de causalidade jurídica, no estilo de Lourival Vilanova”. Eficácia técnica é noção verificável no plano geral e abstrato do fenômeno jurídico e que está relacionada a estrutura lingüística do enunciado prescritivo, de sorte tal que ter-se-á por eficaz o enunciado

que possua estrutura enunciativa completa e, via de conseqüência, condições técnicas de atingir a realidade fenomênica.

Tomando de empréstimo a noção do juízo hipotético condicional - *Se H deve-ser C* - (CARVALHO, 2008, p. 413), toda vez que um ou mais enunciados prescritivos possibilitarem a construção de seu conteúdo de significação completo, estar-se-á diante de enunciados eficazes. Já a eficácia social ou efetividade é noção verificada no plano da facticidade. Ter-se-ão enunciados efetivos toda vez que estes exaurirem o ciclo da normatividade, i.e., quando uma vez disparados em direção ao plano dos fatos, atingirem esta dimensão e esgotarem a sua trajetória lógica, cumprindo seus desígnios anteriormente fixados pelo legislador (CARVALHO, 2008, p. 414).

Mantendo aquela postura epistemológica mencionada quando do estudo acerca da validade, entende-se aqui que o problema da eficácia corresponde apenas ao que Paulo de Barros denominou acima, de eficácia técnica, e, considerando que o estudo aqui desenvolvido está fincado no plano textual da realidade jurídica, há de se separar dele os enfrentamentos do que denominou-se eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade, que parecem ser noções mais matizadas no plano sociológico-jurídico que no plano aqui levado a efeito. Neste sentido, a partir de agora, fixando um “pacto semântico” (CARVALHO, 2008, p. 34), aquela eficácia técnica, sendo a única que importa para o presente estudo, será denominada simplesmente de eficácia.

Neste sentido, para que uma decisão judicial seja eficaz, deve ostentar todos os elementos linguísticos capazes de proporcionar a estrutura deôntica completa, ou seja, a premissa maior do silogismo (os fundamentos legais), a premissa menor (os fundamentos de fato) e a conclusão (o dispositivo). Esta estrutura mínima formal decorre nitidamente do comando insculpido no art. 458 do Código de Processo Civil. Uma vez presentes estes elementos linguísticos, será possível aos destinatários e a sociedade, a construção da norma jurídica correspondente, possibilitando o efetivo direcionamento das condutas no plano da facticidade.

Ultrapassadas as categorias da validade e da eficácia, falta enfrentar a questão da vigência, que da mesma forma que as outras, merece melhor tratamento conceitual.

Para Kelsen (1998, p. 7) a vigência de uma norma refere-se a sua própria existência. Eis as palavras do mestre austríaco:

Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra “dever-ser” num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. Se designarmos a existência específica da norma como a sua “vigência”, damos desta forma expressão à maneira particular pela qual a norma - diferentemente do ser dos fatos naturais - nos é dada ou se nos apresenta.

Para Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 404), vigência seria uma “propriedade das regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo fático, os eventos que elas descrevem”.

E mais adiante assevera o mestre paulista que

do quanto se expôs deflui que a norma jurídica se diz vigente quando está apta para qualificar fatos e determinar o surgimento de efeitos de direito, dentro dos limites que a ordem positiva estabelece no que concerne ao tempo e no que consulta ao tempo (CARVALHO, 2008, p. 404).

Com singela divergência em relação ao acima exposto, vigência é entendida aqui como o conjunto das coordenadas de tempo e espaço, enunciadas no texto e que fixam os limites dentro dos quais o enunciado prescritivo exerce a sua força cogente, o seu vigor, isto é, o condicionamento das condutas humanas em sociedade. Assim, vigência é noção que sempre haverá de ser investigada em duas frentes, uma relativa ao tempo e outra relativa ao espaço.

A partir destes dados enunciados textualmente é que é possível a verificação fática (temporal e espacial) do problema da vigência. No que pertine a vigência espacial, tem-se que um enunciado prescritivo deve incidir dentro dos limites territoriais da pessoa política que o cria, é o clássico princípio da territorialidade, que aplicado ao plano das decisões judiciais importa, por exemplo, na afirmação de que uma decisão prolatada por um juiz, vinculado a Justiça como do Estado de Minas Gerais, não está apta a, via de regra, repercutir no espaço territorial do Estado de São Paulo e vice-versa. Já no que tange a vertente temporal da vigência, tem-se que um enunciado prescritivo haverá de exercer sua força condicionadora dos comportamentos somente enquanto não for inserido no sistema outro enunciado prescritivo que o revogue expressa ou tacitamente.

Trazendo estas noções para o plano das decisões judiciais, tem-se que um enunciado prescritivo veiculador de uma decisão judicial vigorará no tempo enquanto não sobrevinha outro enunciado que o atinja retirando-lhe o vigor. É o caso, por exemplo, das decisões judiciais sujeitas a recursos portadores apenas de efeito devolutivo, o que permite que a decisão dispare seus efeitos jurídicos enquanto não sobrevinha outra decisão judicial que lhe imponha óbice a estes efeitos jurídicos.

Pelo exposto, restou confirmado o dito no início do enfrentamento do problema, ou seja, validade, eficácia e vigência são categorias distintas e que merecem conceituação e análise distintas. Para tratar da validade, não é necessário abordar nem a vigência e nem a eficácia. Para tratar da vigência é desnecessário enfrentar questões atinentes a validade e a eficácia. Por fim, para abordar o problema da eficácia, mostrar-se prejudicial entrar no terreno das especulações acerca da validade e da vigência. Mas, apesar da robustez desta afirmação, é importante frisar o que já destacado linhas acima, ou seja, que todas estas categorias são perinealmente ligadas já que observáveis a partir do mesmo objeto, qual seja, o enunciado prescritivo integrante da realidade jurídica.

### **3.2 A validade, vigência e eficácia dos fundamentos legais da decisão**

A atividade jurisdicional é jungida pelo princípio da legalidade, é dizer, todo agir estatal com vistas a produção do provimento deverá encontrar respaldo em lei, aqui entendida na sua forma mais ampla, qual seja, a de sistema jurídico. Destarte, toda vez que o Poder Judiciário conduz um processo ou um procedimento e ao final exara uma decisão, esta deverá estar lastreada pelo sistema jurídico, e, por consequência, em regra, as normas que servirão de lastro a decisão exarada deverão encontrar-se válidas, vigentes e eficazes no âmbito do sistema que as alberga.

Tudo o que foi dito acima acerca dos temas da validade, eficácia e vigência do próprio enunciado prescritivo veiculador da decisão, também se aplica aos fundamentos legais da mesma decisão, sendo desnecessário repassar agora aquelas noções.

Assim, considerando que em sua decisão, o julgador está obrigado a lançar os fundamentos legais que dão respaldo ao seu agir, basta, neste primeiro momento, verificar se os fundamentos legais trazidos pelo agente apresentam-se válidos, vigentes e eficazes.

### **3.3 Alinhamento a pauta de valores jurídicos da comunidade política**

Já se foi o tempo em que o plano da validade enunciativa estritamente formal era suficiente para lastrear uma decisão jurídica. No nosso tempo o que importa é a essência da decisão. O que se está afirmando é que a decisão judicial deve mostrar-se alinhada em relação a pauta de valores jurídicos de uma dada comunidade política.

Este alinhamento é aferido no ato de interpretação levado a efeito pelo decisor, com a inafastável e incisiva participação das partes envolvidas. Neste procedimento de interpretação e, portanto de construção da norma jurídica que ocupará o posto de premissa maior da equação decisória, as partes e o decisor deverão necessariamente levar em conta a pauta de valores jurídicos e sociais acatados pela comunidade que se servirá da decisão.

Se a decisão judicial é mecanismo de redução das complexidades sociais e doador de certeza jurídica as relações intersubjetivas, é preciso controlar, e não eliminar, as cargas valorativas inseridas pelo decisor no provimento por ele entregue a sociedade (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 292), sob pena de viver-se num mundo levado as últimas consequências pelo decisionismo (LEAL, 2002).

Importa então neste momento, esclarecer o que vem a ser um valor jurídico. Nesta rota de idéias aqui há um alinhamento as sempre sóbrias afirmações de Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 404) no sentido de que “ali onde houver direito, haverá, certamente, o elemento axiológico”. O mestre paulista lastreia sua afirmação na idéia de que o legislador, ao promover incisões da realidade, pinçando nesta, aquelas situações merecedoras de tratamento especial (jurídico), está atribuindo valor a estas situações escolhidas, informando a comunidade que ele, o legislador, no exercício de sua função representativa da sociedade, as percebeu como valiosas, não no sentido de serem boas ou ruins, mas no sentido de, em função da percepção de sua importância na dinâmica social, merecerem atenção e tratamento pelo

veículo de contensão das contingências e redução das complexidades sociais, qual seja o direito.

Este entendimento, por seu turno, é afinado ao de Miguel Reale (2002, p. 557) quando afirma que:

O físico só cria na medida em que apreende, explica e sintetiza os fatos; mas o legislador cria na medida em que escolhe e decide, armando de força a escolha feita, a qual pode ter por fim contrapor-se a um fato, como o da criminalidade. Toda norma legal é uma opção entre vários caminhos, pois não é dito que só haja uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato.

Miguel Reale vê os valores como uma nova categoria de objetos, e, portanto, não incluídos nas regiões ônticas do real, do cultural, do ideal ou do metafísico (CARVALHO, 2008, p. 15).

Diante desta percepção, o jurista paulista manifesta-se quanto a impossibilidade de propor uma definição precisa da categoria valor. São dele as seguintes palavras:

Deveríamos, à primeira vista, ter começado por uma definição do que seja valor. Na realidade, porém, há impossibilidade de defini-lo segundo as exigências lógico-formais de gênero próximo e de diferença específica. Nesse sentido, legítimo que fosse o propósito de uma definição rigorosa, diríamos com Lotze que do valor se pode dizer apenas que vale. O seu “ser” é o “valer” (REALE, 2002, p. 187).

Todavia, apesar das dificuldades apontadas para estruturar uma definição facilitadora da compreensão da categoria, Miguel Reale aponta um rol de características que percebe presentes nos valores.

Para o mestre paulista, todo valor apresentará as seguintes características:

- 1) Bipolaridade;
- 2) Implicação recíproca;
- 3) Referibilidade;
- 4) Preferibilidade;
- 5) Incomensurabilidade;
- 6) Potencial graduação hierárquica;
- 7) Objetividade;
- 8) Historicidade; e
- 9) Inexauribilidade.



Cada uma destas características será a partir de então investigada com base nas lições do autor que as indicou.

A primeira das características é a *bipolaridade*, segundo a qual a um valor sempre corresponderá, necessariamente um desvalor. “Ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético” (REALE, 2002, p. 189). Esta bipolaridade repercute em ambiência jurídica, na dicotomia lícito/ilícito.

Para que seja possível atribuir o valor de lícito a determinada conduta, necessariamente há de haver o parâmetro comparativo do que é não lícito. Isto equivale inclusive, as noções de ambiente e meio, cerne da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e já analisada neste estudo. De se frisar ainda que esta bipolaridade de certa forma justificaria a própria existência do direito, já que este fenômeno só existe em função da “possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência” (REALE, 2002, p. 189).

Esta bipolaridade induz a outra característica dos valores, qual seja, a *implicação recíproca*, de sorte tal que a realização de um sempre interferirá na realização de outros valores (REALE, 2002, p. 189). O que se está afirmando é que dada a positividade ou negatividade ínsita aos valores em si considerados, toda vez que um valor é erigido como fundamento justificatório de uma conduta ou como bem maior a ser preservado, estar-se-á necessariamente promovendo uma atração em relação aos demais valores de mesma polaridade, que passarão a orbitar a situação sobre a qual incide o fundamento justificatório ou o bem maior a ser realizado.

A terceira característica mencionada por Miguel Reale é a da *referibilidade*. O autor paulista afirma então que um valor é sempre referido a um objeto da realidade.

Todo *valor* contrapõe-se ao já *dado*, ou seja, ao que se apresenta como mero *fato* aqui e agora, como algo já realizado: o valor, em suma, contrapõe-se ao *fato*, não se reduz jamais ao fato. Ao mesmo tempo, porém, todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, embora sempre o transcenda (REALE, 2002, p. 190).

O valor só assume sentido de referido a algo ou a alguém. E por força desta referibilidade surge a quarta característica dos valores que a *preferibilidade*. Isto é verdade,

pois, ao referir-se a algo ou alguém, promove a seleção entre aqueles itens que merecem valorização positiva ou negativa (REALE, 2002, p. 190).

A quinta característica dos valores é a sua *incomensurabilidade*. E isto por que aos valores é impossível atribuir medições. Não é possível estabelecer uma escala de medida absoluta para o valor belo, ou para o seu correspondente desvalor, o feio. Os valores não se relacionam com quantidades, mas sim com qualidades.

Enquanto os objetos ideais valem, independentemente do que ocorre no espaço e no tempo, os valores só se concebem em função de algo existente, ou seja, das *coisas* valiosas. Além disso, os objetos ideais são quantificáveis; os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação. Não podemos dizer que o Davi de Miguel Ângelo valha cinco ou dez vezes mais que o Davi de Bernini. A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico. Não se trata, pois, de mera falta de temporalidade e de espacialidade, mas, ao contrário, de uma *impossibilidade absoluta de mensuração* (REALE, 2002, p. 187).

Demais de tudo o que já foi dito, é de se ter em conta que os valores podem ser organizados, ordenados, de acordo com cada comunidade e de acordo com cada tempo de existência desta comunidade. Daí a inferência de que os valores gozam de uma *potencialidade de gradação hierárquica*, sendo esta a sexta característica apontada pelo autor paulista.

A sétima característica dos valores é a *objetividade*, que pode ser compreendida enquanto um corolário da referibilidade. Os valores somente mostram-se tangíveis pela compreensão na medida em que predicam objetos. É nesta imbricação inevitável que os valores manifestar-se-ão ao atento observador. Se os valores “se configuram como qualidades aderentes, que os seres humanos predicam dos objetos (reais e ideais), hão de requerer, invariavelmente, a presença destes mesmos objetos” (CARVALHO, 2008, p. 178).

A oitava característica dos valores é a sua *historicidade* no sentido de que não são criados instantaneamente. Ao contrário, os valores são fruto de construção diferida no tempo. Nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 178), “os valores não caem do céu, mas vão sendo depositados, gradativamente, ao longo da trajetória existencial dos homens”. Disto se pode inferir que a construção conteudística de um valor passará necessariamente pela sua investigação histórica, a fim de compreender como foi construído o seu conteúdo atual.

Por fim, a nona característica dos valores é a *inexauribilidade*. Esta característica decorre da noção de que os valores não se podem confundir com o real. O valor não se realiza completamente. Um valor que se realiza integralmente se transforma em dado e deixa de ser

valor. Um valor jamais se esgotará. Não é porque toda a humanidade chegou ao absoluto consenso de que determinada obra artística ostenta o valor do belo, que este valor exauriu-se. Sempre existirá a possibilidade de ser o valor invocado e servir a compreensão de outras situações reais (REALE, 2002, p. 207).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 111), com a clareza que sempre lhe é peculiar, afirma que os valores são “centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativas, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente”. Mas atento a abertura semântica própria dos valores como colocados em seu texto, Ferraz Júnior alerta que são necessários mecanismos doadores de maior precisão contedística aos valores.

Nas palavras do professor paulista (2008, p. 112) “é preciso ainda outro mecanismo integrador, capaz de conferir-lhe um mínimo de consistência concreta, ainda que genérica”. Entram em cena as ideologias, que jogam com os valores como adjetivos delimitadores das possibilidades semânticas daqueles. Na mesma trilha dos exemplos de Ferraz Júnior (2008, p. 112), tem-se a “justiça no sentido liberal, comunista, fascista, etc.”. As ideologias afunilam as possibilidades semânticas dos valores matizando as expectativas alocadas naqueles centros significativos.

Mas há que se ressaltar que o tema aqui são os valores jurídicos, e não apenas os valores. Não que o direito não deva considerá-los, mas porque, antes disso, o direito deve considerar os valores jurídicos que se podem conceber enquanto juízos de valor, levados a efeito pelo legislador, caracterizadoras de decisões legislativas com pretensão de definitividade, pinçando dentro da planta de valores da comunidade política aqueles valores que mereceriam um tratamento especial, qual seja, o tratamento jurídico.

Desta forma, considerando que o presente escrito manifesta um enfrentamento com bases em teoria jurídica (dogmática jurídica) e não com bases preponderantes na filosofia do direito, não integra as preocupações uma incursão nos campos da axiologia, a fim de delimitar ontologicamente os valores, quanto ao que inclusive se têm dúvidas no que pertine a possibilidade mesmo naquela área do conhecimento. O que se pretende neste texto é fornecer mecanismos seguros para a identificação dos valores jurídicos, o que entende-se como etapa fundamental para a posterior investigação quanto ao conteúdo semântico destes valores, especialmente por conta da constatação de que não raras vezes os enunciados prescritivos

veiculadores de direitos fundamentais manifestam escolhas axiológicas formuladas pelo legislador.

Neste sentido, se em termos extrajurídicos é impossível uma definição do que são os valores, no campo jurídico esta definição é necessária e indispensável. E novamente, a apreensão do fenômeno a partir do prisma comunicacional mostra-se extremamente útil, justificando mais uma vez aquela postura epistemológica já defendida anteriormente.

Diante disso, é possível definir um valor em termos jurídicos comunicacionais e com base na definição proclamada linhas acima por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008), como sendo *núcleos de significação alocados em enunciados prescritivos, núcleos estes instituintes de situações objetivas e/ou estados de coisas denotadores de essencialidade jurídica*.

É óbvio que tal empreitada pode apresentar-se como extremamente presunçosa, mas parece de outro lado, extremamente útil e promissora. Ora, aqui está sendo defendida a posição de que é possível a apreensão e compreensão do fenômeno jurídico a partir de uma postura comunicacional.

Parafraseando Paulo de Barros Carvalho, ali onde houver direito, haverá linguagem. Assim, a fim de proporcionar uma compreensão mais adequada do fenômeno, este foi recortado e foram identificadas as suas várias dimensões lógicas, quando então a dimensão comunicacional saltou aos olhos do sujeito cognoscente. É nesta dimensão que estão sendo empreendidos os esforços analíticos.

Neste sentido, nesta dimensão se manifesta a compreensão, justamente pela linguagem do direito positivo, qual seja, a das estruturas linguísticas dos enunciados prescritivos. Deste modo, tudo, absolutamente tudo, do fenômeno jurídico, pode ser observado a partir destas estruturas, o que não quer dizer, volta-se a frisar, que o fenômeno esteja restrito ou aprisionado a estas estruturas. Estas estruturas são apenas uma dimensão do fenômeno, dimensão esta que parece facilitar a compreensão daquele fenômeno.

Do exposto, parece ser possível admitir que os valores, quando percebidos pelo legislador como importantes para o universo complexo e contingente das relações intersubjetivas, são como que capturados, e alçados ao plano dos enunciados prescritivos, para que a partir de então, estejam habilitados a trafegar neste universo social específico, o

universo das coisas do direito. Uma vez surpreendidos os valores pelo legislador na pluralidade da cultura de uma dada comunidade política, deixam de ser apenas valores, e passam a ser valores qualificados pelo predicado jurídico. Esta predicção atribui-lhes mais uma característica, característica esta não encontrada nos valores puros e simples, qual seja, a cogência. Equivale dizer assim, que passando o valor do plano extrajurídico ao plano jurídico, este valor passará a ter que ser necessariamente observado pela comunidade no âmbito das relações intersubjetivas.

Ninguém está obrigado a levar em conta o valor beleza na observação de uma obra de arte. Qualquer um tem a plena liberdade de ao contemplar a Gioconda de Da Vinci, tê-la como um retrato patético de uma mulher horrorosa, e, portanto, achá-lo, não apenas feio, mas horrível. Outros, portadores de outro senso estético e atentos aos aspectos técnicos das artes, bem como aos valores históricos subjacentes àquela tela, certamente terão plena liberdade de tê-la por uma das coisas mais belas já produzidas pela humanidade. Já um valor jurídico não ostenta tanta flutuação assim. Não que seja possível fixar, de modo peremptório o que vem a ser, por exemplo, a liberdade ou a democracia. Mas uma vez fixada uma possibilidade semântica para estes valores, eles não poderão ser afastados.

O problema então é como atribuir a carga semântica aos valores jurídicos, e não como identificá-los. Isto é problema da hermenêutica, e será por ela resolvido oportunamente. Por hora, há que se ter em mira que estes núcleos de significação trazem em si a nota da essencialidade, que há de ser compreendida como algo que *não pode não ser*. Isto equivale, em certa medida, a afirmar que algo *é*, mas é preferível a afirmação de que algo *não pode não ser*, pois, fica frisada a idéia de inafastabilidade, de não submissão a contingencialidade na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas, já que, numa eventual colisão entre dois valores jurídicos positivos, fatalmente, um haverá de ceder em função do outro (ALEXY, 1993, p. 89).

Assim é que se pode afirmar que *a priori* em toda a vastidão de possibilidades das relações intersubjetivas em sua comunidade política orientada democraticamente e regida por um Estado de Direito, são inafastáveis, por exemplo, as idéias de liberdade, propriedade, segurança, participação política, etc. Todos valores sociais que foram alçados ao altiplano das regulações jurídicas, transformando-se em valores jurídicos, de observância cogente e denotadores de essencialidade jurídica. A existência jurídica dos sujeitos de direito, portanto,

dependem da estrita observância daqueles valores, sem os quais, pode até haver existência, mas não, existência jurídica.

Fixada a idéia do que são os valores e os valores jurídicos, resta agora tentar identificar ainda que exemplificativamente, qual a pauta de valores jurídicos que neste momento histórico estão inseridos no universo dos enunciados prescritivos denotando aquela essencialidade jurídica acima mencionada. Neste sentido, a pesquisa deve iniciar-se pelo ápice do sistema enunciativo, quando então, o fértil Texto Constitucional mostrará um acervo riquíssimo de valores a começar pelo preâmbulo onde estão insculpidos, na qualidade de valores supremos, a democracia, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Mais adiante, o art. 1º e seus cinco incisos vem robustecer a pauta de valores jurídicos da comunidade política brasileira indicando como tais, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, todos estes, núcleos de significação albergados nos referidos enunciados prescritivos carentes de densificação normativa a ser desenvolvida no árduo percurso de construção do sentido jurídico, desde o ápice do sistema, a Constituição da República, até os enunciados mais densos semanticamente, os enunciados prescritivos individuais e concretos, tais como uma decisão judicial. Evidentemente, a lista acima entabulada não exaure a pauta de valores jurídicos do sistema jurídico pátrio. Existem outros valores jurídicos espargidos pelo ordenamento. A lista apresentada é apenas um minguado exemplo dos valores albergados em nosso sistema jurídico.

### **3.4 Fundamentação decisória estruturalmente adequada**

É possível afirmar que uma decisão judicial traduz a densificação semântica dos enunciados prescritivos gerais ou individuais e abstratos alocados no sistema jurídico. Estes lá estão na ânsia de serem aplicados no universo plural das relações intersubjetivas, transformando-se em normas jurídicas. É o que Paulo de Barros Carvalho (2008) denomina de “percurso gerador de sentido”.

Houve um tempo em que a fundamentação legal das decisões haveria de alocar-se pura e simplesmente nas regras jurídicas integrantes dos sistemas jurídicos. Os princípios, notadamente veiculadores de valores, não poderiam ser convocados para fundamentar as decisões jurídicas. Estes espécimes eram vistos como entidades extrajurídicas, simples aconselhamentos destituídos de cogência. Era o tempo do positivismo jurídico exacerbado, que já foi adequadamente retratado no primeiro capítulo deste escrito.

Mais tarde, após todas as excrescências e monstruosidades levadas a efeito pela humanidade positivista, surgem novos eflúvios para o entendimento humano, e os princípios jurídicos, carregando em si os valores jurídicos, bem como os próprios valores, tem franqueado o seu acesso ao alti-plano do jurídico, e adquirem cogência, passando a serem compreendidos agora como elementos integrantes do universo jurídico, e, portanto, legitimados a participar da fundamentação das decisões jurídicas.

Este *upgrade* do direito, se por um lado humaniza o universo jurídico, por outro lado, esvazia-o, na medida em que as pessoas encarregadas de manejar os instrumentos jurídicos colocados à disposição da comunidade política, não são capazes de conhecer adequadamente o direito, justamente em função da alargada abertura semântica dos termos utilizados nos enunciados prescritivos – os denominados conceitos indeterminados –, bem como em função da galopante inflação legislativa, que leva a quantidade de regras a patamares estratosféricos. Por conta disso, e de outros fatores que aqui não foram lembrados, as fundamentações decisórias acabam por se mostrarem vazias de fundamentos legais e jurídicos, no mais das vezes demonstrando aparente lastro axiológico, desacompanhado do correspondente desdobramento densificador do valor jurídico invocado.

É bastante comum encontrar decisões lastreadas no princípio da dignidade da pessoa humana, sem que, contudo, o decisor exponha de maneira exauriente e convincente o que entende por dignidade da pessoa humana e com base em que raciocínio viu aquela situação concreta alocada nas colunas daquele princípio.

O que se está querendo afirmar aqui é que ao construir o texto de uma decisão judicial, o seu escritor deve empreender uma busca no sistema jurídico que tenha início, não no cume do edifício, mas nas bases do prédio. Se alguém pretende chegar a cobertura de um edifício, via de regra haverá de passar pela portaria, acessar ou as escadas ou o elevador, para somente então chegar a cobertura. Caso não pense assim, haverá de utilizar meios menos

ortodoxos de chegar ao seu destino, por exemplo, pulando de pára-quedas. Neste exemplo, pergunta-se: qual opção representa maior probabilidade de não dar certo? Evidentemente, a última. No direito é a mesma coisa. Se o decisor está construindo o texto de sua decisão, a fundamentação legal de seu convencimento deve ter início nos enunciados de menor hierarquia normativa, até por que estes são indubitavelmente portadores de maior densidade semântica.

Ultrapassados os enunciados mais densos, somente se necessário for, é que o escritor deve lançar mão dos enunciados portadores de menor densidade semântica e maior hierarquia sistêmica. Se a questão se resolve com uma regra válida, vigente, eficaz e congruente alocada num regulamento, qual a utilidade de invocar um dispositivo de lei ordinária seguido de um dispositivo constitucional veiculador de um princípio jurídico que alberga um valor jurídico, para em seguida fechar a fundamentação com um valor extrajurídico? A fundamentação decisória deve ser apenas suficiente e não exacerbadamente exauriente, e o percurso da formação do sentido deve começar pela base e não pela cobertura.

Aqui defende-se a não banalização dos princípios jurídicos e dos valores extrajurídicos. Em outras palavras, defende-se que os princípios jurídicos são portadores de caráter secundário na fundamentação jurídica das decisões, mas com isso não se pretende afirmar que eles são portadores de menor importância, o que, evidentemente, seria um contrassenso. O qualificativo secundário vem num sentido lógico. Primeiro devem ser convocadas as regras para apenas depois, e se necessário for, invocar enunciados prescritivos veiculadores de princípios jurídicos. Se mesmo assim, o sistema jurídico não for suficiente para fornecer um enunciado para exercer a função de fundamento legal da decisão, que sejam extrapolados os limites do sistema e sejam acessados os demais mecanismos integradores.

### **3.5 A necessária preservação dos princípios jurídicos invocados e eventualmente colidentes**

No item 1.2.4 desta dissertação foram delineadas as diferenças havidas entre duas dignidades de enunciados prescritivos, os princípios e as regras, que aqui são entendidos enquanto espécies de elementos integrantes do repertório do sistema jurídico.



No cenário doutrinário atual afirma-se que quando ao juiz é submetido um caso dito fácil, utiliza-se o modelo dedutivo clássico pela técnica da subsunção. Inexistem problemas para o preenchimento dos elementos silogísticos. A premissa maior é imediatamente identificável no sistema jurídico. A premissa menor é captada de simples exame probatório. A adequação entre a hipótese normativa e o fato jurídico captado no plano da experiência não requer maiores esforços exegéticos do intérprete, que em face desta tranqüilidade conceitual, define facilmente a consequência normativa aplicável ao caso sob análise, decidindo a questão sem maiores transtornos sistêmicos. Enfim, para a solução do problema bastam as regras estampadas no sistema.

Surgem os casos denominados de difíceis quando as regras se mostram insuficientes para a solução do caso concreto, o que torna necessária a utilização dos princípios. Esta necessidade de utilização principiológica traz em si pelo menos dois problemas. O primeiro deles é de cunho hermenêutico, já que por característica comum, normalmente os princípios trazem em seu texto os denominados conceitos indeterminados, ou seja, termos de baixa densidade semântica capazes de alcançar o máximo de situações objetivas que se possam concretizar no plano da facticidade, e que, evidentemente trazem sérias dificuldades para o intérprete no que pertine a tarefa de preenchimento dos conteúdos de significação dos referidos termos. O segundo problema diz respeito aquilo que se costuma denominar de colisões de princípios, isto é, quando a questão submetida a apreciação do decisor traz de ambos os lados opostos princípios como lastro de pretensão.

Primeiramente será enfrentado o referido problema hermenêutico. Neste particular tem-se que a interpretação de enunciados prescritivos veiculadores de princípios são os mesmos que deve ser utilizados quando se trata de interpretar uma regra. A diferença é a extensão dos trabalhos e as dificuldades que surgem no percurso gerador de sentido.

São vários os esquemas de interpretação trazidos pela teoria jurídica ao longo dos tempos. Fala-se em interpretação literal ou gramatical, histórica, lógica, axiológica, teleológica e sistemática. De tempos em tempos, de cultura em cultura, sobressai um ou outro destes métodos. Mas o que de fato importa, é que o direito manifesta-se em linguagem, e é como tal que deverá ser interpretado. Assim, vem sendo defendido nesta pesquisa que a semiótica deve ser utilizada para desvendar os mistérios do fenômeno jurídico e proporcionar a adequada compreensão do fenômeno, e não seria agora que esta postura seria alterada. Segundo este posicionamento, já foi defendido linhas acima, que a linguagem se mostra a

observação em três planos, o sintático, o semântico e o pragmático. Destarte, é nestes planos que a interpretação deve se desenrolar, para que tenha fim o percurso formador do sentido, e emirja, enfim, a norma jurídica completa portadora de toda a carga deôntica que dela se espera.

No plano sintático haverá de ser investigada a estrutura formal do texto enunciado. Devem ser verificadas as relações havidas entre os termos do enunciado. Trata-se de aferir se o texto encontra respaldo nas regras comuns da linguagem em que está o mesmo inserido. Uma frase do tipo “ontem belo soja” não diz absolutamente nada a ninguém. Trata-se de um sem-sentido sintático, pois, construída sem a observância das regras ordinárias da gramática da língua portuguesa. Já um período que apresente a seguinte estrutura “é proibido matar” é capaz de indicar ao leitor, especialmente se o leitor tiver consciência do contexto em que o texto está inserido, que segundo consta, a conduta de retirar a vida de pessoas é desaprovada social e juridicamente. Mais que isso, que aquele dispositivo não se aplica para o caso de o alvo da conduta proibida ser, por exemplo, um cavalo, já que o referido quadrúpede não se enquadra no conceito de “alguém” para efeitos jurídicos. Nas análises realizadas no plano sintático dos enunciados podem ser levadas a efeito as regras de lógica formal, tais como os cálculos proposicionais e os cálculos das relações com a lógica dos predicados.

No plano semântico haverão de ser investigadas as relações entre os signos e os objetos por eles representados. Eis aqui o ponto central do problema hermenêutico. Para tratar desta questão, será desenvolvido um exemplo de como enfrentar semanticamente uma questão complicada no que pertine a atribuição de significados aos enunciados prescritivos veiculadores de princípios. O exemplo escolhido é da área tributária e diz respeito a compreensão do conteúdo de significação do princípio da capacidade contributiva.

Grande parte da doutrina retira o princípio da capacidade contributiva do teor do § 1º do art. 145 da Carta Magna. Aqui podemos destacar Cristiano Carvalho (2005, p. 373), Luciano Amaro (2005, p. 138) e Regina Helena Costa (2003, p. 20). Há quem não o abstraia da referida disposição constitucional, visualizando-o no inc. II do art. 150 como corolário lógico do princípio da igualdade (LACOMBE, 2000, p. 26). Há ainda quem, a partir de uma interpretação de visível limitação dogmática, sequer encare a capacidade contributiva como princípio, já que a cláusula “sempre que possível” retiraria do § 1º do art. 145 da CF o caráter impositivo (OLIVEIRA JÚNIOR, 2000, p. 52).

O grande embate doutrinário está em saber se a capacidade contributiva deve ser especulada pelo viés objetivo ou pelo matiz subjetivo. Trata-se da célebre distinção veiculada por Roque Antônio Carrazza (2006, p. 89), com sua costumeira sensatez, faz quando percebe a existência de duas espécies de capacidade contributiva, a objetiva e a subjetiva. Esta, equivalente à noção de capacidade econômica, aferível, sempre que possível, a partir de caracteres pessoais, i.e., de acordo com notas abstraídas do sujeito de direito que integrará a relação jurídica; e aquela a partir de notas obtidas pela análise do critério material alocado no antecedente da regra matriz de incidência tributária.

Por conta desta distinção formaram-se dois grupos distintos. Os que consideram que o sistema alberga apenas o viés subjetivo da capacidade contributiva, e do outro aqueles que veem cravada no sistema, apenas a face objetiva do princípio.

Regina Helena Costa (2003, p. 22) relembra aqueles que estão no primeiro time:

Rubens Gomes de Souza definiu *capacidade contributiva* como a “soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas”. Emilio Giardina entende-a como a “possibilidade econômica de pagar o tributo”, enquanto Moschetti a vê como a “força econômica do contribuinte”.

Da outra banda do debate, defendendo que a capacidade contributiva insculpida na Constituição é apenas da modalidade objetiva, encontram-se vários doutrinadores de peso. Becker (1998, p. 263) afirmou:

*Capacidade Contributiva* – a circunstância daquele fato lícito ser (ou não) um signo presuntivo de capacidade contributiva, assume relevância *jurídica*, somente naqueles países cujo sistema jurídico contiver regra jurídica constitucional, juridicizando o “princípio da capacidade contributiva” (grifos do autor).

É isto que se pode abstrair das sempre lúcidas lições do Professor Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 307):

Em outras palavras, por capacidade contributiva deve entender-se apenas a absoluta, e, mesmo assim, como dado pré-jurídico. Realizar o princípio da capacidade contributiva quer significar, portanto, a opção a que se entrega o legislador, quando elege para o antecedente das normas tributárias fatos de conteúdo econômico que, por terem essa natureza, fazem pressupor que as pessoas que deles participam apresentem condições de colaborar com o Estado mediante parcelas de seu patrimônio.

Regina Helena Costa (2003, p. 28) já demonstrava isso:

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva funciona como pressuposto ou fundamento jurídico do tributo, ao condicionar a atividade de eleição, pelo legislador, dos fatos que ensejarão o nascimento de obrigações tributárias. Representa sensível restrição à discricção legislativa, na medida em que não autoriza, como pressuposto de impostos, a escolha de fatos que não sejam reveladores de alguma riqueza.

Por fim, para Roque Antônio Carrazza (2006, p. 89), “a capacidade contributiva a qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é *objetiva*, e não *subjetiva*”.

É possível entender que ambos os grupos estão parcialmente corretos. De fato a Constituição consagra a capacidade contributiva objetiva, mas ao lado encontra-se a capacidade contributiva subjetiva. Explica-se. Primeiro é preciso entender as possibilidades semânticas para a expressão capacidade contributiva, para em seguida cotejar estas possibilidades com o sistema jurídico constitucional.

Deste cotejo será possível resolver a celeuma. Passar-se-á então a análise da expressão capacidade contributiva, mas não sem antes frisar que os textos do direito positivo são vazados em linguagem comum, sem o hermetismo técnico desejado, o que deve deixar sempre alerta o intérprete, que deverá atentar-se a este fato para poder retirar do texto legal sempre o melhor substrato. É do sistema nomoempírico prescritivo do direito positivo que extrai-se ou constrói-se o sistema nomoempírico descritivo da ciência do direito, este sim, refinado, passível de submissão a testes de refutabilidade lógica, portador de desejada coerência, haja vista que construído por quem prima, p.e., pelo postulado científico da não-contradição.

Aqui parte-se da idéia de que toda e qualquer expressão utilizada pelo legislador é portadora de determinado significado objetivável, ainda que para tanto, o esforço hermenêutico deva ser daqueles inglórios, e que ao final chegue-se à conclusão de que existem vários significados possíveis em um mesmo enunciado, e não apenas um como seria de se desejar, mas sempre, sempre será possível captar a mensagem depositada pelo legislador, ou construir um novo corpo de significações para o texto de dado enunciado, pois, o direito é um fenômeno de linguagem que está sempre a espera de ser surpreendido pelo intelecto humano.

Começando pelo começo, “capacidade” é conceito dogmático jurídico que denota a aptidão de um sujeito de direito para habitar relações jurídicas, em outras palavras, a

qualidade daquele que se encontra apto a participar da dimensão jurídica da existência humana e social. O problema é que sempre que se fala em capacidade, automática e infalivelmente, como diria Alfredo Augusto Becker (1998), surge na mente do intérprete a idéia de que está-se referindo a qualidade de uma pessoa, isto é, de um sujeito de direito. O que se está a afirmar é que a noção de capacidade é ontologicamente vinculada à noção de pessoa, talvez pela raiz civilista da categoria jurídica em análise. Esta tradição obscurece as vistas e impede de ver além do óbvio e castra as possibilidades de emprestar evolução a um conceito que não mais está preso à sua noção comum.

Ao que aqui interessa, o vocábulo capacidade, lançado na expressão capacidade contributiva vai além, transborda o significado técnico jurídico de raiz civilista, não se referindo exclusivamente a uma qualidade imputável às pessoas. O termo capacidade na expressão em comento, pode também significar uma qualidade do fato jurídico eleito pelo legislador como alvo da incidência tributária. Do afirmado surge o questionamento: Que qualidade seria essa?

Eis a resposta:

A qualidade de denotar um signo presuntivo de riqueza que autoriza o fenômeno tributário. Em outras palavras, a aptidão do fato para constar da relação jurídica tributária na posição de seu elemento catalisador.

Do exposto, toda vez que o exegeta dedicar-se a perquirir quanto ao respeito à capacidade contributiva, deve direcionar seus esforços, tanto à pessoa, quanto aos fatos eleitos pelo legislador para compor a regra matriz de incidência tributária. Assim, não se deve perguntar apenas se determinado sujeito de direito manifesta capacidade contributiva, sendo certo perquirir também se o fato alocado no critério material da hipótese de incidência demonstra tal capacidade.

Neste cenário é que se pode conceituar a capacidade contributiva como o princípio jurídico limitador da atuação estatal que impõe ao legislador que ao eleger os fatos núcleos do critério material da regra matriz de incidência tributária, bem como os sujeitos de direito que figurarão como sujeito passivo do modelo de incidência, o faça observando que um e outro devem demonstrar aptidão para serem lançados no interior do enunciado prescritivo de imposição tributária.

Feitas estas considerações é que se pode ter a capacidade contributiva a partir de três aspectos, a saber:

- 1) Como aptidão do fato para ser considerado como elemento catalisador da relação jurídica em função de manifestar um signo presuntivo de riqueza;
- 2) Como relação lógica entre o fato jurídico tributário e o sujeito de direito: Se o fenômeno tributário dispara a materialização de uma relação jurídica no universo da experiência, esta relação jurídica deverá contar com a participação de sujeitos de direito que tenham alguma relação atuarial com o fato jurídico tributável. i.e., sejam identificáveis como partícipes no encadeamento lógico efectual da ocorrência a ser alcançada pela tributação;  
e
- 3) Como as peculiaridades pessoais econômicas a serem consideradas, sempre que possível, no ato nomogénico.

Objetivamente, a capacidade contributiva é aferida a partir do cotejo analítico entre o critério material e o critério quantitativo – base de cálculo – da hipótese de incidência tributária. A base de cálculo deverá sempre corresponder a uma perspectiva mensurável econômica do fato juridicizado no antecedente normativo e que fará surgir no plano da experiência uma relação jurídica de índole tributária.

Em outras palavras, a base de cálculo há de ter uma correlação lógica e direta com a hipótese de incidência do tributo. Não foi por outro motivo que Amílcar Falcão qualificava a base impositiva como: “verdadeira e autêntica expressão econômica” (*apud* CARVALHO, 2008, p. 546) da hipótese de incidência. Eis a base de cálculo na sua função comparativa, confirmando, infirmando ou afirmando o verdadeiro critério material da hipótese tributária.

No seu aspecto subjetivo, a capacidade contributiva é densificada normativamente pela introdução de mecanismos jurídicos que manifestam preocupação com as peculiaridades econômicas pessoais de categorias de contribuintes tais como a proporcionalidade e a progressividade das alíquotas (CARVALHO, 2005, p. 374 e ss.).

Mas apartadas que estão as noções de capacidade contributiva objetiva e capacidade econômica ou contributiva subjetiva, há de se definir se o princípio da capacidade contributiva como aqui esquadrinhado decorre ou não do §1º do art. 145 da CF. Para o que a

resposta vai no sentido de que apenas a capacidade contributiva subjetiva decorre do aludido dispositivo constitucional, enquanto que a capacidade contributiva de índole objetiva advém da implicitude do sistema jurídico, manifestando um corolário lógico dos cânones da igualdade (LACOMBE, 2000, p. 27 e ss.) e da propriedade (CARVALHO, 2005, p. 420).

De se ressaltar ainda que o entendimento que aloca a capacidade contributiva objetiva na implicitude sistêmica e a capacidade contributiva (econômica) no §1º do art. 145 promove a ampliação do espectro eficaz do princípio, já que vê-lo plasmado apenas no art. 145, impõe a sua consideração apenas em relação aos impostos, já que as regras impositivas de limitação devem ser interpretadas restritivamente como manda a boa técnica hermenêutica. Assim, se pode admitir que se de um lado, a capacidade contributiva, em sua vertente subjetiva somente pode ser considerada em relação aos impostos, e quando possível for, por outro, a capacidade contributiva objetiva alcança todos os tributos, devendo ser sempre observada, sob pena de a norma introduzida estar impregnada de vício de origem.

Fechado que está o exemplo é possível dele tirar algumas noções fundamentais. A primeira delas é que toda e qualquer análise deve partir do texto do direito posto. A segunda delas é que se o texto analisado não lhe der a resposta, fatalmente, o sistema lhe dará, daí a importância da interpretação sistemática, que, como afirmado por Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 201) é o “método por excelência”.

Demais disso, a teoria já solidamente construída pode ser convocada a robustecer pontos de vista intermediários, até pela demonstração dos debates teóricos que, no mais das vezes acabam por externar os pontos fracos e fortes dos raciocínios já submetidos a crítica científica. As vezes pode ser o caso de suscitar o entendimento dos tribunais, mostrando que a questão já foi enfrentada, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo, robustecendo a posição defendida no trabalho exegetico.

Para encerrar este ponto da investigação, o que deve restar consolidado é que, apesar de ser árduo o trabalho de preenchimento semântico dos conceitos indeterminados lançados nos enunciados prescritivos veiculadores de princípios, ele há de ser feito, e todas as técnicas, ferramentas e argumentos, desde que seriamente utilizados podem ser utilizados para que o percurso de construção do sentido seja percorrido e acima de tudo concluído.

Passando ao segundo ponto, qual seja, o da colisão de princípios, temos que não raras vezes, pode ocorrer de entrar em concorrência dois ou mais princípios para a solução do caso concreto, o que faz necessária a aplicação da técnica da ponderação, que para Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23) pode ser entendida enquanto “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

Esta técnica seria colocada em prática em três etapas. A primeira etapa é a de identificação de todos os enunciados colidentes e o agrupamento destes pela afinidade das consequências aplicáveis ao caso concreto. Em seguida, desce-se aos fatos e avaliam-se as repercussões destes em relação aos grupos normativos anteriormente construídos. Por fim, define-se qual a solução será a prevalecente e justifica-se a escolha, especialmente indicando os motivos das restrições aos enunciados preteridos (BARCELLOS, 2005, p. 92).

A crítica que aqui se formula direciona-se à afirmação de que nos casos difíceis não se utiliza o modelo dedutivo com a aplicação normativa por subsunção, devendo sim ser utilizado o mecanismo da ponderação (BARROSO, 2010, p. 312). Aqui defende-se a idéia de que ponderação e subsunção são métodos de aplicação normativa absolutamente conciliáveis. Explica-se.

A ponderação não é aqui considerada como o método de solução do caso concreto. Ela é considerada como uma técnica a ser utilizada sempre que se mostrar necessário, em uma das fases da aplicação normativa subsuntiva, mais precisamente, a ser utilizada de definição da norma que ocupará o posto de premissa maior no silogismo jurídico, quando dúvida houver para tanto. Nos casos difíceis, é com a ponderação que se escolhe a norma a ser aplicada ao caso concreto, afastando as demais normas que não serão utilizadas para a definição dos contornos jurídicos definitivos do caso. Uma vez definida a norma da premissa maior, é pela aplicação do método dedutivo, pela lógica subsuntiva, que as consequências jurídicas serão disparadas em direção ao universo da experiência.

Com a técnica da ponderação dar-se-á prevalência ou a um princípio blocos de argumentos em detrimento de outros blocos de argumentos, ambos fundados em princípios, o que é operacionalizado com fundamento na regra do sopesamento, segundo a qual “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” (ALEXY, 1993, p. 161). Na ponderação o juiz deve



esforçar-se ao máximo para conciliar os princípios inauguralmente colidentes, para que na medida do possível a colisão seja afastada e ocorra a convergência daqueles princípios. É o que Ana Paula de Barcellos (2005, p. 133) denomina de concordância prática.

### **3.6 Enunciação da procedimentalidade efetivada na preparação do provimento**

A decisão judicial é o texto que fecha o circuito procedimental. Já foi afirmado (item 1.2.3) que a decisão judicial é um enunciado prescritivo concreto e, individual ou geral, que resultante de um procedimento ou de um processo, e que portadora de pretensão de correção demonstrável pela indispensável manifestação expressa de seus motivos, põe termo a uma pretensão procedimental intermediária, a uma fase procedimental ou ao procedimento em si, em qualquer caso, solucionando um determinado problema prático.

Veja então que a ritualística subjaz a decisão. A decisão enquanto enunciado, enquanto texto, que necessariamente decorre da trajetória, como produto advindo do processo, deve enunciar adequada e precisamente toda a trajetória desenvolvida em preparação ao provimento. Isto é imposto pelo que dispõe, por exemplo, o art. 458 do Código de Processo Civil que dispõe que a sentença deverá conter um relatório indicando, dentre outras informações, as principais ocorrências havidas no andamento do processo. Por óbvio que a enunciação deve corresponder a realidade subjacente. Assim, seja a regularidade da tramitação processual, seja a eventualmente atribulada marcha do processo, ambas as situações devem estar adequadamente registradas no enunciado. O ideal é o de que a marcha desenvolva-se pacificamente, sem divergências ritualísticas. Todavia, podem ocorrer divergências e conflitos intermediários de índole estritamente processual. O que importa afinal, é que o processo desenvolva-se na esteira institucionalizada.

Importa para o momento a afirmação intercalar de que a decisão resulta de um procedimento ou de um processo. Não adentrar-se-á aqui, na discussão teórica acerca das diferenças entre processo e procedimento. Simplesmente fixar-se-á que ao fazer referência a processo, refere-se a procedimento em contraditório, com todos aqueles contornos *fazzalarianos* e neo-institucionalistas já referidos anteriormente nesta pesquisa. Fixada esta

premissa conceitual, é axiomático que o processo deve desenvolver-se com o absoluto respeito ao acervo normativo que o institucionaliza.

Não é o momento de chegar as minudências dos contornos de uma trajetória processual preparatória do provimento. Mas é oportuno mencionar, ainda que superficialmente, a estrutura processual engravada no sistema jurídico brasileiro.

Frisa-se assim que o processo é uma instituição, naquele sentido de feixe de normas espargidas por todo o sistema jurídico que tem por materialidade o processo. Este feixe tem sua primeira morada no Texto Constitucional e é densificado na parcela infraconstitucional do sistema. O Professor Luiz Carlos Figueira de Melo (2002, p. 98) pontifica que a Carta Política de 1988, especialmente por força do art. 5º, inc. LV e 59, alberga a amplitude da processualidade constitucionalizada ao firmar diretrizes tanto para os processos administrativos e judiciais (art. 5º) quanto para o processo legislativo (art. 59).

No que diz respeito especificamente ao processo judicial, a densificação normativa dos preceitos constitucionais fica a cargo do Código de Processo Civil, do Código de Processo Penal, da Consolidação das Leis do Trabalho, e de inúmeras leis esparsas, como por exemplo, a Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Comum e a Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001 que os instituiu no âmbito da Justiça Federal.

Esta instituição denominada de processo traz em si inúmeras condicionantes para o desenvolver processual. Neste particular, desempenha papel crucial a tríade principiológica ampla defesa/contraditório/isonomia (LEAL, 2008, p. 88). Por ampla defesa deve-se compreender a plena oportunidade de produção de todos os argumentos necessários a sustentação de uma tese invocada no bojo do processo, por óbvio que esta oportunização é condicionada pelo que determinam as regras processuais, de sorte tal que, a prova em defesa da tese haverá de ser produzida no momento adequado, sob pena não ser mais possível produzi-la, pois, se assim não for, o processo torna-se infinito e propagador de insegurança. Quanto a este aspecto, o Prof. Rosemiro Pereira Leal manifesta acertado entendimento de que a ampla defesa jamais pode ser comprimida sob o pretexto da celeridade ou efetividade do processo, o que na verdade contorna “deficiências de um Estado anacrônico e jurisdicionalmente inviável” (LEAL, 2008, p. 98).

O contraditório deve ser compreendido como o:

referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia** de se manifestarem (LEAL, 2008, p. 97) (grifos do autor).

Já a isonomia não é aquela vetusta noção de tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, mas deve ser concebida na tríplice vertente de isotopia, isomenia e isocrítica (LEAL, 2002, p. 133). Isotopia seria a igualdade de compreensão do vernáculo. A isomenia consubstancia-se no direito igual de interpretar a regra, e não no direito de uma interpretação igual. Por fim, a isocrítica seria a igual possibilidade de crítica sistêmica com o fito de provocar a modificação ou extinção da lei.

Assim, um procedimento que se desenvolva com a estrita observância da tríade ampla defesa/contraditório/isonomia, bem como vinculado a todas as disposições de menor estatura sistêmica, certamente é um procedimento ideal. É este procedimento, ideal, que deve ser enunciado na decisão, que concluindo uma pretensão procedimental intermediária, ou uma fase procedimental ou o procedimento em si, proporcionará a entrega do provimento que dará efetividade aos direitos insculpidos no sistema jurídico, fazendo aproximar-se cada vez mais, o exaurimento do ciclo da normatividade.

### **3.7 O alinhamento às decisões precedentes**

O preâmbulo da Constituição Brasileira elenca a segurança como um valor fundamental. Mais adiante no Texto, no âmbito dos direitos e garantias individuais, o *caput* do art. 5º diz ser inviolável o direito a segurança. Neste mesmo art. 5º, em seus setenta e oito incisos, a segurança é o núcleo essencial de pelo menos quarenta e cinco dos direitos ali enunciados. Prosseguindo na análise topográfica textual, vê-se que no plano dos direitos sociais lançados no art. 6º e seus trinta e quatro incisos, também consta menção ao direito a segurança que é o núcleo essencial de pelo menos dezenove dos direitos em questão.

Por óbvio, a segurança lançada em sede constitucional não diz respeito apenas e tão somente a questões de segurança pública, desdobrando-se, é verdade, em todos os planos da vida social, inclusive, é evidente, no plano da jurisdicionalidade. Neste ambiente a segurança é densificada, por exemplo, nos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, e, especialmente, no princípio da fundamentação racional das decisões judiciais. E não poderia ser diferente em se tratando o Brasil de um Estado Democrático de Direito.

A toda evidência, a segurança jurídica é cara ao direito. Cabe ao Poder Judiciário a importantíssima função jurisdicional, ou seja, a função de, com a plena e indispensável participação das partes, aplicar o direito ao caso concreto e solucionar conflitos de interesses, mantendo a paz social. Estas atividades devem ser conduzidas de modo seguro e coerente, sob pena de, ao contrário, promover-se o caos social. A segurança é tão importante num Estado Democrático de Direito que o Professor Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 263) o insere na categoria dos sobreprincípios jurídicos.

Uma das ferramentas a disposição da coletividade para efeitos de concretização da segurança jurídica é a estabilidade da jurisprudência. Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari (2001, p. 152), referindo-se ao processo administrativo, mas com palavras que em tudo se aplicam ao processo judicial, afirmam que ao julgador foi imposto um verdadeiro dever de coerência no decidir.

Retome-se outra angulação já antes abordada: o julgador deve investigar e pesquisar casos da mesma índole, antes apreciados. Trata-se de imperativo lógico (a disparidade corrói a confiabilidade do sistema) e principiológico (a segurança jurídica não convive com a leviandade das decisões).

O Ministro Humberto Gomes de Barros ao julgar o Agravo Regimental nos embargos de divergência em recurso especial nº 228.432 – RS, manifestou-se sobre o assunto nos seguintes termos:

Tenho em mim a firme convicção de que o Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou

certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

Com efeito, não seria nada proveitoso para a sociedade que os inúmeros juízes investidos na função jurisdicional pudessem prolatar decisões divergentes para casos similares. Sem dúvida alguma, nesta situação estariam sendo frustradas as expectativas legítimas da sociedade, que não saberia como comportar-se em face da multiplicidade de entendimentos decisórios, por vezes contraditórios entre si. É em função deste cenário que surge a necessidade de que uma decisão, na medida do possível, alinhe-se aos seus precedentes acerca da mesma matéria. Vale aqui frisar que, o julgador não está absolutamente preso aos entendimentos precedentes acerca da matéria colocada sob sua apreciação, mas, considerando a necessária segurança jurídica decorrente da atividade estatal, sempre que em uma decisão, o seu prolator houver por bem divergir dos entendimentos antecedentes, atrai para si um ônus argumentativo mais pesado, uma vez que deverá claramente demonstrar os motivos que o levam, não apenas a decidir com base naquelas razões, mas também, os motivos que o levam e dissentir daqueles que o antecederam.

Um caso prático recente demonstra os problemas da instabilidade jurisprudencial. Trata-se do debate que desenvolveu-se em torno da COFINS, contribuição para o financiamento da seguridade social. Não é o caso de desenvolver aqui toda a tese jurídica subjacente a discussão. O que importa é que, num determinado momento histórico existia uma isenção em vigor que houvera sido inserida no sistema jurídico por meio de uma lei complementar, isenção esta que era aproveitada, por exemplo, por profissionais liberais advogados que mantinha sua atividade organizada empresarialmente.

Num segundo momento, o Poder Legislativo, por meio de lei ordinária, revogou a referida isenção. Por conta deste movimento legislativo, a União Federal passou a exigir a COFINS das sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Algumas empresas passaram a pagar o tributo, outras decidiram insurgir-se em face da cobrança, outras simplesmente não pagaram. Enfim, instaurou-se então o impasse.

Diante do quadro acima apontado, a comunidade instigou o Poder Judiciário a manifestar-se acerca da questão. Foram inauguradas milhares de ações em todo o Brasil envolvendo o tema da COFINS. Paulatinamente, a partir da base judiciária, foi-se formando o entendimento de que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais, apesar da inovação legislativa levada a efeito, mantinham-se isentas do pagamento da COFINS,

independentemente do regime tributário escolhido, até que o Superior Tribunal de Justiça, pacificando o entendimento sobre o tema, editou a Súmula nº 276 cujo teor era “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”.

Eis então o problema. Durante um período de mais de vinte anos a comunidade beneficiou-se de uma isenção. Repentinamente a isenção é revogada. Até ai nada de mais, já que o legislador pode revogar leis que concedam isenção de acordo com suas conveniências políticas e desde que observadas as limitações constitucionais ao poder de tributar. Todavia, impulsionado a se manifestar, o Poder Judiciário, pelo STJ, crava entendimento que mantém a isenção em vigor. Por conta deste cenário, aqueles que por força da inovação legislativa, resolveram pagar o tributo, viram-se instigados a tentar reaver os valores pagos pelos diversos meios processuais possíveis à disposição.

Aqueles que insurgiram-se ficaram felizes, já que não teriam de tentar a restituição ou formular pedidos de compensação. Aqueles que simplesmente não pagaram, em tese, ficaram livres de eventuais autuações decorrentes de atos de fiscalização. Enfim, parecia que o cenário estava chegando a um estágio de estabilidade de entendimento sobre a questão.

Não obstante, não satisfeita com o cenário jurisprudencial que estava criado em decorrência da edição da súmula nº 276 do STJ, a União Federal conseguiu franquear o acesso da reclamação nº 2.613 ao Supremo Tribunal Federal que, para a surpresa geral da nação, manifestou-se no sentido de que a isenção fora bem revogada, derrubando, via de consequência, o posicionamento construído pela base judiciária e cristalizado na súmula expedida pelo STJ.

Mais uma vez a comunidade viu-se em turbulência. Aqueles que por força da inovação legislativa, resolveram pagar o tributo, e, posteriormente viram-se instigados a tentar reaver os valores pagos pelos diversos meios processuais possíveis a disposição, tiveram estas pretensões soterradas pela força do julgamento do STF. Muitos, além de haverem pago regularmente o tributo, por conta de haverem sido motivados a acessar o Poder Judiciário a garantir-lhes o direito a restituição, acabaram condenados em verbas sucumbenciais. Aqueles que se insurgiram contra a cobrança e que, num primeiro momento, ficaram felizes por conta da edição da súmula nº 276 do STJ, já que não teriam de tentar a restituição ou formular pedidos de compensação, acabaram novamente entristecidos.

Neste cenário ou realizaram denúncia espontânea dos tributos devidos e não pagos, ou parcelaram os montantes devidos, ou passaram a aguardar a fiscalização e a posterior execução fiscal. Lado outro, aqueles que simplesmente não pagaram, e que, em tese, num primeiro instante ficaram livres de eventuais autuações decorrentes de atos de fiscalização, passaram a temer que as referidas fiscalizações viessem de fato a ocorrer e tiveram que adotar as mesmas posturas do grupo anterior. Enfim, a confusão foi geral. Isto sem contar ainda com o fato de que encontra-se pendente até hoje, o julgamento de embargos declaratórios interpostos pela Ordem dos Advogados do Brasil por meio do qual pretende-se ver aplicada ao caso a modulação temporal dos efeitos da decisão do Supremo. Ou seja, até o presente momento a comunidade não sabe se deve ou não pagar o referido tributo.

É de situações caóticas como esta que se trata quando a questão é segurança jurídica pela via da estabilidade jurisprudencial. Aqui não está sendo feita nenhuma crítica a este ou aquele entendimento de nossas cortes. Apenas está-se utilizando de um exemplo para mostrar o quanto a comunidade pode sofrer quando a jurisprudência é flutuante, especialmente em questões de ampla horizontalização social como é a questão tributária.

Esta vem sendo inclusive uma preocupação da política judiciária nacional. Para constatar o que se afirma, basta considerar a gradual introdução normativa de mecanismos de filtros recursais, tais como, a lei dos recursos repetitivos, as súmulas vinculantes e o art. 285-A do Código de Processo Civil. Todos, mecanismos que, se por um lado causam extrema polêmica quanto a sua constitucionalidade, por outro preservam a força da jurisprudência, e indicam ao julgador um caminho mais uníssono a ser trilhado rumo à finalização do litígio.

Daí ser lícito concluir que, ao decidir, o Poder Judiciário deve levar em consideração os entendimentos precedentes acerca da mesma matéria submetida a nova apreciação e, na medida do possível, manter a mesma trilha decisória. Caso a conclusão seja no sentido de que o entendimento jurisprudencial deve ser alterado, aquele que estiver decidindo tem o dever de declinar expressa e exaurientemente os motivos com base nos quais entende ser necessário o desvio em relação aos precedentes. Sendo observada esta postura, preserva-se a estabilidade dos julgados e garante-se a segurança jurídica, e, por via de consequência, o Estado Democrático de Direito.

### 3.8 Alinhamento teórico da decisão

A teoria é fonte do direito, mas não detém a força vinculante típica das leis ou mesmo das súmulas. Não está o julgador adstrito ao entendimento manifestado por este ou aquele jurista. Não se pode sucumbir à força do argumento de autoridade, mas deve-se ceder à força da autoridade do argumento. Não se pode fugir da noção de que a teoria, enquanto enfrentamento científico do fenômeno jurídico, proporciona a evolução e o melhoramento do direito, e assim, merece o devido respeito daqueles que promovem a aplicação prática dos mecanismos jurídicos.

Ora, a ciência jurídica, metalinguagem jurídica, ou seja, um corpo de linguagem que tem por conjecturas acerca da linguagem do direito positivo, ocupa-se justamente de observar o fenômeno jurídico para tentar compreendê-lo, contê-lo e dar-lhe contornos científicos, e, portanto, racionais e previsíveis. Não se pode abdicar das construções jurídico-científicas subjacentes a todo ordenamento jurídico. Não existem dúvidas de que o jurista cientista tem mais tranquilidade para observar o fenômeno jurídico, do que o juiz, assoberbado pela impensável carga de trabalho que lhe é imposta.

Não se pode fugir do entendimento de que o conhecimento que se diz científico foi construído com vistas a produção ou de uma verdade científica (lógica alética), ou pelo menos de um posicionamento racionalmente aceitável (lógica dialética). De outra monta, o conhecimento produzido nas trincheiras do Poder Judiciário está animado pela idéia da persuasão, que, sabidamente, é partidário e subjetivo, e não vem embasado sempre, ou na maioria das vezes, em raciocínios submetidos a crítica e a testes de refutabilidade lógica e, portanto, consistentes em termos lógicos substanciais. Assim, se uma questão jurídica goza de largo respaldo teórico, isto é forte indício de que este entendimento seja consistente. Assim, caso o julgador convença-se de que deve posicionar-se contrariamente ao entendimento doutrinário dominante, também atrai para si o ônus argumentativo nos mesmos moldes assinalados no item anterior.

Ressalva há de ser feita, contudo, que o decisor não pode lançar mão do chamado argumento de autoridade, ou seja, fundar seu raciocínio simplesmente no fato de que este ou aquele jurista, por mais respeitado que possa ele ser, pensa desta ou daquela forma a respeito



da questão em pauta. Ao contrário, o decisor tem o direito e o ônus de usar a autoridade do argumento. Este deve prevalecer, e não aquele.

### **3.9 As razões de decidir devem ser universalizáveis**

O art. 5º da Constituição Federal dispõe que “todos são iguais perante a lei”. A igualdade projetada pelo Constituinte não é apenas a igualdade no sentido de que todos os indivíduos da comunidade têm os mesmos Direitos e as mesmas garantias, apenas abstratamente considerados. Posto que o Direito de hoje exige a efetividade, a igualdade deve ser verificada, sobretudo, nos atos de aplicação do Direito, o que equivale a dizer que o Direito aplicado para um cidadão, também o deve ser para os demais integrantes da mesma comunidade, salvo se a diferenciação for plena e racionalmente justificável. Esta idéia de isonomia pode ser traduzida na de universalizabilidade, encontrada, por exemplo, em Habermas, MacCormick e em Kant.

Jürgen Habermas (1997, p. 156) afirma que:

[...] para alguém poder tomar uma posição, dizendo ‘sim’ ou ‘não’, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala. Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação à pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos em comum pelos partidos participantes.

Em Habermas (1997) a validade argumentativa de uma decisão funda-se na reciprocidade da aceitação dos argumentos tomados como razões de decidir por parte dos sujeitos comunicativos, de forma consensual. É aqui que reside a idéia de universalizabilidade.

Da Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick (2006) é possível abstrair que a idéia de universalizabilidade traduz-se na possibilidade de tomar-se a razão de decidir de um caso como razão de decidir de todos os demais casos semelhantes. Não seria racional, diante de casos semelhantes, a adoção de razões de decidir diversas, todas customizadas para cada caso em análise. Assim, cabe ao julgador, no momento de construir

sua decisão, refletir se a razão que dá respaldo ao seu entendimento poderá ou não ser tomada como lastro de decisões para casos similares.

Resta, por fim, analisar o tema da universalidade em Kant (2004, p. 26). Na sua *Crítica da Razão Prática*, o autor traz a lei fundamental da razão pura prática, o imperativo categórico, o supremo princípio da moralidade, que vem assim entalhado: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”.

O homem deve agir por ter de agir e pronto. Mas este agir incondicionado não é impensado, irrefletido, senão não seria racional, mas sim instintivo, como nos animais irracionais. Inevitavelmente, há na base de qualquer pensamento humano, e, portanto, na base de qualquer raciocínio, uma justificação, que repousa na idéia de que esta possa adquirir o valor de lei universal, isto é, ser adotada para os demais casos similares por outras pessoas em iguais condições, inclusive aquele que está decidindo. Sem esta característica, uma ação passa a ser injustificável racionalmente o que levaria a sua ruína (KANT, 2006, p. 30).

É exatamente esta noção a que subjaz à noção de universalizabilidade, pois, o julgador ao decidir um caso concreto deve cumprir o seu dever constitucional incondicionalmente, é dizer, sem levar em conta suas inclinações pessoais e tendo em mira que sua decisão, considerada em seus fundamentos, poderá servir como modelo decisional em outros casos similares.

### **3.10 A recondução normativa da decisão**

No processo de interpretação, pode ocorrer que no trajeto do enunciado até a norma individual e concreta materializada pela decisão vá-se aumentando demasiadamente o abismo conceitual entre a primeira e a segunda categorias acima mencionadas, de sorte tal que ao final, não seja possível identificar na decisão qual o seu arrimo normativo.

Diante disso, o decisor que vier a exarar uma decisão deve esforçar-se para deixar claramente consignado o percurso realizado entre o enunciado prescritivo, geral e abstrato, e a

norma jurídica, individual e concreta, aplicada ao caso sob sua análise, de sorte tal que seja possível a partir da norma jurídica construída, retornar ao enunciado prescritivo invocado como lastro normativo.

Trata-se de um teste de refutabilidade lógico-normativa para aferir a consistência do discurso decisório.

### **3.11 Congruência empírica da decisão**

O direito não deve ser tratado enquanto objeto divorciado da realidade. Deve-se sempre ter em mente que o direito é um objeto cultural criado pela e para a sociedade com vistas a prevenir e decidir conflitos de interesses, ou seja, o direito deve interferir utilmente na realidade prática. Assim, nenhuma racionalidade terá uma decisão que imponha consequências impossíveis de serem implementadas na prática ou que imponham consequências piores que o estado de coisas anterior ao debate deduzido pelas partes. O direito deve melhorar a vida das pessoas e não inviabilizar a convivência harmônica dos sujeitos de direito. Entram em cena então, os denominados argumentos consequencialistas. (MACCORMICK, 2006, p. 165).

O consequencialismo é tema atualíssimo e deve ser compreendido enquanto um modelo de análise decisória que avalia a adequação da decisão em face das consequências que podem decorrer do ato judicialmente produzido. Este modelo teórico existe numa versão denominada “forte” e em outra denominada “fraca”. Segundo a vertente forte do consequencialismo, uma decisão é reputada correta quando inexitem outras decisões alternativas as quais estejam associadas consequências preferíveis àquelas projetadas para a decisão escolhida. Já pela vertente fraca do consequencialismo, será correta a decisão que tome em conta os argumentos ligados as consequências da decisão como um dos elementos de motivação decisional, isto é, ao lado das demais ferramentas hermenêuticas tradicionais.

O escocês Neil MacCormick trata do tema em sua Teoria da Argumentação Jurídica (2006) denominando a questão de “justificação de segunda ordem”, que envolve a escolha entre deliberações universais pertinentes a questões particulares (deliberações rivais).

Estas escolhas são limitadas operacionalmente, em função do contexto em que deverão ser operacionalizadas, qual seja, o contexto de um dado sistema jurídico. Mas o sentido (lógica) da deliberação não está restrito apenas ao sistema jurídico, equivale dizer, o contexto no âmbito do qual a deliberação se dá não é apenas o contexto abstrato normativo, mas também o contexto da experiência.

Uma deliberação jurídica deve fazer sentido perante o sistema jurídico e perante o mundo real. Segundo MacCormick (2006, p. 131)

a justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfazem testes pertinentes – sendo que estes tratam do que faz sentido no mundo e do que faz sentido no contexto do sistema.

No entendimento de MacCormick (2006, p. 133) o modo consequencialista de argumentar consiste em levar em conta as consequências das deliberações em oposição, considerando as relações de oportunidade/conveniência e custo/benefício em face de sua escolha. Neste sentido introduz ainda a idéia de argumentação avaliatória, consistente na avaliação da aceitabilidade das consequências da adoção de um dado posicionamento em detrimento de outro, o que traz em si certa carga de subjetividade, pois, cada juiz pode atribuir determinado peso aos valores subjacentes às suas avaliações de situações objetivas (MACCORMICK, 2006, p. 134).

Tudo isso faz surgir as idéias de coesão e coerência do sistema normativo (MACCORMICK, 2006, p. 135). A coesão verifica-se exatamente quando por mais desejáveis que sejam as consequências da adoção de uma dada deliberação, esta não prevalece por força de sua contradição com uma norma insculpida no sistema normativo posto. De outro lado, a coerência tem a ver com a relação interna do sistema, isto é, entre as normas e os princípios que ordenam o sistema. Toda vez que as normas alinharem-se a estes princípios ordenadores, teremos um sistema coerente.

Quando problemas de pertinência, de interpretação ou de classificação surgem dentro do sistema, a exigência de coerência é atendida apenas até onde deliberações novas oferecidas possam ser inseridas no âmbito do corpo existente do princípio jurídico geral (MACCORMICK, 2006, p. 136).

É importante deixar claro que a utilização de argumentos consequencialistas importa na avaliação dos desdobramentos econômicos, políticos, e de outros matizes,

decorrentes das decisões judiciais. Este tipo de avaliação requereria a disponibilidade de bancos de dados, estatísticas e um acervo de informações técnicas que pudessem embasar as perspectivas das decisões judiciais. Além disso, estes dados deveriam poder ser analisados técnica e criticamente por quem é responsável por decidir, o que traz a necessidade de adequada e multidisciplinar formação intelectual do decisor, ou pelo menos, a existência de um aparato de assessoramento adequadamente instrumentalizado e adequadamente formado para preparar o acervo de informações e decodificá-lo para o decisor e para a comunidade que se servirá da decisão baseada nos aludidos argumentos.

Também há de se ter em conta que todo este aparato a que se fez referência acima, e todas as informações apuradas pela operação prática daquele sistema, haverá de ser efetivamente colocada a fiscalidade pública das partes envolvidas, que também deverão ter condições de lançar mão de assessoramento de qualidade. Isto importa dizer, que, naqueles casos em que as partes estão alcançadas pela gratuidade judiciária, por exemplo, o Estado haverá de ter em seus quadros profissionais capazes de auxiliar tecnicamente as partes, e inexistindo esta possibilidade, há reservas quanto a utilização de argumentos consequencialistas.

### **3.12 Observação geral acerca dos critérios de aferição da racionalidade decisória**

Para encerrar a abordagem dos critérios disponíveis para a aferição da racionalidade decisória, é importante a ressalva de que não se tem a pretensão de exaurir os critérios. Por óbvio que, de outras mentes dedicadas à análise lógica e crítica do fenômeno jurídico podem e devem brotar novos parâmetros viabilizadores deste enfrentamento. Demais disso, ainda é útil afirmar que os critérios acima mencionados não estão dispostos em ordem de sua consideração, mas seria preferível que fossem utilizados gradualmente e na medida em que fossem se mostrando úteis à solução de problemas hermenêuticos e empíricos decorrentes dos atos decisórios.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho ocupou-se de analisar detidamente com base em quais critérios é possível aferir se uma decisão judicial empresta efetividade ao direito fundamental lançado no enunciado prescritivo consubstanciado no art. 93, inciso IX da Constituição Federal Brasileira.

O tema atualmente ganha em importância na medida em que, por força da utilização maciça da técnica legislativa dos conceitos indeterminados, cresce o perigo de instalar-se uma ditadura déspota de juízes. Ora, inexistindo critérios seguros a disposição da comunidade política para a controlabilidade pública do conteúdo das decisões judiciais, o próprio Estado Democrático de Direito fica fragilizado, já que o direito que dá sustentação ao Estado deixa de ser o direito produzido legítima e democraticamente e passa a ser o direito produzido nos gabinetes no mais das vezes fundado em *achismos* e preconceitos, e, portanto, reveladores do subjetivismo de cada julgador.

A fixação de uma diretriz eminentemente hermenêutico-analítica em face do direito tem o poder de proporcionar uma melhor compreensão deste fenômeno altamente complexo e sabidamente contingente, demonstrando como a dialética que lhe é imanente, ao invés de propiciar insegurança, em verdade lhe proporciona uma versão democrática e plural, como a sociedade que a ele subjaz.

A investigação minudente de algumas das principais teorias contemporâneas que ocupam-se de racionalizar o fenômeno jurídico tem o condão de proporcionar uma visão geral de como o direito é pensado cientificamente na atualidade, o que pode ser útil na medida em que se deve buscar incessantemente a redução da abismal distância entre a linguagem jurídica e sua correspondente metalinguagem.

Com o detalhamento e a sistematização de critérios viabilizadores da aferição da racionalidade decisória judicial, espera-se haver prestado verdadeira contribuição, ainda que singela, para o fortalecimento e efetivação do direito fundamental insculpido no art. 93, IX da Constituição da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_. **La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico.** Artigo disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8\\_01.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_01.pdf). 1990. Acesso em 26 de outubro de 2010 às 23h30.

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofia.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Justicia como corrección.** Artigo disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12254966519040495765213/015783.pdf?incr=1>. 2003. Acesso em 14 de janeiro de 2011 às 22h50.

\_\_\_\_\_. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica.** Artigo disponível em [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf). 1998. Acesso em 20 de janeiro de 2011 às 23h54.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **GLU: glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.** traducción de Miguel Romero Perez, Carlos Vállalobos; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996.

BARCELLOS. Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Artigo disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=50](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50). 2005. Acesso em 12 de maio de 2010 às 08h16.

\_\_\_\_\_. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, nº 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Artigo disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/31274/submission/review/31274-34847-1-RV.pdf>>. Acesso em 16 de maio de 2010, às 17h50, 2005.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Artigo disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em 29 de dezembro de 2009 às 08h59.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CALSAMIGLIA, Albert. **¿Por que es importante Dworkin?** Artigo disponível em <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_11.pdf)>. 1985. Acesso em 17/11/2010 às 21h54.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.



CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico: Direito, economia e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lançamento, presunções e ficções no Direito Tributário**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2006 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Tributário: módulo 1)

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito Tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Murilo Cardoso de. Verbetes disponíveis em <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=685>>. Acesso em 10/10/2010 às 21h34.

CERVONI, Jean. **A enunciação**. São Paulo: Ática, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DESCARTES. René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EAGLETON, Terry. **As Ilusões do pós-modernismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** 4. ed. Tradução para o espanhol de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi e introdução de P. Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2004.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis.** 2. ed. Tradução para o português de Manuel A. D. de Andrade. Lisboa: Armênio Amado Editor, 1963.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica. Ensaio de pragmática da comunicação normativa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 de junho de 2010, às 14h30.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Trad. Tomaz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HASSEMER, Winfried. Doutrina do método jurídico e pragmática judicial. *In* Panóptica - **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**, ano 2, nº 12, março a junho de 2008. Disponível na internet em <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08008.pdf>>. Acesso em 05/01/2011 às 00h12.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

INDA, Andrés García. **Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad**. Artigo disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24\\_10.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_10.pdf). 1999. Acesso em 15/10/2010 às 20h59.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holsback. São Paulo: Martin Claret, 2006.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: eBooksBrasil.com, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica. Ato de decisão e legitimidade decisória. Hermenêutica decisional na Teoria Discursiva. Legitimidade decisória e devido processo constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC**, v. 27/7-23, nº 3, Coleção acadêmica de direito. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Correia Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrate con la colaboración de Brunhilde Herker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. *In: O pensamento de Niklas Luhmann*. Org. José Manuel Santos. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, b.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I.** Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II.** Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociales:** lineamientos para uma teoria general. Traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Herker. Coord. por Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santa Fé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação de antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02. **Revista de Direito do consumidor.** V. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. II.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos Paradigmas da Processualidade Administrativa no Brasil.** 2002, Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, v.2, n.14, jul. 2000. Artigo disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/14782/14346>>. Acesso em 12/10/2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

MOUSSALLEM, Tarek Moisés. Fontes do direito tributário. *In:* **Curso de especialização em direito tributário:** Estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenação Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do Direito. *In:* **Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco**, nº 5: Pernambuco, 1992.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal).** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

OLIVEIRA JÚNIOR, Dario da Silva. **Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade, anterioridade e capacidade contributiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PERELMAN, Chäim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POHLMANN, Eduardo Augusto. **O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. Uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1613, 1 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10723>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: filosofia pagã antiga.** São Paulo: Paulus, 2005, v. 1.

\_\_\_\_\_. **História da filosofia: de Spinoza a Kant.** São Paulo: Paulus, 2005, v. 4.

\_\_\_\_\_. **História da filosofia: do romantismo ao empiriocriticismo.** São Paulo: Paulus, 2005, v. 5.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. *In:* BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANCHIS, Luis Pietro. Teoria del derecho y filosofia política em Ronald Dworkin (Comentário al libro de R. Dworkin “Los derechos em serio”, traducción de Marta Guastavino, prólogo de A. Calsamigljia, Ed. Ariel, Barcelona, 1984). **Revista Espanhola de Derecho Constitucional**, Ano 5, Núm. 14, Mayo-agosto, 1985, disponível em <[http://www.4shared.com/document/HIuf3z-z/comentario\\_a\\_los\\_derechos\\_en\\_s.html](http://www.4shared.com/document/HIuf3z-z/comentario_a_los_derechos_en_s.html)>. Acesso em 23 de novembro de 2010 às 00h11.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica.** Coleção Primeiros Passos. Editora Brasiliense. Disponível em <<http://www.portaldetonando.com.br/forum/semiotica-santaella-lucia-t152.html#p153>>. Acesso em 02/10/2010 às 22h55.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre a ciência na transição para uma ciência pós-moderna. **Revista Estudos Avançados**, v. 2, nº 2, p. 46-71, maio/agosto 1988 São Paulo. Disponível em [http://www.4shared.com/document/kUptZnk8/SANTOS Boaventura de Souza Um .htm](http://www.4shared.com/document/kUptZnk8/SANTOS%20Boaventura%20de%20Souza%20Um%20.htm) >. Acesso em 18/10/2010 às 23h10.

SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 27 de janeiro de 2010.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Trad. de Amarílis de Souza Birchal; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIOLA, Ricardo Rocha. **Efetividade dos Direitos fundamentais e densidade normativa – um falso problema**. Artigo disponível em <http://www.esamcuberlandia.com.br/revistaidea.html>>, 2009.