

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

BRUNA PEREIRA DAS POSSES

**FUNDAMENTAÇÃO, DECISÃO JUDICIAL E
ARGUMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE MANUEL
ATIENZA NA ADI 4439 STF**

VITÓRIA

2019

BRUNA PEREIRA DAS POSSES

**FUNDAMENTAÇÃO, DECISÃO JUDICIAL E
ARGUMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE MANUEL
ATIENZA NA ADI 4439 STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Américo Bedê Junior

VITÓRIA

2019

BRUNA PEREIRA DAS POSSES

**FUNDAMENTAÇÃO, DECISÃO JUDICIAL E
ARGUMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE MANUEL
ATIENZA NA ADI 4439 STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de ____ de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Américo Bedê Junior - Orientador
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Faculdade de Direito de Vitória

Professor Convidado

AGRADECIMENTOS

O mestrado foi um sonho que nasceu no meio da minha graduação e sou muito grata por ter conseguido concretizá-lo. Considerando as responsabilidades que carreguei em conjunto com os inúmeros artigos que tive que produzir, seminários apresentados, livros e textos lidos ... não foi uma caminhada fácil. Mas, em contrapartida adquiri uma carga de conhecimento que sem dúvidas mudou meu olhar, não só sobre o meu modo de advogar, mas principalmente sobre os problemas sociais e sobre o que realmente é justiça.

Com a absoluta certeza não conseguiria concluir esse curso sozinha, por isso, devo agradecer àquelas pessoas que estiveram ao meu lado não só ao longo desse curto espaço de tempo, mas que estão sempre presentes.

Sou grata aos meus pais, por sempre terem batalhado pela minha educação, mesmo que isto custasse abdicar de inúmeras coisas. Agradeço as minhas irmãs por sempre estarem presentes.

Sou muito grata ao meu orientador, professor Américo, por ser um exemplo de humildade, um ser humano digno de aplausos.

Sou grata aos grandes amigos que fiz nessa caminhada e que com certeza levarei por toda a vida no meu coração, a Sther e o Léo.

Palavras me faltam para agradecer ao Magno, por ter me acolhido quando ainda era uma estudante, por ter se tornado mais que meu primeiro cliente, por quase 05 anos ser meu amigo do coração, parte da minha família. Agradeço a ele por nunca ter sido egoísta comigo e ter me ensinado tanto, sobre tantas coisas da vida, por ter me educado a nunca me contentar com o “não”, e a sempre buscar todas as alternativas. Agradeço por ter me propiciado concluir o mestrado, por ter dito paciência com os momentos que estive ausente, mesmo com todo trabalho que temos diariamente, sou grata por ter confiado que eu daria conta. Mas, não obstante tudo isso, sou mais grata ainda pelo carinho e amor que ele sempre me trata, demonstrando que sempre está presente para qualquer situação.

Ao Eduardo, não devo só agradecer o apoio ao longo desses dois anos, mas sim a tudo que já fez e tem feito por mim desde que começamos a namorar. Ele tornou-se um companheiro de todas as horas, apoiador de todos os meus sonhos, àquele que escuta todos os meus anseios e divide todos os pesos. A vida tornou-se muito mais leve e colorida depois ele chegou, e certamente mais feliz depois que trouxe Foguinho. Obrigada meu amor, por ser tão maravilhoso e por ter me ensinado como é bom ter um companheiro na vida.

A Deus sou imensamente grata, por ter colocado todas essas pessoas em minha vida. Por ter me dado uma família maravilhosa, amigos ímpares, uma profissão que amo, um trabalho sem igual e um amor. Realmente sou muito abençoada.

“A vida não perdoa dissidentes.”
Cármem Lúcia

RESUMO

A Constituição da República promulgada em 1988 a fim de concretizar sua proposta democrática trouxe, dentre inúmeros outros, o direito a fundamentação das decisões judiciais. Tal direito desvela-se na determinação do Poder Judiciário que ao proferir suas decisões fundamente-as de modo a garantir que os jurisdicionados entendam as razões que levaram a tal posicionamento, podendo dela discordar ou ainda a controlar. Assim, analisou-se neste trabalho quais elementos devem conter em um provimento judicial para que ele seja considerado suficientemente fundamentado, atendendo a determinação constitucional e infraconstitucional. Expôs-se que a argumentação é peça fundamental para concretização de tal princípio e que a Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Manuel Atienza traz interessantes orientações para o caminho a ser percorrido pelo magistrado a fim de proferir uma decisão legítima. Visando aplicar a teoria explanada na pesquisa, fez-se análise de uma situação concreta: a ADI 4439 julgada pelo STF em 2017, na qual encontrava-se em plano suposto conflito entre a opção do Estado Brasileiro pela laicidade e a liberdade religiosa, analisada dentro da determinação constitucional da existência da disciplina de ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental. Foi demonstrado, por meio do método dedutivo, com critérios bem definidos de interpretação (os critérios propostos por Manuel Atienza para avaliação de argumentos), que nem sempre uma decisão será proferida com argumentos considerados como “bons”, e que no caso de julgamentos colegiados, a tese vencida pode conter elementos “melhores” que a vencedora. Isto existe, pois, os julgadores não recebem somente casos cuja solução depende unicamente da subsunção do fato à norma, e sim demandas permeadas por uma elevada carga valorativa (como a ADI 4439), demonstrando ser altamente controvertido a questão de existência ou não de uma única resposta correta no direito. Concluiu-se que independentemente de existir ou não uma única resposta correta, os aplicadores do direito devem fazer com que suas afirmações e fundamentações tenham um sentido pleno, elevando a pretensão de que a sua resposta é a única cabível, sendo impossível dissociar de tal prática a utilização de uma boa argumentação jurídica.

Palavras-chave: Direito fundamental. Fundamentação. Decisão Judicial. Argumentação Jurídica.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic promulgated in 1988 in order to achieve its democratic proposal has brought, among many others, the right of substantiation of legal decisions. This right is revealed in the determination of the Judiciary when pronounce its decisions, substantiate well, to be ensure that the courts understand the reasons that led to such position, allowing the court disagree or even controlling it. Thereby, in this paper analyses, which elements should restrain in a legal proviment in order to assure that is sufficiently substantiate, achieving the constitutional and infraconstitutional determinations. It was pointed out that the argumentation is a fundamental part of this principle, and that the Legal Argumentation Theory proposed by Manuel Atienza provides interesting guidelines to the Judges make a legitimate decision. Looking for the apply the theory explained in the research, an analysis was made of a concrete situation: ADI 4439 judged by the STF in 2017, in which there was supposedly a conflict between the Brazilian State's option for laicity and the religious freedom, analyzed within of the constitutional determination of the existence of the discipline of religious education in public elementary schools. It was demonstrated, through the deductive method, with well-defined criteria of interpretation (the criteria proposed by Manuel Atienza for the evaluation of arguments), that is not always that a decision will be made with arguments considered “good”, and that in the case of collegial judgments , the subdued thesis may contain "better" elements than the winner. This exists, because, the judges do not only receive cases whose solution depends solely on the subsumption of fact to the norm, but demands permeated by a complex issues and values (as ADI 4439), demonstrating that the question of the existence, or not of a single correct answer in the law, is highly controversial. It was concluded that regardless of whether or not there is a single correct answer, law enforcers should make their statements and grounds have a fully meaning, searching the intend that their answer is the only able, and it is impossible to dissociate from such practice the use of good legal argumentation.

Kew-words: Fundamental Rights, Substantiation, Legal Decision, Legal Argumentation.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Brasileiros, Por Sexo, em Cada Religião/Censo 2010	92
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CFRB – Constituição da República Federativa do Brasil

CPC – Código de Processo Civil

Min. - Ministro

Rel. - Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

PGR – Procuradoria Geral da República

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA VISÃO DE MANUEL ATIENZA E OS CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS JURIDICOS	16
1.1 O CONCEITO DE ARGUMENTAÇÃO NA LITERATURA DE MANUEL ATIENZA.....	16
1.2 O SURGIMENTO DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURIDICA: A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURIDICO.....	19
1.3 A PROPOSTA DE UMA NOVA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURIDICA	21
1.4 COMO AVALIAR UMA ARGUMENTAÇÃO JURIDICA: A ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS OBEJTIVOS.....	32
1.4.1 Universalidade.....	40
1.4.2 Coerência.....	41
1.4.3 Adequação das Consequências.....	42
1.4.4 Moral Social.....	44
1.4.5 Moral Justificada.....	45
1.4.6 A Razoabilidade no Direito.....	46
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO	49
2.2 A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E OS ESTADOS DE DIREITO: A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO.....	49
2.2.1 A Fundamentação das Decisões Judiciais no Direito Brasileiro: Análise do artigo art. 93, inciso IX da CRFB.....	52
2.2.2 O Novo Código de Processo Civil e Fundamentação de Decisão Judicial: Análise do artigo 489 do Código de Processo Civil.....	59
2.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ARGUMENTAÇÃO COMO FATORES LEGITIMANTES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	63
3 A AVALIAÇÃO DOS ARGUMENTOS NA ADI 4439: APLICAÇÃO DA TEORIA AO CASO CONCRETO	70
3.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439 DISTRITO FEDERAL: BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/CONSAGRAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	70
3.1.1 Exame da Fundamentação que Julgou pela Procedência da Ação.....	73
3.1.2 Exame da Fundamentação que Julgou pela Improcedência da Ação.....	78
3.1.3 A Decisão do STF: A Improcedência da ADI 4439.....	85
3.2 A AVALIAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSTANTES NA ADI 4439.....	87
3.2.1 Universalidade.....	88
3.2.2 Coerência.....	90
3.2.3 Adequação das Consequências.....	91
3.2.4 Moral Social.....	92
3.2.5 Moral Justificada.....	93

3.2.6 Razoabilidade	94
3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXISTÊNCIA OU NÃO DE UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA EM CASOS DIFICEIS E A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS	102

INTRODUÇÃO

Sob a promessa de inaugurar uma nova era, em 1988 foi promulgada uma nova Carta Constitucional, a qual pode-se atribuir dupla significação. Elaborada em um período que se almejava findar com um regime antidemocrático, marcado por cotidiana violação aos direitos fundamentais, a nova lei é resultante de um desejado (e esperado) retorno à legitimidade, viabilizado, por sua vez, através do estabelecimento de um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2010, p. 20). Todavia, suas disposições concentram não apenas as garantias resultantes da emancipação conquistada naquele específico momento histórico, mas também um projeto para o futuro (MOREIRA, 2010, p. 103).

Entre os valores assegurados pela ordem constitucional inaugurada, destaca-se a garantia à certeza jurídica, e os princípios que a acompanham: a segurança de expectativas jurídicas e a salvaguarda do cidadão contra atitudes e decisões arbitrárias por parte do governo e de seus agentes. Isso ocorre, porque uma sociedade que alcança os ideais de certeza e segurança jurídica permite que seus cidadãos tenham vidas autônomas em circunstâncias de mútua confiança.

Um dos mecanismos contidos na CRFB de 1988 para efetivar a segurança jurídica encontra-se em seu artigo 93, inciso IX, que traz o direito para aqueles que buscam tutela estatal de receber do Poder Judiciário decisões que estejam devidamente fundamentadas. Sendo o Estado o detentor da jurisdição¹, nada mais coerente que, dentro de um contexto democrático constitucional, seus atos sejam no mínimo justificados perante os seus jurisdicionados. Sob outra ótica, a nova Constituição introduz de modo expreso o dever dos magistrados em fundamentar seus comandos judiciais.

Caso o juiz não demarque precisamente a trilha optada para a justiça realizada, o arbítrio dá lugar ao caos e à insegurança, uma vez que a sentença não resulta de simples mecanismo de lógica jurídica, silogismo ou operação aritmética, mas também de elementos principiológicos e regras formais (MARINONI, 2010, p. 45). É a função justificadora da decisão que a torna

¹ Adverte-se que o estado é detentor da jurisdição, todavia não o exerce de em regime de monopólio.

controlável quanto à sua racionalidade, visando sempre não apenas convencer as partes e/ ou as instâncias superiores, mas também a opinião pública.

Nesse contexto, trinta anos após a sua publicação, ainda são procurados meios para consolidar o projeto democrático proposto em 1988. Na seara processual cível, restava claro que a norma infraconstitucional de 1973 não atendia aos anseios nascidos com a nova Constituição, assegurando de forma deficitária os valores previstos nela. Assim, em 2015 com vistas a implementar as garantias constitucionais, foi publicado um novo Código de Processo Civil, que nasceu pela Lei nº 13.105, de 15 de março e entrou em vigor em 2016².

Diversas foram as alterações trazidas pelo novo diploma legal, dentre as quais destaca-se o artigo 489, o qual pode-se considerar que traça preceitos para o atendimento ao artigo 93, inciso IX, da CFRB. Aquele artigo legal oferece parâmetros para o juiz justificar sua decisão, traçando linhas de quais elementos devem conter em uma decisão para ela ser considerada suficientemente fundamentada.

Fundamentar uma decisão possui várias funções que serão esmiuçadas ao longo do trabalho. Destaca-se desde logo, a de possuir o condão de controlar os limites que a lei oferta aos julgadores, por meio da via difusa da democracia participativa, pois em um Estado de Direito não é admitido que os juízes decidam arbitrariamente sem respeito a qualquer parâmetro. Os comandos judiciais devem conter as razões que levaram o julgador até a decisão tomada, ele deve descrever o caminho percorrido para a solução da lide (ATIENZA, 2009, p. 253).

É natural à atividade interpretativa e argumentativa que o intérprete, sendo neste caso, o juiz, ao proferir sua decisão, trilhe uma linha lógica de justificação interna, assim como uma linha argumentativa de justificação externa. Tais justificações são as razões psicológicas e jurídicas lançadas pelo juiz na prolação da sentença, e devem ser realizada de acordo com a legislação vigente, ou seja, o julgador precisa aplicar-se para descobrir qual das pretensões das partes do processo está devidamente justificada na lei, bem como de acordo com as peculiaridades do caso apreciado(ATIENZA, 2009, p. 253).

² Considerando as inovações trazidas, a lei somente entrou m vigor um ano após a sua publicação oficial.

Quando se exige que o julgador exponha as razões da sua decisão, ele não deve meramente refletir em profundidade, mas declarar e explanar publicamente as razões justificatórias do comando (MACCORMICK, 2008, p. 23). Assim, a argumentação surge como atividade indissociável da prática jurídica, pois ela é capaz de oferecer elementos que diferenciam a mera explicação da justificação.

Considerando a necessidade de argumentação, especificamente em comandos judiciais, chega-se as Teorias de Argumentação Jurídica, campo em que se destaca o autor Manuel Atienza (2013, p. 206), que se valeu das teorias já existentes e elaborou uma nova teoria da argumentação jurídica, marcada por técnicas e métodos, que em seu entendimento supririam todos os problemas contidos nas precedentes.

Ao elaborar sua teoria, Atienza (2013, p. 547), propõe orientações sobre como avaliar uma argumentação jurídica, estabelecendo critérios que devem ser atendidos para se concluir sobre a qualidade dos argumentos contidos no comando. Tais parâmetros examinam as teses da objetividade do raciocínio jurídico, são eles a universalidade, a coerência, adequação das consequências, moral social, moral justificadora e razoabilidade

Considerando a determinação constitucional de fundamentação de decisões judiciais, fortificada pela legislação infraconstitucional, surge a questão exposta neste trabalho: Nos moldes propostos por Manuel Atienza para a avaliação de uma argumentação jurídica, caso sejam preenchidos os critérios, ou seja, os argumentos forem considerados “bons”, será proferida uma decisão bem fundamentada, que atenda aos princípios do Estado de Direito?

A hipótese levantada é que poderão surgir decisões motivadas satisfatoriamente, todavia, principalmente em casos de decisões proferidas por colegiados, haverá situações em ambos os argumentos – vencidos e vencedores poderão ser classificados como bons, todavia a primeira classe será rechaçada.

A fim de verificar o problema levantado, foi analisada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que a Procuradoria Geral da República questionou a inconstitucionalidade do ensino religioso ser ministrado em escolas públicas no Brasil de modo confessional. A ADI foi julgada improcedente, com uma votação apertada, onde cinco ministros votaram pela procedência e seis pela improcedência.

A problemática será desenvolvida em três capítulos. No primeiro, a título de introdução ao tema tratado na pesquisa, expor-se-á os conceitos de “argumentação”, especificamente na literatura de Manuel Atienza, marco teórico da pesquisa. Após, proceder-se-á a análise da teoria da Argumentação Jurídica proposta pelo referido autor. O objetivo será expor sua teoria da argumentação jurídica, demonstrando, a princípio, quais os vícios contidos nas teorias que precederam a sua, quais as funções que ele atribui à argumentação jurídica, e como ela deve ser elaborada.

Não obstante a importância de todas as considerações tecidas por Atienza sobre argumentação jurídica, como por exemplo, o modo como são analisados os argumentos, será elucidado com maior ênfase, os critérios que ele propõe para avaliar uma argumentação jurídica, a fim de averiguar se uma argumentação é boa ou não, tendo em vista que tais critérios serão aplicados a um caso concreto (ADI 4439).

No segundo capítulo serão tecidas considerações sobre o Direito à fundamentação das decisões judiciais, o qual, nos termos já antecipados, encontra guarita na Constituição Federal, bem como na legislação infraconstitucional. Será explanado sobre a visão trazida pelo novo Código de Processo Civil, e suas determinações para que uma decisão seja suficientemente fundamentada. Ao final, será correlacionada a prática da argumentação à atuação do “bom jurista”, bem como clarificado que sua aplicação leva à efetivação da justiça social e à aplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais.

No terceiro e último capítulo, passar-se-á à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439, analisado os argumentos contidos nos votos que opinarão pela procedência da demanda, e, em seguida aqueles contidos nos votos que optaram pela improcedência, tese vencedora. Em seguida, serão aplicados os critérios de avaliação de argumentos propostos por Manuel Atienza a ambas as teses. São trazidas também breves reflexões sobre o pensamento do referido autor sobre a existência ou não de uma única resposta correta para casos difíceis, relacionando tal tema com a necessidade de existência sempre de uma decisão bem fundamentada, independentemente de existir uma única resposta ou não.

Nas considerações finais serão apresentados pontos conclusivos destacados, averiguando se a hipótese proposta ao problema foi confirmada ou não.

Neste trabalho, utilizar-se-á a metodologia do tipo dedutiva, a qual parte de argumentos gerais para os argumentos particulares. De início, serão apresentados “[...]argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que estas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas” (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2004, p. 65). O raciocínio que segue a linha dedutiva explica o conteúdo das premissas expostas, através do uso do silogismo, ou seja, parte de duas premissas, para retirar uma terceira, que decorre logicamente das duas primeiras, denominada de conclusão (GIL, 1999; LAKATOS; MARCONI, 1993).

Destaca-se que a relevância do presente trabalho para a contexto jurídico brasileiro é inegável. Tal fato deve-se à necessidade de concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, como o da fundamentação das decisões judiciais. O momento da dissertação também se torna propício, pois conforme exposto em 2018 a Carta Constituição comemorou trinta anos e ainda busca por efetivação de suas normas, assim investigar institutos que possam auxiliar tal tarefa mostra-se imprescindível.

1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA VISÃO DE MANUEL ATIENZA E OS CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DE ARGUMENTOS JURIDICOS

1.1 O CONCEITO DE ARGUMENTAÇÃO NA LITERATURA DE MANUEL ATIENZA

Considerando o proposto para a presente pesquisa, a fim de que se possa compreender de modo mais afinado o raciocínio desenvolvido, antes de adentrar ao enfoque principal dessa primeira parte é necessário tecer, ainda que breves, considerações a respeito do conceito de argumentação³.

A argumentação pode aparecer em várias concepções distintas, tendo em vista que várias disciplinas se interessam por ela, acarretando ao termo a característica da complexidade. Todavia, a individualidade da expressão não deriva de modo puro do fato de que “argumentação” é palavra ambígua, não bastando, via de consequência, mostrar em quais sentidos distintos se fala em argumentar, para elucidar seu significado, deve-se sempre que for possível explicar a relação que existe entre todos eles (ATIENZA, 2013, p. 109) .

Manuel Atienza (2013, p. 109), para desvelar o conceito de tal vocábulo, valeu-se de uma estratégia: distinguiu o significado entre conceito e concepção. Para o termo conceito considerou o autor tratar-se de uma noção muito ampla, caracterizada por uma série de propriedades que deveriam estar presentes sempre que tenha sentido falar em argumentação. Já concepção – asseverou que são as interpretações distintas desses mesmos elementos. “Conseguir-se-ia, assim, certa unidade dentro da diversidade”⁴ (ATIENZA, 2013, p. 109), alcançando, deste modo, ao final o significado de argumentar.

O autor, ainda na busca pela elucidação do significado de argumentação, destacou a importância de quatro elementos que, ao menos em um plano abstrato, configurariam o conceito de argumentação. Primeiramente, afirmou que argumentar é sempre uma ação

³ Nesse tópico será abordado o conceito unicamente do termo argumentação. Com relação à argumentação jurídica, as considerações serão feitas adiante, ainda neste capítulo, mas de modo separado.

⁴ No original “Se lograría así cierta unidad en la diversidad.”

relativa à linguagem. Atienza defendeu que é um uso da linguagem que se caracteriza pela necessidade de dar razões: argumentar quando se defende ou se combate uma determinada tese (ATIENZA, 2013, p. 109).

Aduziu como segundo elemento para configuração do conceito que “uma argumentação pressupõe sempre um problema, uma questão (de índole muito variada), cuja resposta tem que se basear em razões apropriadas ao tipo de problema de que se trate”⁵ (ATIENZA, 2013, p. 109). Na perspectiva do terceiro elemento, Atienza asseverou que uma argumentação supõe tanto um processo, uma atividade, como um produto ou resultado dessa atividade. Sendo que como atividade, a argumentação é tudo o que está entre a colocação do problema e a sua solução, já como resultado destacou que no contexto de uma argumentação “[...] cabe distinguir sempre essas três entidades: premissas, conclusão e inferência (a relação que se dá entre as premissas e conclusão)”⁶ (ATIENZA, 2013, p. 109).

Como quarto e último elemento, Atienza (2013, p. 110) apontou o aspecto racional da prática de argumentar:

Argumentar é uma atividade racional, no duplo sentido de que é uma atividade orientada a um fim, e de que há critérios para avaliar uma argumentação, ou seja, de que sempre parece fazer sentido perguntar se uma argumentação é boa ou ruim, melhor ou pior que outra, aparentemente boa, mas ruim na realidade etc.⁷

Por conseguinte, em outro momento da mesma obra o autor concluiu que argumentação:

[...]seria toda aquela atividade que transcorre entre um extremo e outro (o início e o final; o problema e a solução) e na qual se pode distinguir não apenas argumentos (e linhas argumentativas), mas também outros passos não argumentativos. O final de uma argumentação (em Direito) é um enunciado diretivo, ou seja, um enunciado com uma direção de ajuste do mundo-à-linguagem: um dever, uma sugestão etc.⁸[...] (ATIENZA, 2013, p. 664).

⁵ No original: “Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate.”

⁶ No Original: “[...]“cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da entre las premisas y la conclusión).”

⁷ No original: “Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera.”

⁸ No original: “[...]es toda la actividad que media entre un extremo y el otro (el inicio y el final; el problema y la solución) y en la que se pueden distinguir no sólo argumentos (y líneas argumentativas), sino también otros pasos no argumentativos. El final de una argumentación (en el Derecho) es un enunciado directivo, o sea, un enunciado con una dirección de ajuste mundo-a-linguaje: un deber, una sugerencia, etc[...].”

Ainda no âmbito do contexto de argumentação, Atienza destaca que antes de se chegar ao final, ou seja, ao deslinde do problema, em um determinado ponto intermediário, especificado ou qualificado por ele como enunciado diretivo “[...]a solução a que se chega pode ser expressa em um enunciado informativo, com uma direção de ajuste da-linguagem-ao-mundo: estabelecer um fato como provado”⁹ (ATIENZA, 2013, p. 109) trata-se, nesse caso, da explicação causal de uma ação, nas palavras do autor “prever um estado de coisas”¹⁰ (ATIENZA, 2013, p. 643).

Considerando o proposto como estudo, necessário destacar a relação que o autor tece sobre argumentação e decisão. Quando se refere à resolução argumentativa de um dado problema, Atienza (2013, p. 644) faz distinção entre essa e a tomada de uma decisão, mesmo assim ele adverte que

[...] as operações estão (ou podem estar) estreitamente vinculadas. O texto de uma sentença inclui ambas as coisas: a justificação – a motivação – de uma decisão (que conclui com um enunciado do tipo “devemos condenar X à pena P”) e a decisão enquanto tal (“condenamos X à pena P”). Além disso, um parecer ou um informe se conclui com uma resposta arrazoada a uma questão jurídica que – se não é vinculante – não vai acompanhada de nenhuma decisão, mas de uma sugestão (com maior ou menos força) para que alguém tome alguma decisão.¹¹

Ou seja, mesmo distinguindo a resolução de um problema de modo argumentativo da tomada de decisão, o autor afirma que os procedimentos estão, ou podem estar interligados.

Em complemento, Atienza afirma que àqueles que lidam com o direito¹² devem argumentar, pois decidem ou propõem a outro que decida em determinado sentido, assim a argumentação segue ou precede a determinada decisão, “[...] como a sombra do corpo, são facetas de uma mesma realidade” (ATIENZA, 2013, p. 61-62)¹³.

⁹ No original: “[...]en algún paso intermedio, la solución a la que se llega puede ser expresada en un enunciado informativo, con una dirección de ajuste lenguaje-a-mundo: establecer como probado un hecho.”

¹⁰ No original, a expressão mencionada por Atienza é “predecir un estado de cosas”

¹¹ No original: “[...] las dos operaciones están (o pueden estar) estrechamente vinculadas. El texto de una sentencia incluye una y otra cosa: la justificación —la motivación— de una decisión (que concluye con un enunciado como debemos condenar a X a la pena P) y la decisión en cuanto tal (condenamos a X a la pena P»). Y un informe o un dictamen se concluye con una respuesta razonada a una cuestión jurídica que —si no es vinculante— no va acompañada de ninguna decisión, sino que es más bien una sugerencia (con mayor o menor fuerza) para que alguien tome una decisión.

¹² Quando se remete àqueles que lidam com o direito, o autor (ATIENZA, 2013, p.61) menciona o advogado, juiz, legislador e o jurista.

¹³ No original “[...]como la sombra del cuerpo, son facetas de una misma realidad”.

A respeito desse ponto, é importante também a relação que Atienza estabelece entre Direito e argumentação, asseverando que, em seu conjunto, o Direito “[...] poderia ser visto como uma prática complexa consistente, em boa medida, em uma série de decisões, ou de propostas de decisões, acompanhadas de argumentações (a favor ou contra), para a resolução de certos problemas” (ATIENZA, 2013, p. 643) ¹⁴

Assim, para Atienza (2013, p. 110) argumentar é algo que ocorrerá dentro do contexto de resolução de problemas, apesar de a resposta de vários, dentre eles destacando os jurídicos, de modo rotineiro, irão requerer habilidades adicionais, além da argumentativa. Ou seja, a argumentação é fundamental, mas isoladamente não satisfaz todas as necessidades.

1.2 O SURGIMENTO DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURIDICO

A Teoria da Argumentação surge como uma proposta dentre as diversas existentes para a criação de um novo paradigma para a Ciência Jurídica e conseqüente superação do Positivismo Jurídico, que vinha sendo alvo de consistentes críticas, colocando em questionamento seus postulados básicos¹⁵, principalmente a vertente que considera que a norma positiva traz em seu bojo, todas as respostas que o intérprete precisará para a solução do litígio no caso concreto.

Tal teoria encontra-se interligada com a ideia de que a saída dos problemas que envolvem a aplicação do Direito não poderá ser sempre deduzida ao relato da norma, e sim construída indutivamente, levando em consideração os fatos, valores e escolhas. “As diferentes Teorias da Argumentação Jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e

¹⁴ No original “[...] podría verse como una práctica compleja consistente en una buena medida en una serie de decisiones, o de propuestas de decisiones, acompañadas de argumentaciones (a favor o en contra de las mismas), para la resolución de ciertos problemas.

¹⁵ Nesse contexto, imperioso mencionar como crítico da dogmática jurídica positivista o autor Lênio Streck, que afirma: “[...] o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza), preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, não conseguiam atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/mo de produção do Direito) liberal-individualista-normativista estava esgotado” (STRECK, 2011. p. 17)

permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais” (BARROSO, 2010, p. 339).

Atienza (2013, p. 33) destaca a existência de duas fases no que concerne ao desenvolvimento das teorias da Argumentação Jurídica: a dos precursores e aqueles autores que desenvolveram a teoria que ele denominou de *standard*¹⁶.

Nos anos 1950, têm-se os precursores, cujas teses são caracterizadas pelo fato de não poder ser visto unicamente como um tipo de raciocínio dedutivo. Como exemplo temos os autores Recaséns Siches, Viessweg, Perelman e Toulmin (ATIENZA, 2013, p. 31).

No final da década de 1970, ascenderam os autores que integram a concepção *standard*, na qual o raciocínio jurídico não aparece já como contraposto ao dedutivo. Em verdade, os autores dessa época¹⁷ trouxeram a concepção de que para compreender a complexidade do Direito, necessitam de outros recursos, além da lógica em modo estrito, ou seja, a partir da percepção de que a lógica formal dedutiva é insuficiente para descrever e prescrever os aspectos inerentes e necessários à argumentação (ATIENZA, 2013, p. 37).

Atienza (2013, p. 37) menciona que MacCormick prega que a lógica dedutiva não permite justificar decisões judiciais em casos difíceis e que Alexy defende que o argumento legal deveria ser visto como um caso especial de discurso prático geral, sendo este definido a partir de uma série de regras que não são, simplesmente, lógico-formais.

Essas Teorias da Argumentação apresentaram-se dentro do panorama de uma nova Teoria do Direito, que nasce em oposição ao positivismo, buscando a possibilidade de se poder analisar de modo racional a “[...] atividade valorativa humana resgatando a herança aristotélica e combinando-a com novos elementos extraídos da linguística, da filosofia da linguagem, da lógica, da ética e de outros campos de conhecimento (CRUZ; ROESLER, 2007, p. 16).”

Atienza (2009, p. 250) ressalta que a quebra de fronteiras entre o direito positivado como meio de resolução de conflitos e os demais sistemas (não positivados ou informais) impõe aos operadores jurídicos maior atenção em justificar/argumentar suas decisões. Todavia, alerta

¹⁶ Atienza (2013, p. 33) refere-se a teorias *standard* (no original *estándar*) com aquelas que precederam à sua.

¹⁷ Atienza (2013, p. 31) destaca como precursores Wróblewski, Peczenik, Aarnio, Alexy e MacCormick.

para o fato de que uma das primeiras distinções que se deve ter em mente é que o direito não se reduz à argumentação, mas, por certo, uma boa argumentação é elemento essencial para o alcance de uma boa prática jurídica, ou mesmo para uma boa teoria (ATIENZA, 2009, p. 250).

De igual modo, como exposto outrora, argumentar e decidir não são sinônimos da mesma prática, porém são práticas que caminham juntas complementando-se, ainda que muitas vezes uma possa existir sem a outra.

Para o estudo da argumentação jurídica, interessa o contexto das resoluções de controvérsias que exigem algo a mais que a simples decisão¹⁸, que necessita justificação e, portanto, de argumentação. Esse é o contexto, por exemplo, dos casos difíceis, em que o confronto de princípios e regras requer que o julgador tenha uma fundamentação concreta e razoável ao proferir sua decisão, já que não se trata única e puramente de subsunção do fato à norma.

1.3 A PROPOSTA DE UMA NOVA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A investigação de Atienza (2013, p. 212) em relação às diversas teorias argumentativas já existentes resultou em uma visão ainda mais abstrata, numa classificação das várias teorias em conformidade com a parte específica da argumentação, que levou o autor a propor sua própria teoria. Segundo ele uma Teoria da Argumentação

[...] deve ser avaliada a partir de três perspectivas diferentes, isto é, considerando seu objeto, seu método e sua função. Por outras palavras, tratar-se-ia de ver o que explica a teoria em questão, como explica e para que, isto é, que finalidade instrumental ou não, manifesta ou latente ela cumpre. (ATIENZA, 2006, p. 212)

Ainda comparando com as teorias que precederam à sua, Atienza (2006, p. 213) assevera que todas elas possuem deficiências nas três dimensões acima mencionadas (objeto, método e

¹⁸ Neste paragrafo interpreta-se decisão como comando final.

função), apresentando propostas alternativas para a superação de cada ponto e trazendo soluções para as falhas encontradas.

Iniciando pela primeira perspectiva destacada, o objeto, Atienza o divide em quatro aspectos para análise. Primeiramente aduz que “[...] a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo” (ATIENZA, 2006, p. 212).

Assim, o autor (ATIENZA, 2006, p. 212) propõe que para serem abrangidos fatos em seu objeto de estudo, deveria considerar teorias argumentativas desenvolvidas em outros campos do conhecimento, como o científico e a argumentação que acontece na vida ordinária, por exemplo. Além disso, deveria aproximar-se da sociologia do Direito, e não se isolar na moral ou Teoria do Direito.

Em seguida, no segundo aspecto, Atienza (2006, p. 213) enfatiza a necessidade da Teoria da Argumentação Jurídica ultrapassar os “[...] raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do direito” (ATIENZA, 2006, p. 213) chegando ao âmbito da produção das normas, ou seja, o processo legislativo. Nesse aspecto ele traz uma crítica à teoria proposta por Alexy, no que toca ao referido autor trazer o respeito à lei como limitador do discurso jurídico, Atienza afirma que tal pensamento leva a crer que a

[...]racionalidade na aplicação do Direito depende da racionalidade na legislação; que a argumentação do juiz, das partes no processo ou dos dogmáticos não é independente da que ocorre no parlamento ou órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas (ATIENZA, 2006, p. 213).

O autor (2006, p. 213) defende que o processo de produção de normas jurídicas (a legislação) pode ser enxergado com uma série de relações entre elementos distintos, aqueles que redigem, os destinatários, o sistema jurídico já existente, e os fins e valores das normas. Considerando esses diversos elementos, a racionalidade legislativa seria contemplada em vários níveis, e cada um deles sugeriria um tipo distinto de argumentação.

Ultrapassando para o terceiro campo, que se situa na aplicação do direito, as teorias antecedentes desconsideram o fato de que

[...] a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação, o que não consiste em apenas aplicar normas jurídicas, embora, naturalmente, as normas jurídicas continuem tendo nele um papel importante (ATIENZA, 2006, p. 214).

Assim, Atienza (2006, p. 214) conclui que elaborar uma teoria de argumentação jurídica que leve a efeito tais contextos de procedimentos não é importante somente por razões práticas, mas teóricas.

Em última análise, o autor traz a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica que deve ser, além de prescritiva, descritiva. “Ela deve ser capaz de dar conta suficientemente dos argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica” (ATIENZA, 2006, p. 215). Tal assertiva é desdobrada em duas vertentes, o contexto da justificação e da descoberta.

Para o autor, a teoria proposta “precisa contar não só com critérios sobre como as decisões serão justificadas [...]” (ATIENZA, 2006, p. 215) ou seja, como deve ser argumentado para se afirmar que uma decisão estará justificada mas também “[...] com um método que permita descrever como se fundamentam de fato as decisões tomadas [...]” (ATIENZA, 2006, p. 215), trata-se do contexto da justificação.

Mas o autor não se limita a justificação, traz a importância de se adentrar ao contexto da descoberta, de como chega-se de fato a uma decisão, qual o processo mental, o processo argumentativo que leva ao comando final. Porém, deve-se asseverar que Atienza (2006, p. 215) entende que ambos os conceitos podem se relativizar, pois não é claro se eles podem (ou devem) ser separados.

Tecidas as considerações sobre o objeto, Atienza passa a analisar a metodologia. Em sua concepção, deve ser proposto um “[...] método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos (ATIENZA, 2006, p. 215). Afirma também que deve conter critérios que sejam precisos para julgar a correção em maior ou menor grau dessas argumentações e de seus resultados.

Como uma das principais imprecisões da teoria padrão da argumentação jurídica, o autor destacou “[...] ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente

como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões” (ATIENZA, 2006, p. 216). Mencionou que os autores MacCormick e Alexy, recorreram a lógica do tipo formal dedutiva (clássica), porém em sua opinião não seria a lógica um instrumento suficiente para cumprir com o objetivo proposto, isso ocorre pois

[...]nos processos de argumentação jurídica – assim como na argumentação da vida comum – têm papel fundamental as relações de “ser um argumento a favor de” e “ser um argumento contra”, que não pode ser traduzido adequadamente em termos da noção habitual de inferência lógica. (ATIENZA, 2006, p. 216).

Ademais, para o marco teórico desta pesquisa, o processo de argumentação não se dispõe de modo linear, e sim reticular, lembrando uma trama de tecido ao invés de uma cadeia. Atienza então conclui que, para ser representado de modo adequado, são necessários diagramas que deem conta, “[...] tanto do aspecto sintático, quanto do aspecto semântico e pragmático da argumentação[...].” (ATIENZA, 2006, p. 216), representando, em primeiro lugar, as relações existentes entre os argumentos, em segundo lugar o aspecto semântico (sentido dos enunciados) e no aspecto pragmático, indicar qual é o tipo de linguagem efetuado com o enunciado.

Partindo de tais ponderações, Atienza (2006, p. 216) apresentou uma sequência de passos capazes de reconstruir o raciocínio utilizado no processo de argumentação de um caso difícil. Afirmou que, primeiramente é preciso identificar o problema a ser resolvido, em outros termos, averiguar em qual sentido se observa um caso dado como difícil. Acrescentou que MacCormick lista quatro tipos de problemas jurídicos que podem servir de ponto de partida: problemas de pertinência, problemas de interpretação, problemas de prova e problemas de qualificação (ATIENZA, 2006, p. 216).

No campo da pertinência, os problemas ocorrem quando se tem dúvida sobre a norma que será aplicada ao caso fático. Com relação à interpretação, nascem problemas com relação ao modo como entendem as normas que serão aplicáveis à situação a ser julgada. Na seara probatória, o problema surge quando há questionamentos se determinado episódio ocorreu ou não. Por fim, a adversidade com relação à qualificação desponta, ao passo que eclodem questionamentos se um determinado acontecimento, “[...]que não é discutido, recai ou não no campo de aplicação de um determinado conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma” (ATIENZA, 2006, p. 219).

Se for concluído que se trata de um problema de interpretação, segundo as orientações de Atienza (2006, p. 221), passa-se a verificar se a adversidade surge por insuficiência ou excesso de informação. “Isso se relaciona com a consideração da argumentação como um processo de tipo informativo, no qual se parte de uma determinada informação (a contida nas premissas) para chegar a uma informação de saída (a da conclusão)” (ATIENZA, 2006, p. 220). Por outro lado, quando se tem todas as informações que são necessárias para se chegar a uma conclusão, ao invés de informativo, tem-se uma argumentação do tipo dedutivo.

A argumentação do tipo dedutiva, nas palavras de Atienza (2006, p. 220), e pelo que se pode observar na prática forense, em sua maioria não ocorre, pois, os casos que são apresentados, em sua maioria desvelam-se com premissas deficientes, ou excessivas, mas contraditórias.

Como terceiro passo para a reconstrução de um raciocínio empregado na argumentação de um caso difícil, Atienza prevê a necessidade de construção de hipóteses para o problema em questão, menciona que “[...] é preciso construir novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão” (ATIENZA, 2006, p. 220)¹⁹.

Em ato consecutivo, a próxima medida a ser tomada é justificar aquelas hipóteses postas como solução formuladas, “[...] é preciso apresentar argumentos a favor da interpretação da proposta” (ATIENZA, 2006, p. 220).

Atienza aduz que uma argumentação seria analógica (em sentido amplo), quando o problema tratar-se de insuficiência de informação. Nesse modelo de argumentação, é factível a distinção de várias formas de argumentar, “[...] conforme se use uma argumentação *a pari* ou *a simili*, uma argumentação *a contrario* ou uma argumentação *a fortiori*” (ATIENZA, 2006, p. 220). Por outro lado, quando o problema for o contrário, excesso de informação, “[...] a argumentação ocorrerá mediante o esquema da *reductio ad absurdum* [...]” (ATIENZA, 2006, p. 221), mostrando que determinadas interpretações não seriam aceitáveis, pois trariam consequências²⁰ consideradas como inadmitidas.

¹⁹ Quando se tem todas as informações necessárias para se chegar a uma conclusão, pode-se classificar “argumentar” como do tipo dedutivo.

²⁰ Atienza (2006, p. 221) destaca que a palavra “consequências” é utilizada em sentido amplo, incluindo tanto as fáticas quanto as normativas

Por fim, como segmento final de todo processo de argumentação jurídica, que possui início nas premissas e se finda na conclusão, chega-se à justificação interna

Atienza apresenta também critérios de correção dos processos argumentativos, pois, segundo o autor, “[...] um método, para representar adequadamente os processos de argumentação, é algo bem diferente do estabelecimento dos critérios que devem ser usados para fazer um julgamento sobre sua correção” (ATIENZA, 2006, p. 222).

O autor defende que apesar de as teorias padrão da argumentação jurídica terem contribuído sensivelmente para a elaboração desses critérios de correção, algo que ele atribui como mérito, elas apenas apresentaram critérios mínimos, concentrando-se notadamente na noção de racionalidade prática “[...] que só permite descartar como irracionais determinadas decisões ou formas de argumentação[...]” (ATIENZA, 2006, p. 223). Porém, quando aplicado ao processo de argumentação de casos difíceis seriam aprovadas diversas soluções, com base nesse teste de racionalidade (ATIENZA, 2006, p. 223).

Após findar suas considerações acerca dos problemas metodológicos, Atienza propõe as funções que considera serem atribuídas a uma Teoria da Argumentação Jurídica. Para ele, tal teoria, de modo básico, deveria cumprir três funções: “[...] a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral (ATIENZA, 2006, p. 224).”

Ao pormenorizar suas considerações sobre a primeira função que uma teoria da argumentação (de caráter teórico) deve possuir, Atienza (2006, p. 224) afirma que é necessário observar até qual limite ela permite a compreensão aprofundada da prática de argumentar e do fenômeno jurídico.

O autor traz que a concepção de Alexy “[...] de que o Direito deve ser visto, por um lado, como um sistema de normas (é a perspectiva da teoria padrão – estrutural – do Direito) e, por outro lado, como um sistema de procedimentos (essa seria a perspectiva assumida pela teoria da argumentação jurídica)”(ATIENZA, 2006, p 224) é particularmente correta, todavia, para que seja idealizada uma teoria do Direito, que de forma autêntica seja geral e integre ambos os aspectos, seria necessário “[...] desenvolver seu aspecto dinâmico, isto é, seria preciso generalizar a teoria existente – teoria padrão [...]” (ATIENZA, 2006, p 224).

Analisando sob outro aspecto, Atienza (2006, p. 224) menciona Toulmin, classificando como exagerada a constatação daquele autor “[...] quando afirmou que a lógica devia ser vista como “jurisprudência generalizada” [...] (ATIENZA, 2006, p. 224) porém não admitiu questionamentos quanto à assertiva de que “[...] argumentar constitui uma atividade central dos juristas – poucas profissões consistem mais genuinamente que a dos juristas em fornecer argumentos – e que o Direito oferece um dos campos mais importantes da argumentação[...]” (ATIENZA, 2006, p. 224).

Mesmo com tais conclusões, o autor adverte (ATIENZA, 2006, p. 224), que o desenvolvimento de uma teoria da argumentação não pode ser feito de modo isolado, ignorando-se as análises sobre argumentação que se realizam em outros campos fora do Direito.

Passando à segunda função eleita, Atienza (2006, p. 224) destaca a função prática ou técnica da argumentação jurídica, que pode ser definida como uma função orientadora nas atividades de produzir, interpretar e aplicar o Direito. O autor é enfático:

[...] entendo que esta deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito. Para que uma teoria da argumentação jurídica possa cumprir essa função de caráter instrumental (dirigida tanto aos práticos do Direito quanto aos cultivadores da dogmática jurídica) ela terá de poder oferecer um método que permita reconstruir o processo real da argumentação, além de uma série de critérios para fazer um julgamento sobre sua correção. (ATIENZA, 2006, p. 224-225).

Não obstante as funções já mencionadas, o autor menciona outras de cunho prático que uma teoria da argumentação deve desenvolver. “A primeira se relaciona com a construção de sistemas jurídicos hábeis [...]” (ATIENZA, 2006, p. 225). A contrário da teoria Estrutural do Direito, que viabiliza (ou deveria viabilizar) o auxílio ao desempenho do conhecimento jurídico, “[...] a teoria da argumentação jurídica teria de cumprir um papel semelhante com relação ao motor de inferência” (ATIENZA, 2006, p. 225).

A segunda função toca o ensino do Direito. Atienza (2006, p. 225) frisa a necessidade do operador do Direito não se limitar ao conhecimento dos conteúdos do direito positivado, mas também pensar ou raciocinar “como um jurista”. Assim teria a Teoria da Argumentação jurídica a função de ofertar sustentação suficiente para tanto, ou seja, de auxiliar no

encadeamento do raciocínio, não deixando que sejam os operadores do Direito mero reprodutores do conhecimento assimilado e das normas constantes no ordenamento.

Ao final, a intitulada por Atienza como função política ou moral, trata-se da afinidade com o tipo de ideologia jurídica que, de modo inevitável, sempre está presente na essência de uma determinada argumentação. Para o autor

[...]a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. (ATIENZA, 2006, p. 225-226).

O autor (ATIENZA, 2006, p. 225) destaca que o Direito visto nos Estados democráticos não se afigura necessariamente o melhor dos mundos que se possa imaginar, porém, é o melhor dentre os mundos jurídicos presentes. Assim a respeito da adoção de decisões jurídicas elaboradas mediante processos argumentativos, sucumbe o Direito, consistindo também na utilização de ferramentas burocráticas e coativas. Tais considerações foram trazidas por Atienza (2006, p. 226) para introduzir o pensamento de que

[...]na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo.

Porém, ao que parece, a teoria padrão exclui a possibilidade de uma terceira classe, aquela dos casos trágicos, aqueles em que “[...] não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”(ATIENZA, 2006, p. 225). Nessas hipóteses, proferir uma decisão significa criar um impasse, ao invés de ofertar uma alternativa.

Após apresentar suas críticas e questionamentos às teorias já existentes e explanar suas propostas para uma nova teoria, Manuel Atienza (2006, p. 226) estabelece que é necessário,

para oferecimento de uma Teoria da Argumentação Jurídica examinar a prática de argumentar a partir de três distintas concepções, quais sejam, a formal, a material e a pragmática, sendo que esta última divide-se em dialética e retórica.

Para o autor (ATIENZA, 2006, p. 226) as concepções acima mencionadas se encontram intimamente relacionadas com a noção de problema. Desse modo o autor determina que se deve identificar igualmente quais as situações-problemas, ou seja, quais casos requerem solução, atitude que precede o uso dessas três perspectivas argumentativas.

No que toca à concepção formal, esta é empregada na resolução de problemas de cunho formal, nos quais a resposta é o que é, independentemente de quem a está sustentando, em qual conjuntura ou com qual finalidade. O autor destaca que tais problemas não assumem correlação com a realidade, deste modo, não possuem necessidade de comprometimento com o que consta no conteúdo do texto²¹, abstrai-se dos significados de suas proposições (ATIENZA, 2006, p. 226).

A concepção formal baseia-se nos passos dados entre as premissas e as conclusões, trata-se da lógica dedutiva, na qual não há importância acerca da verdade do que é apresentado como premissa; interessam os recursos que autorizam a passagem destas para atingir conclusão.

Deste modo, o que existe não são propriamente argumentos, mas sim esquemas argumentativos (ATIENZA, 2006, p. 226). Ao lado dessa conclusão, Atienza (2006, p. 227) assevera também que há limitações quanto à argumentação que se ancora na lógica, destacando duas. Uma é que quando se analisa de forma lógica os argumentos apresentados, preocupa-se mais com os esquemas de argumentação dispostos, ao próprio conteúdo da argumentação.

A outra crítica trazida pelo autor é que em casos complexos, nos quais é necessário aprofundar a verificação do conteúdo, o esquema lógico demonstra-se insuficiente, tendo em vista que demandam algo mais que esquemas argumentativos (ATIENZA, 2006, p. 227).

²¹ Cita, como exemplo, os problemas matemáticos e de lógica, destacando sua natureza abstrata.

Porém, não obstante tais críticas, Atienza (2006, p. 226) reconhece que a lógica trouxe contribuições para a argumentação jurídica. Inicia com a clareza ofertada pelos seus esquemas argumentativos que podem ser utilizados tanto na construção dos argumentos, quanto na sua análise e valoração. Após, destaca que a lógica auxilia na interpretação e na conceituação, asseverando que, mesmo não resolvendo todos os problemas de argumentação, oferece importante contribuição para ver onde eles estão, sendo também importante ferramenta na redação dos textos jurídicos²² (ATIENZA, 2006, p. 226).

Como última contribuição trazida pela lógica ao Direito, Atienza (2006, p. 227) menciona que ela possibilita o controle da qualidade argumentativa, tendo em vista que viabiliza o encontro de premissas que ainda não foram descobertas. Assim, para o autor, a concepção formal, mesmo na seara da argumentação jurídica, não pode ser descartada totalmente (ATIENZA, 2006, p. 227).

Saltando para a concepção material, ela se opõe à formal, trata da análise do conteúdo. É fundamental a verificação do conteúdo do problema, não sendo admitida a adoção de uma atitude que seja fictícia ou desimpedida. É indispensável a existência de comprometimento com a sua verdade, e de mesmo modo com a verdade da sua conclusão. Neste campo²³, segundo pensamento de Atienza (2006, p. 227), não se questiona a veracidade das premissas e conclusões, tais enunciados são apenas interpretados pelo argumentador. Importando os critérios utilizados e os fundamentos para validar a verdade já aceita.

Desta feita, de acordo com Atienza (2006, p. 227), a concepção material aduz uma análise geral e sistemática dos elementos materiais, num estudo das classes desses argumentos e não completa abstração do conteúdo deles (como é feito na concepção formal). Trata-se da utilização de uma teoria das boas razões, onde justificar uma decisão, não estabelece dependência entre a estrutura e efeitos que serão produzidos, mas sim de que o julgador²⁴ descreva boas razões para o seu entendimento e que estas sejam aplicáveis ao caso que se analisa (ATIENZA, 2006, p. 227).

²² Pois ao contrário do que se possa pensar, a forma tem relação com o conteúdo dos argumentos.

²³ Da concepção material

²⁴ Neste ponto refere-se a pessoa que está argumentando

No pensamento de Atienza (2006, p. 227), as atividades tidas como racionais, como as relacionadas ao Direito, preocupam-se com a argumentação, de modo a extrapolar os limites formais e estruturais. Em verdade, há preocupação com a busca pela exatidão e pela correção do conteúdo contido nas premissas e na conclusão, tendo em vista que tais argumentos – sejam eles válidos ou inválidos, fortes ou fracos, pertinentes ou irrelevantes, aptos ou não para dar suporte a certa decisão. Por tais motivos o autor (ATIENZA, 2006, p. 227) faz análise das razões e das formas de razão²⁵, concluindo pelo reconhecimento da unidade do raciocínio prático através do uso integrado das razões jurídicas e das razões morais.

Ou seja, em sua concepção a argumentação judicial só terá sentido se for constituída a partir de um objetivismo moral mínimo, isto quer dizer que a justificação jurídica terá na totalidade das vezes um caráter moral (ATIENZA, 2006, p. 227).

Em outras palavras, para o autor, a aplicação seca da lei sem qualquer elemento valorativo, não terá utilização, tendo em vista que sequer será aceito. Sendo que o sistema jurídico que comporta esse tipo de argumentação, conhecido até o momento, é o constitucionalismo²⁶, e a teoria argumentativa capaz de suportar a análise desse tipo de decisão jurídica, só pode ser aquela que adote a concepção material (ATIENZA, 2006, p. 228).

Por fim, Atienza (2006, p. 228) propõe a classificação pragmática da argumentação, na qual a questão central encontra-se nos efeitos produzidos pelas argumentações, levando-se em conta as circunstâncias e as ações de quem argumenta. Neste cenário, o argumentador interage com o outro e o problema está centrado no fato de como persuadir sobre algo ou de como defender ou atacar uma tese, sendo seu objeto fazer com que o outro aceite sua posição.

Dentro da concepção pragmática, as premissas e as conclusões são tratadas como enunciados aceitos, sendo que na argumentação retórica, é importante que tais argumentos sejam aceitos pelo auditório (ou seja, por quem escuta – ou recebe a argumentação), já na dialética os critérios de correção são essencialmente procedimentais, podendo fazer nascer discussões, por exemplo.

²⁵No capítulo 04 da obra *As Razões do Direito* (2006).

²⁶ Ou pós-positivismo

Muito embora tenha exposto as três concepções de modo separado, Atienza (2006, p. 231) esclareceu que elas não são autônomas umas das outras, não existindo, inclusive qualquer incompatibilidade entre elas. Para o autor, dentro do Direito, todas são vitais, estando intimamente ligadas aos valores basais de um sistema jurídico, sendo que a certeza se encontra na seara da concepção formal, a verdade e a justiça na concepção material e a aceitabilidade na concepção pragmática, e importante é combinar todas de maneira a se desenvolver de forma plena uma Teoria da Argumentação Jurídica (ATIENZA, 2006, p. 231).

Considerando as bases fundamentais descritas nas últimas linhas desse trabalho, denota-se que Atienza (2006, p. 231) edifica sua análise sobre a Teoria da Argumentação Jurídica tomando como base no fato de a complexidade das relações sociais e as mudanças em curso nos sistemas jurídicos contemporâneos exigissem que as decisões emanadas pelos órgãos públicos evoluam de modo qualitativo e quantitativo na fundamentação e na argumentação jurídicas.

Como já exposto, a proposta de Teoria da Argumentação do autor em estudo considera os componentes formais, materiais e pragmáticos da argumentação, como meio de ofertar respostas para três grandes questionamentos que a abordagem procedimentalista do direito exige: como analisar um argumento jurídico, como avaliá-lo e como argumentar no direito.

1.4 COMO AVALIAR UMA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: A ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS

A obra de Manuel Atienza é vasta. O autor trabalha diversas searas da argumentação jurídica, entre elas, como avaliar as argumentações, como analisar as argumentações e como argumentar. O enfoque desta pesquisa, conforme explicado na parte introdutória é avaliar os argumentos expostos nos votos da ADI 4439 STF à luz da teoria proposta por Atienza, assim a maior concentração do estudo foi na parte da obra que toca as disposições descritas por ele de como deve ser avaliado os argumentos.

Todavia, como o mesmo autor aduz, a análise de uma argumentação jurídica possui o costume de ser a etapa anterior à avaliação dos argumentos, já que é necessário, antes de tudo, entender (sendo para isto necessário analisar) a argumentação apresentada por alguém, para então poder avaliá-la.

Dito isto, para melhor compreensão da finalidade do trabalho, serão trazidos também breves comentários sobre como Atienza determina seja uma argumentação analisada. Ele defende que tal ação inclui diversas tarefas que se encontram encadeadas entre si, destacando àquela que visa representar os argumentos que compõem a argumentação e a de demonstrar as partes de argumentação de modo isolado, dando destaque àquelas que forem realmente relevantes para a argumentação (ATIENZA, 2013, p. 321).

Atienza (2013, p. 423) afirma que argumentação é diferente de argumento. Argumentação é formada a partir de um conjunto de passos, atos, linguagens e enunciados, que se colocam entre um questionamento introdutório “[...]– o problema que dá lugar à argumentação – e a resposta oferecida – a solução”²⁷. Já argumento “[...]é uma razão a favor ou contra uma determinada tese[...]”²⁸(ATIENZA, 2013, p. 425).

Ademais, as argumentações não são compostas unicamente pelos argumentos, e “[...] uma linha argumentativa é o conjunto de argumentos orientados em um mesmo sentido – seja para defender uma tese, seja para atacá-la”²⁹ (ATIENZA, 2013, p. 425).

Para analisar-se uma argumentação, inicia-se pela constatação da argumentação como fluxo de informações que parte da colocação do problema, suscitando a necessidade de argumentar até a solução. Tal caminho pode ser “representado mediante linhas (os passos que não são argumentativos, inferenciais) ou mediante setas que indicam tratar-se de um argumento a favor ou contra uma determinada tese”³⁰ (ATIENZA, 2013, p. 425). Tais argumentos são classificados como simples. Porém, existem também aqueles que são complexos,

²⁷ No original “[...]el problema que da lugar a la argumentación— y la respuesta a la misma —la Solución”

²⁸ No original “[...]argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis.

²⁹ No original “[...]una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.

³⁰ No original “[...]representar mediante líneas (los pasos que no son argumentativos, inferenciales) o mediante flechas que indiquen que se trata de un argumento a favor o en contra de cierta tesis.

[...]que tratam de várias razões independentes entre si ou que estejam interligadas de formas diversas (conjuntiva ou disjuntivamente), pode ser que uma razão ataque ou apoie uma tese diretamente, ou ainda que o ataque ou o apoio se refira à inferência, na passagem de um enunciado para outro. E a todos esses tipos de inferência podem ser atribuídos pesos variáveis: pode tratar-se de uma inferência dedutiva ou não dedutiva e, neste último caso, seu peso poderia ser maior ou menor.³¹ (ATIENZA, 2013, p. 426)

No que tange ao elemento material, seu conteúdo proposicional, alguns podem expressar razões e outros não. Ou seja, há frases que compõem uma argumentação, todavia não são um argumento, uma razão (analisando o sentido estrito do termo)³² (ATIENZA, 2013, p. 425).

Em análise à dimensão pragmática, o esquema proposto por Atienza (2013, p. 427) possui o condão de

[...]captar o aspecto elocucionário, ou seja, diversos tipos de linguagem que existem dentro do ato de linguagem complexo em que consiste argumentar. Assim, além do ato de colocar um problema e propor uma solução, têm particular importância as perguntas que o argumentador vai fazendo ao longo do processo argumentativo [...]³³.

Atienza (2013, p. 427) reconhece a limitação do modelo ao afirmar que ele não possui capacidade de dar conta de todos os aspectos retóricos e dialéticos de uma argumentação, mas de somente alguns deles, quais sejam, a ordem da argumentação, a concentração do esforço argumentativo em certos lugares ou momentos e, até certo ponto, a interação dialética que ocorre quando são produzidas diversas argumentações sobre um mesmo problema.

O autor menciona que o esquema traçado por ele foi pensado a partir de um tipo de argumentação jurídica, a justificação judicial, porém é totalmente flexível para ser, a partir do já elaborado, estendido com as modificações necessárias, a outros tipos de argumentações jurídicas (ATIENZA, 2013, p. 427).

³¹ No original [...]que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis, o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor.

³² O autor menciona como exemplo, uma pergunta.

³³ No original “[...]captar el aspecto ilocucionario, esto es, los diversos tipos de actos de lenguaje que tienen lugar dentro del acto de lenguaje complejo en que consiste argumentar. Así, además del acto de plantear un problema y de proponer una solución, tienen particular importancia las preguntas que el argumentador se va haciendo a lo largo del proceso argumentativo [...]”

Iniciando da análise dos elementos dos argumentos, do ponto de vista as concepções formal, material e pragmática, pode-se chegar a conclusão de quais estão corretos e quais estariam incorretos, quais são mais ou menos concretos, ou ainda aqueles que desvelam-se persuasivos e não persuasivos. Atienza (2013, p. 428) prevê ainda a importância de se analisar as falácias (categoria de argumentos que só possuem aparência de bons, mas que em real não são, e por tal motivo pode permitir que ocorra enganos na análise dos argumentos), afastando tal categoria de argumentos.

Todavia, afastar as falácias não é suficiente para avaliar qualquer argumentação judicial. Somente seria, se supor que somente esses são todos os critérios existentes e também aqueles que são objetivos, ou seja, possuem o mesmo significado para todos os envolvidos em uma argumentação e que determinam, de modo consequente, qual é a solução³⁴ correta em cada caso. É necessário entender o argumento produzido para avaliá-lo e posicionar-se com relação a ele: aceitar que a decisão se encontra devidamente justificado, discordar dele e descrever as razões que levam o argumento a ser errado, levantar um recurso explorando precisamente os erros argumentativos da decisão, dentre outras (ATIENZA, 2013, p. 542).

Quando se remete às fundamentações expostas pelos juízes em suas decisões, analisa-se a seara das argumentações justificativas. Existem alguns requisitos para tais fundamentos sejam classificados como “bons”, são eles: estrutura lógica reconhecível (critério lógico/formal), inferência válida – premissas e razões (critério material) e persuasão do auditório (critério pragmático) (ATIENZA, 2013, p. 549).

Em outro viés, o auditório - quem recebe a argumentação contida na decisão, ou seja, o conjunto daqueles sobre quais o argumentador quer influenciar/convencer por meio de sua argumentação, deve possuir informação suficiente, imparcial e racional, para que possa apreciar sem vícios o comando recebido.

Atienza destaca ainda, que em relação à atividade judicial a obrigação de motivar pressupõe o preenchimento de critérios formais e substantivos destinados a assegurar que as decisões são acompanhadas por um argumento - motivação – adequado. O cumprimento desses critérios seria a garantia de que uma decisão bem motivada (ATIENZA, 2013, p. 550).

³⁴ Quando se refere a solução, leia-se argumentação correta.

Deste modo, pode-se perceber que a partir do momento que o juiz fundamenta suas decisões nos moldes previstos no Direito, ele decide juridicamente bem, ainda que o julgamento possa ser equivocado quando analisado sob outros padrões³⁵.

Avaliar é uma ação involuntária para quem encontra-se diante de uma argumentação, seja para concordar ou não com os argumentos dispostos. Atienza (2013, p. 542) destaca que a avaliação da argumentação possui diversos objetivos, a depender do contexto em que se encontre, via de consequência, a avaliação dos argumentos jurídicos será diferente de acordo com o campo da argumentação jurídica a que se faça remissão.

Uma sentença pode ser anulada por falta ou por defeito de fundamentação, mas isso não acontece com as leis, ou pelo menos, se isso acontece é de maneira muito excepcional (e mais em relação a defeitos de caráter formal e procedimental): nas normas legisladas, existe um texto que se separa, de certo modo, dos argumentos que podem ter sido utilizados para justificá-lo. Mas, nas de origem judicial, nos precedentes, a norma e a sua fundamentação são de alguma maneira indissociáveis. (ATIENZA, 2013, p. 548)³⁶

Com relação aos argumentos dos causídicos, o autor destaca que são normalmente avaliados em termos de validade, mas de eficácia. Deste modo, avaliar se um argumento será bom ou ruim, tem respostas diferentes nos diferentes campos de argumentação legal dependendo da instância argumentativa e aquela que realiza a avaliação. Assim, a avaliação dos argumentos é, portanto, uma questão fundamentalmente contextual (ATIENZA, 2013, p. 548).

Passando especificamente para a análise das argumentações judiciais, Atienza (2013, p. 549) atribui a elas o caráter justificativo. A determinação dos juízes para fundamentarem as suas decisões, significa que eles devem dar razões suficientes para que a persuasão seja obtida de forma adequada.

Para Manuel Atienza, uma boa fundamentação judicial

³⁵ Como exemplo a esta conclusão Atienza (2013, p. 549), àqueles casos em que o Magistrado aplica uma norma injusta ou considera como provado um fato notório que viola alguma norma jurídica.

³⁶ No original: “Una sentencia puede ser anulada por carência o defecto de fundamentación, pero esto no ocurre con las leyes; o, por lo menos, si ocurre es de manera muy excepcional (y en relación más bien con defectos de carácter formal y procedimental); en las normas legisladas, existe un texto que se separa en cierto modo de los argumentos que hayan podido utilizarse para justificarlo, pero em las de origen judicial, en los precedentes, la norma y su fundamentación son de alguna manera inseparables.”

[...]significa então oferecer uma argumentação que tem uma estrutura lógica reconhecível e que satisfaz um esquema de inferência válido – dedutivo ou não – baseado em premissas, em razões, relevantes e suficientemente sólidas (pelo menos, mais sólidas do que as que poderiam ser apresentadas em favor de outra solução), e que persuade de fato ou tenta persuadir um auditório que obedeça a certas condições ideais: informações suficientes, atitude imparcial e racionalidade³⁷ (ATIENZA, 2013, p. 549).

O autor aduz que para avaliar argumentos, tais requisitos não devem ser observados somente de modo aparente, devem-se cumprir de fato, trazendo novamente a importância da teoria das falácias (ATIENZA, 2013, p. 549).

Em sequência, Atienza ensina que o disposto acima não se aplica de modo suficiente para a avaliação de qualquer argumentação judicial. Segundo ele, para que tais requisitos sejam aceitos de modo universal³⁸, deveria se supor que todos os critérios mencionados são possíveis e objetivos, desfrutando do mesmo significado para todos os envolvidos em uma argumentação, determinando, via de consequência a argumentação correta, ou seja, a solução, em cada caso (ATIENZA, 2013, p. 550). Algo que não é aceitável por parte da maioria.

Com relação ao que denomina critérios materiais e pragmáticos, Atienza é enfático ao afirmar que não existe acordo. “A teoria das fontes, da validade e especialmente da interpretação são territórios nos quais reina a disputa, ou seja, não há acordo, por exemplo, sobre como hierarquizar os cânones interpretativos, em quais condições um deles tem precedência sobre os outros etc”³⁹ (ATIENZA, 2013, 549-550).

Considerando os critérios pragmáticos, Atienza destaca que existem inúmeras razões para crer no ceticismo, menciona não entender por que “[...]o fato de que um argumento realmente persuade a todos ou a maioria de um auditório possa servir como critério de objetividade, pois

³⁷ No original “[...]significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido —deductivo o no—; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad.

³⁸ Considerando o âmbito da avaliação de argumentação judicial.

³⁹ No original “La teoría de las fuentes, de la validez o, sobre todo, de la interpretación son territorios donde reina la disputa; o sea, no hay un acuerdo, por ejemplo, en cuanto a cómo jerarquizar los cánones interpretativos, en qué condiciones uno de ellos prevalece sobre los demás, etc.”

eficácia não quer dizer validade [...]”⁴⁰ (ATIENZA, 2013, p. 550). Ou seja, pode ser que o argumento seja de fato competente, todavia, inválido.

Atienza (2013, p. 550) expõe o pensamento daqueles que defendem o caráter indeterminado do Direito, os que pregam o argumento descrente. Para tal corrente no Direito não há critérios objetivos para avaliar a qualidade dos argumentos, pois, de modo rotineiro, como nos casos difíceis não existe acordo sobre qual é a solução para a questão a ser decidida,

[...] não se trata apenas de que cada uma das partes envolvidas em uma disputa pretenda ter razão e oferecer argumentos a seu favor e para refutar argumentos contrários, mas sim de que a discrepância aparece também em relação aos que estão fora do conflito, como os juízes, que têm de resolver o litígio, ou os doutrinadores ou teóricos do Direito, que colocam o problema em um nível maior de abstração⁴¹ (ATIENZA, 2013, p. 550).

Para Atienza, os argumentos céticos podem ser contestados de diversas maneiras. Primeiro porque tal argumento não exclui a possibilidade de existirem critérios objetivos, os quais as partes ou qualquer envolvido não sejam capazes de reconhecer por razões diversas. Para o autor, uma coisa é a discordância sobre qual é a resposta correta a uma determinada questão, outra é afirmar que tal resposta não exista, ou que seja impossível de encontrá-la (ATIENZA, 2013, p. 550).

No pensamento do autor (ATIENZA, 2013, p. 550) , a objetividade para o direito pode ser construída de modo distinto da ciência, em termos menos fortes, ou seja, pode-se afirmar que os critérios acima mencionados não são capazes de determinar uma única resposta correta (uma argumentação) para cada caso, mas não se pode afirmar que tal fato leva necessariamente à ausência de assertividade no campo do Direito.

Como outra contestação ao argumento cético, o Atienza menciona a possibilidade de se questionar a falta de harmonia que tal argumento sustenta, de duas maneiras:

[...] se a ideia de objetividade é vinculada à de consenso, não teria que ser (particularmente em um campo como o Direito, em que os interesses e valores de

⁴⁰ No original “[...]el hecho de que un argumento persuada de hecho a todos o a la mayoría de un auditorio puede servir como criterio de objetividad, pues efectividad no quiere decir validez[...].”

⁴¹ No original “no es sólo que cada una de las partes enfrentadas en una controversia pretende tener razón y ofrece argumentos en su favor y para refutar los contrarios, sino que la discrepancia aparece también en relación con instancias ajenas al conflicto, como los jueces que han de resolver el pleito o los dogmáticos o teóricos del Derecho que se plantean el problema en un nivel de mayor abstracción”

quem participa da argumentação são tão intensos) ao consenso fático, mas sim ao consenso racional.[...] a outra maneira consistiria em notar que a falta de acordo em relação à qual a resposta (argumentação) correta para um problema jurídico (desacordo que, por outro lado, poderia ser exacerbado, como consequências de que se a teoria do Direito se concentra excessivamente nos casos difíceis ou muito difíceis) não pressupõe necessariamente falta de acordo quanto aos critérios a serem utilizados para avaliar uma argumentação, mas sim quanto à sua aplicação.(ATIENZA, 2013, p. 551)⁴²

E por fim, o autor como forma de questionar o argumento cético, afirma que negar a existência de critérios objetivos levaria a consequência do reconhecimento de que não é possível tecer crítica (racional e fundada) aos comandos judiciais, algo em contradição com os hábitos dos juristas (ATIENZA, 2013, p. 551).

Para Atienza (2013, p. 551) acreditar na inexistência de critérios objetivos, seria considerar que resta somente a autoridade, assim, os juízes que decidem em última instância, não poderiam incorrer em erro, as decisões não só seriam as últimas proferidas em um determinado caso, mas também irremissível.

Ultrapassada explicação a despeito daqueles que defendem os argumentos céticos, para quem defende objetividade no campo do Direito há apelação a uma pluralidade de critérios, que ora coincidem e ora não. O autor (ATIENZA, 2013, p. 552) explica que os critérios que partem da lógica dedutiva (logico formais) são aceitos por quase todos, porém seu cumprimento é limitado e de pouca importância, pois que é difícil existir uma sentença cuja motivação possua erros de inferência.

A fim de poder avaliar os argumentos dispostos em uma decisão judicial para definir se ela está bem ou mal fundamentada, não possuindo somente erros lógicos em sentido estrito, Atienza (2013, p. 552) destaca que os critérios de avaliação mais importantes e problemáticos, aos quais os argumentos jurídicos lançados nas decisões devem ser submetidos, são os que

⁴² No original [...] si se vincula la idea de objetividad a la de consenso, no tendría que serlo (particularmente en un campo como el Derecho donde los intereses y valores de quienes participan en la argumentación son tan intensos) al consenso fático, sino al consenso racional.[...] Y la otra manera, en señalar que la falta de acuerdo en relación a cuál es la respuesta (la argumentación) correcta a un problema jurídico (desacuerdo que, por otro lado, pudiera estar magnificado, como consecuencia de que la teoría del Derecho se centra en exceso en los casos difíciles o muy difíciles) no supone necesariamente falta de acuerdo en cuanto a los criterios que utilizar para evaluar una argumentación, sino en cuanto a su aplicación.

dizem respeito à noção de universalidade, de coerência, de adequação⁴³ das consequências, de moral social e de moral justificada, e em alguns casos de razoabilidade.

1.4.1 Universalidade

Com relação ao primeiro critério, a universalidade, este aplica-se tanto aos problemas normativos quanto aos fáticos. Atienza (2013, p. 554) assevera que possui intimidade com a regra formal de justiça, ou seja, tratar igualmente os indivíduos e objetos pertencentes a determinada categoria, opina que a premissa normativa do argumento deve ser uma regra de caráter universal – assim para casos semelhantes, devem ser oferecidas iguais soluções

[...] é o critério adotado utilizado para construir uma premissa normativa, a *ratio decidente*, não pode ser *ad hoc*, que se, por exemplo, no caso C a norma N é interpretada no sentido N' é porque essa foi também a interpretação que no passado se fez nos casos análogos a C e, sobretudo, será aquela que no futuro, continuará sendo feita quando aparecerem novos casos semelhantes a C⁴⁴ (ATIENZA, 2013, p. 555, tradução nossa)

Sua utilização pressupõe a aceitação de que o argumento seja aplicado a qualquer caso, desde que seja idêntico, considerando os aspectos centrais. Nada mais que a ideia da aplicação dos precedentes (ATIENZA, 2013, p. 555)⁴⁵.

É importante destacar que universalidade não significa generalidade, ou seja, não possui qualquer ligação com o grau de alcance da norma. Uma lei que seja específica (não genérica), ou seja, aplicada a casos selecionados, também pode ser aplicada de modo universal. Proferir decisões nos critérios determinados pela igualdade, aduzir contra a generalidade de determinada norma, pois introduz uma exceção ao caso – uma hipótese de aplicação não

⁴³Em espanhol, o termo mencionado é *adecuación*, que fora traduzida como adequação, mas pode ser utilizada também a palavra *aceitabilidad*, a depender da tradução.

⁴⁴No original “[...]es que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*; que si, por ejemplo, en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N' es porque esa misma fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a C y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a C.

⁴⁵No âmbito do ordenamento brasileiro, pondera-se que no Código de Processo Civil brasileiro há previsão expressa, no artigo 489, §1º, inciso VI, de que a decisão, sentença ou acórdão não será fundamentada quando deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, ou seja, o código de processo traz exigência expressa da aplicação dos precedentes.

genérica, para evitar uma consequência ruim, todavia não fere a sua universalidade (ATIENZA, 2013, p. 555). Caso exista outra situação nos mesmos parâmetros que àquela em que se abriu a exceção, aplica-se a norma, e via de consequência a regra formal de justiça.

O autor menciona que o critério da universalidade se aplica de igual modo a problemas que sejam fáticos. Atienza (2013, p. 555) prega que, ainda que possua natureza probabilística, no contexto da justificação externa, a premissa fática deve ser incluída em um enunciado do tipo universal. Ele exemplifica: “[...] a premissa poderá ser um enunciado que estabeleça que se ocorrerem X, Y, Z (os fatos do presente considerados verdadeiros: os fatos probatórios), então é provável que tenha ocorrido outro fato do passado, P (o fato que se quer provar)”⁴⁶ (ATIENZA, 2013, p. 555). O requisito da universalidade demandaria que tal premissa do tipo probabilística fosse utilizada também em todas as situações em que se derem as mesmas condições.

1.4.2 Coerência

No que tange ao critério da coerência este, segundo de Atienza (2013, p. 556), estabelece que não podem haver contradições, deve haver compatibilidade com os valores, princípios e teorias presentes no ordenamento. O autor afirma que a ideia de coerência se encontra ligada à de consistência lógica, porém não é sinônimo desta.

Distingue-se pelo fato de consistência lógica existir ou não e coerência poder ser medida por grau, ou seja, a fundamentação de uma decisão pode conter uma inconsistência lógica (possuir incompatibilidade com alguma norma específica do ordenamento, ou elemento probatório), mas ser mais coerente entre as possíveis a ser proferida, estando assim, em consequência, justificada (ATIENZA, 2013, p. 556).

Diz-se que uma norma (ou conjunto de normas) é coerente se pode ser subsumida a partir de uma série de princípios valores: os do ordenamento. Assim, diante de um problema interpretativo, a razão para interpretar a norma N no sentido N' e não no

⁴⁶ No original “[...]la premissa podrá ser un enunciado que establezca que si se dan X, Y, Z (los hechos del presente considerados verdaderos: los hechos probatorios), entonces es probable que haya ocurrido otro hecho del pasado, P (el hecho que se trata de probar).”

sentido N'' é que N' está mais de acordo com os princípios e valores do sistema [...] (ATIENZA, 2013, p. 556)⁴⁷

Tal critério estende-se em duas dimensões, na dos fatos e na normativa. A dimensão dos fatos, denominada narrativa, exige que os argumentos sejam coerentes com os fatos conhecidos, permitindo que determinado fato seja considerado provado por ser o que melhor se encaixa em uma série de fatos conhecidos, conforme regras de experiência. Já a dimensão normativa, esta exige harmonia entre os argumentos e princípios e valores do ordenamento (ATIENZA, 2013, p. 556).

Na visão de Atienza (2013, p. 556), será a coerência que justificará também duas formas de argumentar características do Direito, quando as premissas não fornecem toda a informação necessária e suficiente para se chegar a uma conclusão. Quando se está diante de uma situação em que a informação inicial é insuficiente, ou seja, há lacuna no ordenamento, argumentar será agregar uma informação nova, ou seja, analogia (em seu sentido amplo).

Porém, quando a informação exposta de modo inicial é contraditória, deverá se suprimir um pedaço dela, um pedaço da informação para evitar a incoerência. Já na analogia, o que se faz é adicionar a informação, preservando os critérios identidade do sistema, nada mais que a coerência (ATIENZA, 2013, p. 556).

1.4.3 Adequação das Consequências

Quanto à adequação das consequências, este critério determina a análise da consequência que será produzida com a utilização da norma, ou seja, a análise do argumento com base em suas consequências práticas, sociais, individuais e etc, que serão produzidos. Atienza (2013, p. 557) explica que as consequências remetem a questões normativas e também, ainda que de modo indireto, a questões de fato. Exemplifica:

⁴⁷No original Se dice que una norma (o un conjunto de normas) es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios y valores: los del ordenamiento. Así, frente a un problema interpretativo, la razón para interpretar la norma N en el sentido N' y no en el sentido N'' es que N' es la que resulta más acorde con los principios y valores del sistema[...]

Em caso de dúvida, uma razão para se considerar provado que x matou y pode ser a consequência que isso poderia acarretar a x; como se vê, essa é uma característica que separa o raciocínio em matéria de fatos de caráter jurídico daquele que se realiza em âmbitos em que só contam propósitos epistemológicos: averiguar o que aconteceu (ATIENZA, 2013, p. 557-558)⁴⁸

Para melhor aclarar tal critério de avaliação de argumentos, Atienza (2013, p. 558)⁴⁹ traz a classificação das razões em duas: as razões finalistas (ou de fim), que são subespécies das razões substantivas e as razões de correção. O critério das consequências no âmbito do Direito – argumentação judicial, significa que as razões finalistas irão desempenhar função que pode ser maior ou menor, a depender do sistema jurídico de que se trate ou a concepção de Direito que defenda. Isto dá-se, pois, a razão de fim, é aquela que a força justificativa advém do fato de que, caso a decisão seja tomada, é possível prever que ela produzirá efeito socialmente valioso. Já nas razões de correção, ao contrário o que irá justificar uma decisão é que ela se apoiará em uma norma socio moral, que será aplicada às ações passadas das partes ou o estado de coisas que serão resultantes de tais ações.

Deste modo, a diferença entre usar ou não o critério consequencialista para avaliar a argumentação lançada em uma decisão ira consistir em, no primeiro caso – nas razões de fim, não se levar em consideração unicamente o resultado advindo da decisão, mas também “[...] outros estados de coisas que se conectam com os anteriores por laços de causalidade” (ATIENZA, 2013, p 558)⁵⁰. Assim, nascerá dificuldade para utilização de tal critério, bem como para estabelecer seus limites, pois remete-se a prever estados das coisas no futuro, que via de regra trata-se de atividade complexa (ATIENZA, 2013, p. 558).

Atienza menciona ainda que uma maneira, mesmo que restrita de interpretar o critério das consequências é analisar sua eficiência econômica. “Uma decisão judicial justificada (respeitando certos limites estabelecidos pelo Direito) será a que mais contribua para a

⁴⁸ No original: “En casos de duda, una razón para no considerar probado que X dio muerte a Y puede ser la consecuencia que eso le podría acarrear a X; como se ve, éste es un rasgo que separa el razonamiento en materia de hechos de carácter jurídico, del que se realiza en ámbitos en los que sólo cuentan propósitos epistemológicos: averiguar qué ocurrió.”

⁴⁹ Com relação a esta classificação das razões, o autor afirma que vale da classificação utilizada por Summer (1978)

⁵⁰ No original “sino otros estados de cosas que se conectan con los anteriores por lazos de causalidad.”

maximização da riqueza social, entendida em termos de satisfação das preferências dos indivíduos (ATIENZA, 2013, p. 558)⁵¹.

1.4.4 Moral Social

O critério da moral social encontra amparo nos valores morais compartilhados de modo intersubjetivo. Comumente, tais valores já estão incorporados às normas jurídicas, explícita ou implicitamente, auferindo destaque sua discussão apenas em casos considerados de difícil solução, dentre os quais é necessário questionar se tal critério pode ser utilizado quando alguma norma já o tenha previsto (ATIENZA, 2013, p. 559).

Parece ser indiscutível que os critérios de moralidade social possuem peso na argumentação judicial. O magistrado não pode, na visão de Atienza (2013, p. 558), ser indiferente às convenções sociais, pois ocupa uma posição institucional que pressupõe determinados limites com relação ao tipo de razões que pode valer-se, e qual o alcance de tais razões.

Para Atienza (2013, p. 559), optar em meio a certos limites em direção a moral social, auxilia que sua decisão seja persuasiva, importante elemento da motivação de decisões judiciais. Não bastasse tal fato, segundo o autor, os critérios socialmente majoritários mostram-se, ainda que de modo aparente, vinculados à ideia de democracia, pois

[...]decidir como a maioria preferiria que se fizesse parece ser um salutar exercício democrático particularmente exigível daqueles que - como os juízes (salvo raras exceções) - não foram eleitos para ocupar seus cargos por meio de procedimentos democráticos (ATIENZA, 2013, p. 560).⁵²

Nas palavras do autor (ATIENZA, 2013, p. 560), tal critério desempenha papel relevante, todavia nem sempre determinante, tendo em vista que em algumas situações é difícil identificar qual a opinião majoritária, e em outras ainda que se identifique tal opinião ela pode estar fundada em um preconceito que vai contra os valores do ordenamento. Poderá

⁵¹ No original “Una decisión judicial justificada (respetando ciertos límites marcados por el Derecho) será la que más contribuya a la maximización de la riqueza social, entendida en términos de satisfacción de las preferencias de los individuos.”

⁵² No Original “decidir como la mayoría preferiria que se hiciese parece un saludable ejercicio democrático particularmente exigible a quienes —como los jueces; salvo excepciones— no han sido elegidos para ocupar sus cargos mediante procedimientos democráticos.”

também, o apelo à opinião majoritária não estar bem justificado, uma vez que não há critérios objetivos de moralidade ou haver Estados que incorporem Constituições com código moral que não necessariamente reflete a moral social.

Assim, tal critério deve ser observado com prudência, a fim de se evitar decisões contrárias as normas gerais do Estado de Direito, mesmo que de encontro à vontade da maioria.

1.4.5 Moral Justificada

Quando se remete à moral justificada, classificada como àquela moral correta a ser aplicada pelos juízes, Atienza (2013, p. 560) logo introduz duas objeções à utilização de tal critério como avaliação de argumentação judicial.

A primeira encontra conexão com o Positivismo, que reza a necessidade manter a separação entre o Direito e a moral. Deve-se discernir o direito sem recorrer a critérios determinados pela moral. Tal abordagem traz como pressuposto que é possível sempre distinguir com nitidez a moral e o Direito, porém na visão de Atienza, não são todos os casos que permitem tal distinção, pois em alguns aspectos,

[...] as fronteiras entre o Direito e a moral são simplesmente fluidas ou impossível de traçar. Ainda que aceite, como critério para identificar o Direito, a regra de reconhecimento, as razões pelas quais um jurista (um juiz) aceita essa regra não podem ser mais do que morais (baseadas em uma moral justificada), e isso tem consequências em relação à sua argumentação justificativa; mesmo em casos fáceis, tanto a premissa normativa como a fática repousam em última análise sobre a aceitação pelo juiz de seguir critérios do ordenamento (de obedecer ao Direito), ou seja, a premissa última é a de natureza moral” (ATIENZA, 2013, p. 561)⁵³

E com relação aos casos que demandam interpretação valorativa ou moral, fica nítido que não cabe outra alternativa, salvo recorrer a uma filosofia moral e política. A distinção encontra-se

⁵³ No original [...] las fronteras entre el Derecho y la moral son sencillamente fluidas o imposibles de trazar. Aunque se acepte, como criterio para identificar el Derecho, el de la regla de reconocimiento, las razones por las que un jurista (un juez) acepta esa regla no pueden ser más que morales (basadas en una moral justificada), y eso tiene consecuencias en relación con su razonamiento justificativo; incluso en los casos fáciles, tanto la premissa normativa como la fática descansan en último término en la aceptación por parte del juez de seguir los criterios del ordenamiento jurídico (de obedecer el Derecho), o sea, la premissa última es de naturaleza moral.”

no modo como é feito, explicitamente ou não, de modo lúcido ou não (ATIENZA, 2013, p. 561).

Nesse contexto, a segunda objeção a utilização desse critério, é caso exista alguma, qual a moral justificada que o juiz deve recorrer. Atienza expõe que existem, no âmbito da filosofia moral, diversas propostas de teorias éticas que sustentam o objetivismo moral e, em consequência poderiam ser aptas a fornecer um método para descobrir qual a moral correta. Porém, para a concepção do autor, a postura a ser utilizada é do construtivismo ou procedimentalismo moral, em uma opção defendida por Rawls, Habermas ou Nino, que são, de modo substancial, coincidentes (ATIENZA, 2013, p. 561).

Segundo Atienza, a [...] base delas, inclusive, é que os princípios de uma moral justificada seriam aqueles a que chegaria por consenso um conjunto de agentes que discutiriam respeitando certas regras mais ou menos idealizadas”⁵⁴ (ATIENZA, 2013, p. 563). Dessa maneira, os critérios para a avaliação dos raciocínios lançados em decisões judiciais, destinam-se a uma argumentação racional.

1.4.6 A Razoabilidade no Direito

Em certas situações todos esses critérios, ainda que sejam objetivos, comportam-se de forma insuficiente frente à avaliação de uma decisão judicial. Assim, Atienza (2013, p. 562) soma outro critério, a razoabilidade. Elucida que a noção de razoável proposta se encontra ligada ao equilíbrio, levando em consideração todos os elementos de um caso, conseguindo alcançar o aceitável partindo de pontos entre questões contrapostas.

Em todo caso, a insuficiência dos critérios anteriores para resolver todos os problemas de avaliação pode ser entendida como uma chamada para a ideia de “razoabilidade”. No entanto, pode-se falar de “razoabilidade em vários sentidos. Em sua acepção provavelmente mais geral, aplica-se a qualquer decisão judicial (jurídica), pois razoabilidade marca, simplesmente, limite do justificável, do juridicamente aceitável; mesmo a decisão mais simples, mais inquestionável, deve ser razoável: a razoabilidade - digamos - é algo mais do que racionalidade em

⁵⁴ No original “La base de las mismas, por cierto, es que los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso una serie de agentes que discutieran respetando ciertas más o menos idealizadas.”

sentido estrito, ainda que às vezes agir – decidir- de maneira razoável signifique fazê-lo de uma forma estritamente racional.(ATIENZA, 2013, p. 563)⁵⁵

Especificamente, para Atienza (2013, p. 563), a razoabilidade será lançada unicamente em determinadas decisões e determinadas argumentações. A razoabilidade surgirá quando, em determinada situação, existir certa margem para decidir de um modo e não de outro.

É o que pode acontecer quando se trata de avaliar duas justificações judiciais, de sinal oposto, sobre um mesmo caso: nenhuma das duas - imaginemos – comete erros de inferência, deixa de utilizar o sistema de fontes estabelecidas, recorre a cânones de interpretação extravagante ou é incoerente em relação a alguma interpretação (mais ou menos plausível) dos valores do ordenamento (ATIENZA, 2013, p. 563)⁵⁶

Tal noção de razoabilidade é nada mais que a ideia de eficiência em seu sentido geral: “[...] como um equilíbrio adequado entre os custos e os benefícios na hora de tomar uma decisão” (ATIENZA, 2013, p. 563)⁵⁷⁻⁵⁸.

Considerando esta ideia de equilíbrio entre imposições contrapostas, a noção de razoabilidade acarreta outro elemento: a aceitabilidade. Atienza (2013, p. 563) explica que uma decisão seria razoável, quando levando em considerações todos os elementos do caso, o juiz consegue ajuste entre as demandas contrárias, tornando a decisão aceitável.

Razoável para Atienza, seria aquele argumento que possibilitasse o encontro de “[...] pontos de acordo reais que possam servir como base para atingir um novo acordo, ou seja, para passar do aceitado ao aceitável” (ATIENZA, 2013, p. 564.)⁵⁹.

⁵⁵ No original “En todo caso, la insuficiencia de los anteriores criterios para resolver todos los problemas de evaluación puede entenderse como una llamada a la idea de razonabilidad. Ahora bien, de «razonabilidad» puede hablarse en varios sentidos. En su acepción probablemente más general, se aplica a cualquier decisión judicial (jurídica), pues la razonabilidad marca, simplemente, el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable; incluso la decisión más simple, más incuestionable, tiene que ser razonable: la razonabilidad – digamos – es algo más que la racionalidad en el sentido estricto, aunque en ocasiones actuar – decidir – de manera razonable signifique hacerlo en forma estrictamente racional.

⁵⁶ No original “Es lo que puede ocurrir cuando se trata de evaluar dos justificaciones judiciales, de signo contrapuesto, sobre un mismo caso: ninguna de las dos —imaginemos— comete errores inferenciales, deja de utilizar el sistema de fuentes establecido, recurre a cânones de interpretación extravagantes o resulta incoherente en relación con alguna interpretación (más o menos plausible) de los valores del ordenamiento.”

⁵⁷ No original: “[...]como adecuado balance entre los costes y los beneficios a la hora de tomar una decisión.”

⁵⁸ Atienza (2013, p. 564) menciona que eficiência será coincidente com o que Alexy atribui a proporcionalidade, bem como com a ideia de Dworkin de tratar a todos com igual consideração e respeito.

⁵⁹ No original “[...] puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para lograr un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable.

Tecidas as considerações sobre os critérios e as bases teóricas trazidas por Manuel Atienza, torna-se possível a avaliação de um argumento, sua força e pertinência em um processo de justificação, sendo possível aplicá-los na avaliação de uma argumentação ou de um argumento isolado, bem como aplicá-los avaliando a pertinência argumentativa com determinado sistema normativo.

A análise de Atienza (2013, p. 563) permite também chegar à hipótese sobre como argumentar no campo do Direito. O autor preceitua que a argumentação jurídica deve fundar-se em quatro passos. O primeiro, identificar o problema, devendo-se compreendê-lo bem, seja ele substantivo ou da esfera processual; segundo, propor uma hipótese para sua solução; terceiro comprovar a hipótese ora proposta; e quarto, descrever a argumentação, obedecendo a uma ordenação, composta sucessivamente por apresentação, narração, argumentação e conclusão, bem como adotar um estilo de linguagem correta, clara e persuasiva, composta por frases lógicas e de modo preferencial em voz ativa, evitando ambiguidades e redundâncias (ATIENZA, 2013, p. 563).

Com o arcabouço teórico descrito nesta parte do trabalho torna-se possível avaliar os argumentos contidos em qualquer decisão judicial, mesmo aquelas que decidam casos difíceis, como será feito. Todavia, deve-se antes analisar quais elementos devem conter uma decisão judicial para que ela seja considerada bem fundamentada.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO⁶⁰

2.2 A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E OS ESTADOS DE DIREITO: A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO

É certo que o Estado de Direito é característica das sociedades civilizadas contemporâneas. Como verdade também, têm-se que tais sociedades experimentam enormes benefícios, quando comparadas àquelas que não viveram (vivem) sob esse regime. Isso se dá pois “[...] onde o Estado de Direito se estabelece, o governo [...] é sempre conduzido dentro de uma moldura ditada pelo Direito⁶¹ (MACCORMICK, 2008, p. 17).

Esse modelo de governo assegura diversos valores e direitos antes não conhecidos e experimentados pelos cidadãos, merecendo destaque para o presente trabalho a garantia da certeza jurídica, bem como os princípios que a rodeiam, “[...]a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes” (MACCORMICK, 2008, p. 22).

A existência de tais valores garante aos sujeitos inegável segurança para a promoção de independência e dignidade, tendo em vista que “[...]onde o direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal” (MACCORMICK, 2008, p. 17). Podem também ter, ainda que de modo razoável, certeza sobre as regras e padrões os quais as suas condutas serão avaliadas, bem como quais os requisitos devem estar presentes para dar validade jurídica às suas operações (MACCORMICK, 2008, p. 17).

É permitido

[...]desafiar ações governamentais que afetem seus interesses exigindo bases jurídicas claras para a ação oficial, ou pleiteando a nulidade de atos praticados em

⁶⁰ Muito embora exista menção à fundamentação das decisões judiciais como garantia, nesta pesquisa nos moldes a seguir expostos, sustenta-se a ideia de que se trata de direito fundamental.

⁶¹ MacCormick (2008, p.22), afirma ainda que “[...]onde o Direito é estritamente observado, o Estado de Direito se estabelece”

desacordo com o Direito por meio do controle desses atos por um judiciário independente. (MACCORMICK, 2008, p. 22)

Assim, fica notório que não pode existir Estado de Direito ausente de regras de Direito, pois os preceitos outrora mencionados só podem ser concretizados na medida em que o Estado seja conduzido por “[...]regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas” (MACCORMICK, 2008, p. 17). Todavia, tais regras, de modo isolado, são insuficientes em si mesmas, elas precisam formar um sistema jurídico “[...]caracterizado pela consistência entre suas várias regras, e por uma certa coerência geral de princípios contidos no sistema como um todo” (MACCORMICK, 2008, p. 17).

Esclarece-se também, que as referidas regras (jurídicas) são nada mais que disposições normativas estabelecidas ou interpretadas a partir de uma fonte jurídica reconhecida, que possui “[...] a característica de relacionar uma determinada consequência normativa a um determinado conjunto de fatos operativos” (MACCORMICK, 2008, p. 33). Desse modo, as regras possuem, como natureza, estabelecer que sempre que um certo complexo de fatos ocorrer, “[...] uma dada consequência normativa deve decorrer deles”⁶² (MACCORMICK, 2008, p. 33).

Neste viés, se

[...]o princípio do Estado de Direito deve servir efetivamente como uma proteção contra a intervenção arbitrária na vida das pessoas, parece claro que, na prática, não será suficiente exigir que os fatos operativos previstos na norma se reproduzam na realidade para que a consequência por ela determinada se siga. (MACCORMICK, 2008, p. 35)

É ainda fundamental que seja feito em relação ao indivíduo ameaçado de sofrer as consequências da norma, alguma espécie específica e contestável de acusação ou arguição dos fatos. É imperioso destacar que tal arguição não pode ser feita livremente, é necessário que ela seja baseada em provas, que por seu turno serão produzidas em um processo límpido e coerente, em que a parte que é acusada tenha o direito (possibilidade) de contestar cada

⁶² MaCCORMICK (2008, p.33) menciona que no âmbito das decisões “Todas as regras jurídicas são relevantes para as decisões, mas nem todas elas o são de forma direta. Elas podem prescrever formas de aquisição de propriedade, ou circunstâncias que caracterizam o inadimplemento parcial ou absoluto de um contrato (*breach or frustration of contract*), e assim por diante. Isso tudo está incluído no que eu chamo de “consequências normativas”, e é em relação a essas consequências que o Direito transforma certos atos ou eventos de determinado tipo em “fatos operativos”, isto é, fatos que agem sobre o Direito de sorte a provocar a consequência respectiva.”

elemento em seu desfavor, de modo individual ou toda prova em conjunto, podendo ainda, apresentar contraprovas, bem como contestar a acusação ou pretensão posta em juízo (MACCORMICK, 2008, p. 35), sendo que

Tal contestação é de tal sorte a sustentar que, quaisquer que sejam os fatos envolvidos na causa, os fundamentos jurídicos que supostamente ensejariam a aplicação da regra para o caso não a ensejam de forma alguma, tendo em conta o conjunto de fatos alegados ou efetivamente provados. (MACCORMICK, 2008, p. 35)

MacCormick salienta que a decisão só será proferida pelo Tribunal após analisar tais provas e argumentos expostos ao longo do desenrolar processual⁶³. Assim, pode-se concluir que “[...] o Direito é aquilo que se esconde por trás dos pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é só algo sujeito à argumentação, às vezes, mas não sempre, conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva” (MACCORMICK, 2008, p. 21).

Ou seja, independente de ser conclusiva ou não, como será sempre persuasivo, o Direito encontra-se extremamente ligado a argumentação, podendo-se até afirmar ser dela indissociável.

Todavia, “[...] a interpretação adequada e a aplicação de regras jurídicas, e a prova e a interpretação dos fatos relevantes à aplicação do Direito podem ser questões enormemente problemáticas” (MACCORMICK, 2008, p. 17). Teses que tratam do caráter indeterminado da linguagem lançam dúvidas sobre a possibilidade ou não de existência de certeza jurídica que é proferida pelos defensores do direito.

“Esses problemas se tornam visíveis à medida que são apresentados argumentos para colocar em dúvida até mesmo aquelas que haviam parecido ser, até então, as certezas mais caras ao Direito.” (MACCORMICK, 2008, p. 18). Ou seja, há constante questionamento a respeito da interpretação das normas, oriundo da infinidade de argumentos que são apresentados e do modo como são colocados, ora em favor de uma interpretação, ora em favor de outra, fazendo com que surjam questionamentos até do que já foi sedimentado a tempo.

⁶³ O autor ainda completa que “Ao decidir sobre questões problemáticas, o tribunal pode considerar necessário e adequado desenvolver uma nova compreensão do direito e, portanto, estabelecer um novo precedente, que pode confirmar ou relativizar os anteriores.” (MACCORMICK, 2008, p. 37-38)

Nesse contexto, considerando o debate existente antes de ser proferida uma decisão, Mac Cormick (2008, p. 19) afirma de modo categórico que nos Estados que se intitulam “de Direito” não é algo atual que o reconhecimento como ideal político seja sinônimo de reconhecer o Direito como campo de argumentação, ambiente em que, segundo o autor, há desenvolvimento da retórica “[...] com toda a sua elegante e persuasiva, mas às vezes dúbia, arte”⁶⁴ (MACCORMICK, 2008, p. 19).

Em outras palavras, é sempre presente a apresentação de diversos argumentos no campo do Direito, o que faz surgir possibilidade de amplo questionamento e, via de consequência, indeterminação com relação à interpretação de normas jurídicas⁶⁵, tendo em vista que para a mesma norma serão apresentados argumentos em favor de uma interpretação e de outra.

Considerando esta problemática da interpretação de normas jurídicas, é necessário que ao serem proferidas, as decisões sejam fundamentadas suficientemente, de modo a compreender-se perfeitamente os argumentos lançados pelo julgador, que o levaram a decidir de um modo, em contraposição a outro, sendo a argumentação uma importante ferramenta para esta concretização.

2.2.1 A Fundamentação das Decisões Judiciais no Direito Brasileiro: Análise do artigo art. 93, inciso IX da Constituição da República

Afunilando para a realidade vivenciada no âmbito de produção deste trabalho, no ordenamento jurídico Brasileiro há salvaguarda⁶⁶ de que quando acionado, o Poder Judiciário explicita as razões que o levaram a decidir de um modo e não de outro, a aplicar uma norma em detrimento de outra, ou seja, não há somente garantia de que as decisões sejam baseadas nas regras constantes no ordenamento; deve conter nos comandos as razões que levaram àquela decisão.

⁶⁴ MacCormick (2008, p. 24) amplia o campo de presença da retórica, afirmando que ela estará presente sempre que houver um processo público de argumentação.

⁶⁵ Destaca-se que essa interpretação ampla não acontece em todas as normas, existindo aquelas que não comportam, que a aplicação é literal.

⁶⁶ A resguarda no Brasil encontra-se tanto na Constituição da República, quanto na legislação infraconstitucional, conforme será explicitado à frente.

Importa salientar que tal obrigatoriedade expressa nasceu com a Constituição da República de 1988⁶⁷, que estatuiu a necessidade de serem fundamentadas as decisões judiciais no art. 93, inciso IX⁶⁸⁻⁶⁹. Em síntese, nada mais foi feito do que tornar explícita a regra principiológica que já existia implicitamente no ordenamento, e que é manifestação do Estado Democrático de Direito.

O sistema processual atual, norteado por um modelo democrático de direito (próprio de um Estado Democrático – artigo 1º da atual Carta Magna), não admite decisão desprovida de fundamentação (seja no âmbito judicial, seja no aspecto administrativo). A base para tal garantia, como é de trivial sabença, está firmada nos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, pois tais dispositivos determinam que as decisões judiciais e administrativas deverão ser motivadas, não se admitindo as sem fundamentação. (MAZZEI, 2015, p. 212).

Em complemento a passagem do professor Mazzei, cabe trazer a posição do Min.Gilmar Mendes (2018, p. 1.585), sobre a importância do referido artigo legal:

O dispositivo do art. 93, IX, deve ser compreendido nos quadros do Estado Democrático de Direito, paradigma no qual o direito assume um grau acentuado de autonomia mediante a política, a economia e a moral, em que há uma (profunda) responsabilidade política nas decisões (Dworkin). A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão – para se ter uma ideia da dimensão do fenômeno –, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam.

Deve-se destacar que a sistemática trazida nos dos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º⁷⁰, de modo isolado já tornaria dispensável a previsão expressa contida no artigo 93, tendo em vista que são detectadas como conjuntos de garantia de um processo justo (WAMBIER, 2007, p.

⁶⁷ Antes a exegese era extraída somente da legislação infraconstitucional.

⁶⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁹ Importante mencionar que antes da Emenda Constitucional de 2004, a previsão já existia, sendo esta a redação original do inciso: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

⁷⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

313), quando trazem que nenhuma lei exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, que ninguém será privado do seu direito à liberdade ou da posse de seus bens sem a existência de um devido processo legal, e que neste processo serão assegurados o contraditório e ampla defesa, bem como todos os recursos existentes, mas apesar disso o legislador constituinte optou por trazer a previsão expressa.

Obedecendo aos comandos contidos no texto constitucional, toda e qualquer decisão emanada pelo Poder Judiciário precisa ser justificada - motivada, é necessário que o julgador explique a modo satisfatório a adequação feita entre o caso à norma. O comando judicial deve abarcar todas as questões relevantes à justificação do dispositivo da sentença.

O Juiz deve clarificar, mesmo que de modo sucinto, mas contundente, os elementos que o levaram a decidir, deve explicitar a sua convicção (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 457). Nesse sentido,

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível (MARINONI, 2010, p 47).

Assim, tem-se que necessidade de motivação judicial das decisões judiciais é uma das facetas da garantia da proteção judicial efetiva, verdadeiro termômetro para detectar possíveis injustiças presentes no Estado Democrático de Direito, inibindo decisões arbitrárias que firam direitos fundamentais dos indivíduos e possibilitando também a eles a participação na vida pública, pois, além de exigir a declaração dos fundamentos em que a decisão se baseia, expondo-se as razões pelas quais se chegou àquele determinado comando, exige a existência do fundamento em si para que a motivação seja justa e legal.

Com escopo de garantir o devido processo legal e o próprio exercício da jurisdição, defende-se que motivação é mais que uma garantia constitucional⁷¹, possui status de próprio direito fundamental, com validação formal e material, de aplicação imediata, na seara da limitação do poder e na obtenção da prestação efetiva da tutela jurisdicional no Estado Democrático de

⁷¹ Por garantia constitucional entende-se ser: “Um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (BONAVIDES, 2005, p. 526), ou seja, são os instrumentos pelos quais os cidadãos podem assegurar seus direitos fundamentais.

Direito, sob pena de nulidade em caso de seu descumprimento. O entendimento exposto é sustentado, dentre outros autores, pelo Min. Gilmar Mendes (2018, p. 1.584):

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários.

Ainda, mesmo que não houvesse disposição expressa na Constituição determinando a motivação das decisões judiciais, este não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, pois é consectário da garantia do devido processo legal (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 227-228)

Considerando a seara da importância da fundamentação das decisões, a de se mencionar que podem chegar ao julgador dois tipos de casos, os fáceis e os considerados de difícil solução. Quando se fala em casos fáceis, a justificação das decisões é apenas uma questão de lógica, usualmente determinando como justificação interna, ou justificação dedutiva, é o simples cumprimento da norma quando existente a situação descrita por ela, Atienza (2009, p. 266) exemplifica:

[...] uma decisão como "condenar a pena p" é justificada com base em um argumento dedutivo (o chamado "silogismo judicial") que teria a forma acima mencionada; "Todo aquele que realiza atos de classe x deve ser condenado à pena P. Se Y realizou um ato de classe X, portanto, ele deve ser condenado à pena P."⁷²

Em síntese, os casos fáceis são aqueles baseados em suposições que não são discutidas, não sendo necessário apresentar argumentos para endossá-las, produzindo conclusões aceitáveis sem necessidade de maior esforço argumentativo (ATIENZA, 2009, p. 266). No entanto, não são todas as demandas que chegam ao Poder Judiciário que se apresentam desse modo. A todo instante os juízes recebem demandas complexas em razões normativas ou de fato.

⁷² No original “[...] una decisión como “condeno a y a la pena p” se justifica a partir de una argumentación deductiva (el llamado “silogismo judicial”) que tendría la forma antes mencionada; “todo el que realice actos de la clase x debe ser condenado a la pena P; Y ha realizado un acto de la clase X, por lo tanto, Y debe ser condenado a la pena P.”

Nesses casos mencionados por último, os denominados complexos, percebe-se que a justificação interna não é suficiente, precisando ser acrescentada a justificação externa, ou seja, é preciso oferecer razões em favor da premissa normativa ou da premissa factual, sendo que tais razões não podem ter caráter puramente formal e lógico. Tal premissa será sustentada pela interpretação, fazendo com que a ausência de fundamentação argumentada de forma contundente acarrete maiores prejuízos, quando comparado aos casos fáceis, provocando inclusive nulidade.

Denota-se assim novamente, a fundamental importância que a fundamentação possui para validade de uma decisão judicial, deixando de ser simplesmente cumprimento de determinação legal.

Quando se remete a fundamentação de uma decisão, deve-se analisar duas funções que essa determinação constitucional exerce, quais sejam, a endo e exoprocessual ou extraprocessual. Quanto a endoprocessual, esta possibilita que as partes conheçam as razões que formam a convicção do magistrado (jugador), e via de consequência, abre possibilidade para realizar a análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão, caso ela seja impugnada (DIDIER, 2016, p. 14).

Ademais, ao se permitir a compreensão dos termos decididos pelas instâncias superiores, nasce outro caráter desta função, o controle político do Poder Judiciário, baseado na existência do duplo grau de jurisdição. Em real, como os membros do Poder Judiciário não são sufragados pelo povo, como ocorre com o legislativo, assim carecem de representatividade, tornando-se necessário que exista um controle interno sobre a legalidade de justiça dos provimentos judiciais emanados (DIDIER, 2016, p. 14).

No que tange a função extraprocessual, esta diz respeito à função política, infere-se na possibilidade de controle dos comandos emanados pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo. Isto porque o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal⁷³, ao povo. Em suma,

⁷³ 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: [...] Parágrafo único.

[...] os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz de instância superior (dell'impugnazione), mas também a opinião pública compreendida seja em seu complexo, seja como opinião de quaisquer do povo. A conotação política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica 'privada' do controle exercido pelas partes e a ótica 'burocrática' do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica 'democrática' do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada. (LAZZARI *apud* TARUFFO, 2014, p. 215-229)

Conjugando as duas funções, extrai-se que a motivação das decisões judiciais é de extrema importância para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, conferindo-lhe legitimidade. Logo, como corolário do Estado Democrático de Direito, a motivação consiste em garantia aos cidadãos de que o Estado-juiz, no exercício da função pacificadora, agirá de forma imparcial, independente e responsável, observando os preceitos constitucionais e sem promover perseguições ou favorecimentos de qualquer espécie (ATIENZA, 2009, p. 255).⁷⁴

Ainda no âmbito da função extraprocessual, necessário mencionar os regimes que adotam o sistema *common law*. Segundo Atienza, nesses sistemas nunca houve obrigação - explícita de motivar juízos, todavia a prática da motivação tem início no século XII, consolidando-se no século XVI, não como consequência de uma concepção democrática de justiça, mas por exigência de funcionamento deste sistema de julgamento: o precedente só poderia funcionar se a razão em que a decisão baseia-se (*ratio decidende*) é formulada de maneira explícita (ATIENZA, 2009, p. 256).

Analisando sobre outro prisma, tem-se também que se observar a fundamentação sobre os seus tipos. Para tanto, esta pesquisa valeu-se da classificação adotada por José Rogério Cruz e Tucci (1987)⁷⁵.

Para tais autores, no ordenamento brasileiro existem decisões que existem fundamentações complexas, como as sentenças e os acórdãos, tendo em vista que resolvem o mérito⁷⁶, e as

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷⁴Em complemento, menciona-se interessante passagem da obra de Atienza (2009, p. 255): A obrigação de motivar é uma manifestação da necessidade de controlar democraticamente o poder do juiz. No original "La obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez"

⁷⁵ Mesmo tratando-se de uma obra antiga, tal autor é mencionado nos livros de grandes processualistas da atualidade, tais como Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier, assim, entendeu-se ser de grande valia buscar sua obra a fim de auxiliar no desenvolvimento da pesquisa.

decisões de motivação concisa, como as interlocutórias, por exemplo (TUCCI, 1987, p. 07). Para os fins que se propõe este trabalho, será feita a análise da fundamentação necessária às sentenças e acórdãos.

Transpassando pelo seu contexto de aplicação “[...] sentença é o momento em que ocorre a interpretação e a aplicação do direito no processo judicial. O juiz, a partir do diálogo com as partes, interpreta e aplica o Direito, a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo.” (TUCCI, 1987, p. 07-14). Percebe-se que por esse viés a análise do termo sentença esta intimamente ligada à fundamentação que ela exige. Ainda sob a ótica da fundamentação, analisando os critérios que o Código de Processo Civil exige, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 412) afirma que a sentença pode ser entendida como “[...] uma decisão que deve ser apoiada em razões que a justifiquem.”

Dentro do conteúdo de fundamentação lançado em uma sentença, é necessário fazer distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*. O *obiter dictum* são os argumentos expostos apenas de passagem na motivação da decisão, traduzidos como juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão, ou seja, que não seja prescindível para o deslinde da lide em julgamento (TUCCI, 1987, p. 07-14), não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

Sob a ótica do a *ratio decidendi*, estes são os elementos que dão base a uma decisão, nada mais do que a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto.

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva (TUCCI, 1987, p. 07-14)

Assim, em análise as considerações lançadas, denota-se em estrita observância a exigência constitucional e infralegal de a decisão judicial ser devidamente motivada (fundamentada), é necessário que o órgão jurisdicional, ao momento de elaboração da fundamentação de seus

⁷⁶ Destaca-se que há sentenças que não resolvem o mérito da lide, como àquelas previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, assim serão classificadas como concisas.

julgados, possua maior zelo possível, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, uma regra geral a ser observada em outros episódios.

Quando a lei impõe a obrigatoriedade de as decisões serem fundamentadas, tal motivação deve constituir uma etapa anterior ao pronunciamento do resultado decisão, ou seja, primeiro se constaria quais foram os motivos que levaram a decisão, assim criar-se-ia uma efetiva garantia contra o arbítrio (LIEBMAN, 1983, p. 79-81). Para tanto, por óbvio, devem estar juridicamente coerentes e lógicas a parte dispositiva e a motivação, ora exposta, constituindo ambas um único comando.

Em síntese, a fundamentação de uma decisão é a justificativa pelo qual se decidiu daquela maneira, tornando-se assim condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, qual seja, a legitimidade da decisão. É o local onde “se encontram os dois princípios principais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela *sub judice*” (MENDES, 2018, p. 1.589).

Dessa maneira, é necessário elucidar quando poderia ser considerada uma decisão realmente fundamentada de modo a atender à determinação constitucional brasileira, ou seja, quais requisitos devem conter uma decisão para que ela seja legítima.

2.2.2 O Novo Código de Processo Civil e Fundamentação de Decisão Judicial: Análise do artigo 489 do Código de Processo Civil

Sob a ótica da legislação infraconstitucional, houve uma importante mudança legislativa em 2015 que entrou em vigor no ano de 2016, qual seja, o advento de um novo Código de Processo Civil. A legislação civil anterior, de 197 encontrava-se inserida em um contexto significativamente positivista, pois o sistema processual por ele concebido era estritamente fechado com previsões normativas rígidas e poucas cláusulas gerais, possuindo como valor máximo a segurança jurídica, como decorrência desta visão, poucos eram os dispositivos que se referiam a demandas de caráter social e coletivo (MAZZEI, 2015, p. 106).

Todavia, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o processo civil passou a orientar-se, portanto, por um novo paradigma, qual seja, o de efetivar os direitos fundamentais elencados na Carta Constitucional, e o código de 73 tornou-se insuficiente, destoando da realidade a qual estava inserido: uma democracia participativa.

Nesse viés, foi elaborado em 2015 uma nova codificação processual civil, que embora inserido no paradigma de 1988, não rompeu de modo total com a ordem jurídica passada, pois foi elaborado a partir de uma perspectiva de recodificação (MAZZEI, 2015, p. 67)⁷⁷. Assim, muito embora tenha havido ruptura com a ordem anterior para adaptar-se as necessidades pós Constituição, não houve necessidade de se abandonar por completo todos os regramentos contidos no código anterior, mantando-se diversos institutos.

Diversas foram às alterações, dentre as quais se destacam: a inserção de um dever de cooperação entre partes (art. 6º), reconfiguração do contraditório (art. 10º) e maior expressão do dever de fundamentação das decisões (judiciais). Criação de um microsistema de causas repetitivas, codificação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), do Incidente de Assunção de competência (IAC), extinção do agravo retido, alteração de prazos processuais, inserção da tutela de evidência no capítulo da tutela provisória, de um modelo de precedentes, delineado art. 926 e seguintes e de um capítulo com normas processuais fundamentais, composto de 15 (quinze) artigos do 1º ao 15, que constituem um eixo normativo a partir do qual o direito processual deve ser interpretado, aplicado e estruturado.

⁷⁷ Por recodificação pode-se entender a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Tal instituto é compatível com a preservação de disposições do texto revogado, ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na recodificação o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em diálogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio as posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a recodificação tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16). (MAZZEI, 2015, p. 67- 68.)

Considerando o aspecto da fundamentação das decisões, a referida norma traz logo no primeiro capítulo que se destina às normas fundamentais, em seu artigo 11⁷⁸, de modo expresso à necessidade de que todas as decisões do Poder Judiciário sejam fundamentadas. Já no capítulo que regula a sentença e coisa julgada, o código traz um artigo de fundamental importância para se saber quando uma decisão judicial estará suficientemente fundamentada: o 489⁷⁹, que delimita quais os elementos essenciais que devem constar em uma sentença, critérios mais objetivos que devem ser demonstrados pelo juiz na tomada das suas razões jurídicas, para que tal decisão possa ser considerada válida.

A norma ora mencionada, traz exigências básicas para uma fundamentação adequada, elenca de modo exemplificativo critérios objetivos a serem observados por quaisquer magistrados, desde titulares de varas de juizados especiais até ministros do Supremo Tribunal Federal. Ao analisar o conteúdo dos autos o juiz traçará razões psicológicas para a formação da sua decisão, todavia, em análise fria processual, considerando o âmbito estritamente jurídico, não importam, pois, a real preocupação do Direito, estabelece-se em “[...] saber se existem ou não razões jurídicas que suportam validamente dentro da ordem jurídica a tomada de decisão” (DIDIER, 2016, p. 18), sendo esta a real preocupação estampada no primeiro parágrafo do artigo 489. As decisões estarem apoiadas em razões jurídicas é também resposta à finalidade do controle intersubjetivo do exercício do poder estatal pelas partes e pela sociedade em geral (DIDIER, 2016, p. 20).

Seguindo com a análise do artigo 489, o inciso IV do parágrafo 1º, ao determinar que o juiz deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de enfraquecer a sua conclusão, faz referência somente àqueles pontos que forem controvertidos, ou seja, alegados

⁷⁸ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. [...]

⁷⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

e discutidos pelas partes ao longo do deslinde processual, o que ratifica a necessidade do contraditório consubstancial ao longo de todo o processo⁸⁰.

O referido artigo fortalece também a força vinculativa dos precedentes, os incisos V e VI, dão força não existente na lei anterior, obrigando o julgador a, sempre que invocar ou afastar algum precedente ou enunciado de súmula, procurar e extrair a *ratio decidendi* dos mesmos⁸¹. Tal fortalecimento à jurisprudência significa ofertar as partes, dentre outros, maior previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica, inibindo decisões inéditas contraditórias as já proferidas em situações semelhantes.

A fundamentação exigida pelo novo diploma processual não se atém a justificar a tese vencedora, mas deve precisamente expor por quais razões a tese sucumbente não foi digna de prosperar, por que as alegações e provas trazidas pela parte derrotada não lhe bastaram à formação do convencimento.

Porém, admite-se como válida a decisão em que o juiz se reporta, em seus fundamentos, a outro ato, peças ou manifestação do processo (por exemplo, outra decisão, parecer, enunciado), o que se conveniu chamar de motivação *per relationem ou aliunde*. Tal tipo de motivação deve ser vista como excepcional, da qual se pode valer o julgador, em homenagem ao princípio da economia processual, e desde que não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo e a peça processual à qual se reporta a decisão esteja substancialmente fundamentada, bem como esteja nos autos e que a ela possam ter acesso⁸².

Importante também trazer as observações de Nelson Nery Junior (1999, p. 175-16), que mesmo tendo escrito a passagem abaixo transcrita antes da alteração de 2015, muito atuais e

⁸⁰ O contraditório participativo precisa ser encarado em sua dimensão substancial, tríade ou tridimensional. Isso significa que para as partes do processo deve ser dada oportunidade de influir na formação da decisão final, de participação ativa. Assim, o contraditório atualmente, não é entendido apenas como o direito da parte de ser cientificada dos atos processuais e de se manifestar nos autos, demonstrando o direito que alega ter. Compreende, ainda, o direito a que suas alegações sejam levadas em conta no momento da decisão, expondo o juiz as razões pelas quais as acolheu ou rejeitou. Em outras palavras, a motivação é uma das facetas do contraditório. (MARINONI, 2014, p. 241)

⁸¹ Alexy (2008a, p. 262-263) menciona que o uso de um precedente significa a aplicação da norma que implícita na decisão, assim, o Direito do precedente é nada menos que um Direito de normas.

⁸² Considerando a aceitação de decisões desse modelo destaca-se parte do voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial 1.426.406/MT “[...]É pacífico no âmbito do STF e do STJ o entendimento de ser possível a fundamentação *per relationem* ou por referência ou por remissão, não se cogitando nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, desde que os fundamentos existentes *aliunde* sejam reproduzidos no julgado definitivo (principal), o que, como visto, não ocorreu na espécie” [...]

compatíveis com a legislação em vigor são suas considerações a despeito do verbo fundamentar:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que, “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação. De outro modo, é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz.

Concluiu-se então que a fundamentação válida deverá atender aos reais fundamentos da sentença, onde o julgador realiza a análise das questões de fato e de direito contidas no processo, passadas pelo contraditório substancial, o que inclui não só as questões trazidas pelas partes como também as provas produzidas nos autos. Será a partir dela que

[...] o juiz exprime as razões jurídicas que o levaram a decidir as questões processuais e as questões materiais da causa da maneira como decidiu. É na fundamentação que aparecem as razões que devem sustentar a convicção judicial sobre o caso. (DIDIER, 2016, p. 20)

Sendo o termo sustentar trazido na passagem acima transcrita, mais que explicar, como sinônimo de justificar. O conteúdo da motivação lançado nas decisões judiciais, apresenta-se como o principal meio pelo qual o magistrado valora e não apenas indica as provas produzidas que determinaram a *ratio decidendi*, ante as circunstâncias de fato e de direito do caso. Por isso seu conteúdo deve ser expresso claro, coerente e lógico, justificando-se por todas as peças que compõe o processo (TUCCI, 1987, p. 18-21).

2.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ARGUMENTAÇÃO COMO FATORES LEGITIMANTES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Considerando as considerações expostas fica inegável que a interpretação das normas jurídicas é de forma contínua o exercício da persuasão. O magistrado, ao emitir uma decisão, induz o seu interlocutor a aceitar a argumentação, assim como todo aquele que emite uma mensagem. Tal fenômeno deve-se ao fato de que os provimentos emanados pelo Poder Judiciário não se prestam a estar justificados em sentidos absoluto e universal, mas unicamente dentro de um marco individualizado de um sistema jurídico particular e em correspondência a uma dada realidade social.

Desta maneira, a prolatação de decisões judiciais e a argumentação desenvolvida para justificá-las, possui caráter adicional ao argumentativo, buscam aliciar seu interlocutor sobre a adequabilidade do que foi decidido para a resolução do caso concreto levado a juízo.

Antes de seguir, é necessário registrar que fundamentar e argumentar são conceitos que por mais que se aproximam, não se confundem. Confirmando as exposições outrora tecidas, José Afonso da Silva (2016, p. 899) aduz que fundamentar uma sentença consiste em mostrar as bases em que ela se assenta, enquanto argumentar significa apresentar as razões que levaram o juiz à formulação do seu dispositivo. O autor ressalta que

[...] mostrar as bases da sentença se faz por meio de um processo argumentativo, de onde se conclui que exigir que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas acaba sendo uma exigência de argumentação jurídica. Ambas, em última análise, consistem no desenvolvimento de raciocínio lógico, não necessariamente silogístico, mas raciocínio realizador de coerência. (SILVA, 2016, p. 899)

Em observações as disposições do referido autor, outra conclusão não se pode chegar: ambos os conceitos se completam.

A doutrina de Manuel Atienza (2009, p. 254) aponta ainda a distinção entre justificar e explicar uma decisão. Explicar é validar quais são as causas que a motivaram ou os fins que se pretende alcançar ao tomar essa decisão. Noutro cenário, justificar consiste em oferecer razões dirigidas a mostrar o caráter aceitável ou correto dessa decisão. Segundo o autor,

Há muitas ações, muitas decisões, que podemos explicar mesmo que não pareçam justificadas: por exemplo, uma lei que defenda os interesses de um determinado setor social (é o que explica sua existência), mas que parece contrária aos princípios e valores constitucionais (e, nesse sentido, falta de justificativa); a uma decisão

judicial, motivada pelo desejo do juiz de alcançar a notoriedade social, mas que viola o ordenamento jurídico.⁸³ (ATIENZA, 2009, p. 254)

Não obstante tal fato, ele (ATIENZA, 2009, p. 255) menciona que ambos os conceitos podem se cruzar, tendo em vista que o que frequentemente explica a conduta de um juiz que decide de determinado modo é o fato de ele a considerar justificada de acordo com a lei. É um tipo de raciocínio que conclui com uma afirmação prática pode exigir como premissa alguma declaração descritiva dos fatos, desvelando um caráter puramente teórico. Ele exemplifica:

[...] para justificar a decisão que consiste em condenar X à pena P, o juiz construirá um raciocínio da seguinte forma: "todos aqueles que realizam atos da classe Y devem ser condenados à pena P; X realizou um ato de classe Y; portanto, X deve ser condenado a P", a segunda premissa do argumento é um enunciado teórico, em que se afirma ter ocorrido determinado ato, e se o juiz acha que é verdade deve ser porque ele possui razões que explicam que foi efetivamente X quem realizou esse ato (ATIENZA, 2009, p. 255)⁸⁴

Em suma, percebe-se que o raciocínio jurídico não possui destinação única de explicar as decisões, mas sim a justifica-las, acarretando a ele a característica de ser prático.

Neste viés, o discurso jurídico⁸⁵ irá se caracterizar pela existência de condições restritivas que se resumem, principalmente, na vinculação à lei, ao precedente (quando existente) e à dogmática, elementos sobre os quais a argumentação jurídica se encontra submetida. Porém, as contensões não levam a um único resultado em cada caso exposto à apreciação, assim, em todos os casos que existam, ainda que de modo mínimo conflito, é necessário que seja feita valoração, que não é dedutível diretamente do material normativo preexistente.

⁸³ No original "No original "Hay muchas acciones, muchas decisiones, que podemos explicar aunque no nos parezcan justificadas: por ejemplo, un ley que defiende los intereses de un cierto sector social (eso es lo que explica su existencia), pero que nos parece contraria a los principios y valores constitucionales (y, n esse sentido, carecería de justificación); a una resolución judicial, motivada por el deseo del juez de alcanzar notoriedad social, pero que vulnera el ordenamento juridico"

⁸⁴ No original: "Por ejemplo, para justificar la decisión consistente em condenar a X a la pena P, el juez construirá un razonamiento de la siguiente forma " todos los que realicen actos de la clase Y deben ser condenados a la pena P; X há realizado un acto de la clase Y; por l o tanto, X debe ser condenado a la pena P", la segunda premissa del argumento es un enunciado teórico esto es, afirma que há tenido lugar um determinado acto, y si el juez considera que es verdadero há de ser porque dispone de razones que explican que efectivamente fue X el que realizó ese acto."

⁸⁵ Este trabalho não possui enfoque de esgotar a doutrina a respeito do discurso jurídico, somente são tecidas considerações necessárias para explanar a necessidade da presença da argumentação para que uma decisão seja realmente fundamentada.

Deste modo, inegável que a racionalidade presente no discurso depende de modo notório, de determinar-se em que medida tais valorações adicionais são passíveis de um controle racional (ALEXY, 2008a, p. 548).

Percebe-se que a linguagem possui importância fundamental na elaboração de uma decisão judicial, pois, como visto, esta é um ato de comunicação, exigindo a presença de racionalidade, que não deve ser apenas demonstrada, mas satisfatoriamente comprovada, por meio de um discurso construído em termos racionais. Ademais, a argumentação inicia com a premissa de que nem todas as provas possuem poder de serem reduzidas à evidência, todavia, podem ser valoradas, exigindo, assim, técnicas capazes de ocasionar adesão, aderindo-se ao raciocínio persuasivo (PERLMAN, 2002, p. 472).

Segundo MacCormick (2008, p. 23):

[...] a argumentação jurídica precisa ser reconhecida como um caso especial do raciocínio prático em geral, e precisa então conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que aplicam a todos os tipos de razão prática. Isso implica as menos que não haja asserções sem razões – tudo aquilo que é firmado pode ser questionado e, em vista desse questionamento, uma razão deve ser oferecida para o que quer que tenha sido afirmado, não importando se a afirmação consiste em algum tipo de exigência normativa ou em uma asserção sobre um estado de coisas, sobre uma “questão de fato”.

À vista disso, as decisões são obtidas a partir de respostas mais aceitas e adaptadas, integradas em uma argumentação. Em consequência, ao decidir o magistrado deve pautar-se em racionalidade e razoabilidade, sendo aceitável a limitação de um direito, somente quando for apropriado e necessária para alcançar o objetivo almejado (ALEXY, 2008a, p. 551).

Ao motivar o provimento jurisdicional, o magistrado deve aderir a um discurso que proporcione a relação de segurança jurídica e correção, agregando os procedimentos argumentativos e institucionais de aplicação do Direito a uma teoria própria do Estado de Direito. É certo que não há como encontrar uma única noção do que seja justo para cada caso posto a apreciação, devendo, o julgador fundamentar a partir disposto na norma jurídica que foi elaborada democraticamente. Isto deve-se ao fato de que argumentos jurídicos são, de algum modo

[...] argumentos sobre o direito, ou argumentos sobre questões de fato, ou prova ou de opinião, na medida em que estas tenham relevância para o Direito, ou que o Direito tenha relevância para elas. É essencial tanto para elaborar como para avaliar

argumentos jurídicos de qualidade, conhecer e, mais ainda, estar intimamente familiarizado com grande corpo de conhecimento jurídico (MACCORMICK, 2008, p. 20)

O processo, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, exige a participação ampla, dialética e isonômica das partes na construção do provimento final, trata-se do já mencionado, em mais de uma oportunidade, contraditório substancial, assim considerando tal participação que o julgador exerce a função de persuasão em relação às partes no processo, tentando convencê-las de que aplicou o direito de modo mais adequado.

Deste modo, fica claro que a decisão judicial classificada como motivada de modo coerente não possui o condão unicamente de adequar-se ao sistema jurídico, em análise à sua validade, mas representa, de igual modo, o exercício de persuasão que o juiz realiza, de forma a convencer os receptores de seu provimento que esta é a melhor solução que se poderia dar (MACCORMICK, 2008, p. 20).

Conclui-se assim que a conjugação da técnica argumentativa adotada pelo magistrado ao emitir seu provimento e da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais são capazes de ofertar segurança e legitimação a tais decisões, e igualmente, possibilitar seus receptores – quaisquer que sejam, a compreendam as razões do posicionamento adotado. Isto é necessário pois as decisões judiciais são marcadas por alta carga valorativa, uma vez que a interpretação da norma jurídica não se restringe à sua literalidade, mas busca, partindo da análise sistêmica do ordenamento jurídico, feita com fito de aplicá-las em casos concretos, revelar o seu sentido substancial e alcance real.

Somado às considerações já tecidas, ao proferir uma decisão,

[...] o juiz deve considerar: as convicções e os consensos da coletividade – já que o povo, em sua concepção ampla, é o destinatário último da atuação do Poder Judiciário –; as valorações que podem ser extraídas do material jurídico existente – no qual estão inclusas as leis, a doutrina e as decisões anteriores –; os preceitos de direito natural e/ou princípios suprapositivos; e os conhecimentos empíricos sobre o caso concreto. Contudo, na maioria das vezes, a somatória dessas concepções não é suficiente para objetivar as decisões judiciais (CORDEIRO; GOMES, 2014, p 15)

Deve-se considerar também que ciência jurídica não é algo inequívoco e incontestável, capaz de trazer segurança a partir de uma resposta única que garanta correção da determinação, pois, remetendo-se ao descrito nas primeiras linhas a partir da obra de MacCormick (2008, p. 23) é

justamente na infinidade de argumentos que podem existir para um determinado caso, que nasce o caráter indeterminado do direito.

Em vista disso, de modo a objetivar as valorações utilizadas nas decisões judiciais, deve o jurista orientar-se em sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas. Para tanto, é necessária a utilização da argumentação jurídica, a qual torna os posicionamentos corretos ou verdadeiros, porque racionalmente fundamentados. Logo, sendo as decisões judiciais discursivamente racionais – ou seja, pautadas pelas noções de verdade, de coerência e de eficácia –, elas se tornam valorações consideradas justas pelos seus destinatários (CORDEIRO; GOMES, 2014, p 15)

Por consequência, o ato de motivar é correspondente à justificação das decisões, ou seja, ofertar razões para que o destinatário seja convencido sobre a correção da posição adotada, o que deságua na atividade de argumentar.

Em análise, ainda que sumária, percebe-se que racionalidade da justificação das decisões, é obtida por meio de premissas da argumentação, que se dividem em duas, as premissas descritivas e as premissas normativas. Remetendo-se as premissas descritivas, estas são nada menos que os fatos que dão suporte a pretensão que é deduzida em juízo. Considerando que a argumentação jurídica preserva seu caráter jurídico, por sua vez, as premissas normativas se referem aos enunciados normativos incidentes no caso em julgamento⁸⁶ (ALEXY, 2008a, p. 489).

Dessa maneira,

A partir da comprovação dos fatos e da apresentação das possíveis normas incidentes no caso, cabe ao juiz desenvolver o raciocínio jurídico que formará a sua decisão, por meio da valoração dos fatos e da interpretação dos textos normativos, de acordo com o seu senso de equidade e de modo a obter uma justificação juridicamente satisfatória (CORDEIRO; GOMES, 2014, p 18)

Ou seja, a racionalidade constante dos provimentos emanados pelo Poder Judiciário é resultado da junção dos elementos de fato e de direito, elementos estes que foram objeto de diálogo das partes durante o desenrolar processual, considerando o contraditório substancial. Com efeito, é a argumentação desenvolvida na decisão judicial que lhe confere racionalidade,

⁸⁶ As premissas normativas se subdividem em sistemáticas e extras sistemáticas: as primeiras dizem respeito às normas integrantes do sistema jurídico; as segundas, pelo contrário, correspondem às normas que não pertencem ao sistema jurídico pátrio, podendo ser normas consuetudinárias, normas do direito internacional e normas históricas (premissas extras sistemáticas expressas); ou normas que derivam da obviedade dos usos e costumes locais (premissas extras sistemáticas entimemáticas) (ALEXY, 2008b, p. 490).

objetividade e até universalidade⁸⁷, atribuindo-lhe o caráter de verdade e dando-lhe grande margem de segurança.

Considerando o exposto, a decisão judicial motivada de forma coerente traz como finalidade a adoção de uma estratégia argumentativa que se baseia em persuadir aqueles que serão considerados receptores da tutela jurisdicional (mesmo que de modo indireto), e de que a resolução que for por ele atribuída no litígio, assentada em fundamentos idôneos assentaram a conclusão, tendo como desfecho ser uma verdade justificada. Isto dá-se pois em um Estado de Direito, pode a justificação das decisões não depende apenas da autoridade que as determinou, mas também do procedimento seguido e do conteúdo disposto (ATIENZA, 2009, p. 256).

Considerando o Direito pode ser visto como destreza, meio para tratamento de determinados problemas e demandas sociais, e em cada uma das instâncias jurídicas (legislativa, judicial, etc), são rotineiramente produzidas comandos que nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, norteados pelo fenômeno do constitucionalismo devem estar sustentadas por razões, devidamente argumentadas, pode-se levar à título de conclusão que essa nova concepção do Direito⁸⁸ demanda maior carga de justificação, bem como de argumentação, tanto em termos quantitativos, como em qualitativos (ATIENZA, 2009, p. 257).

Em conclusão concorda-se com o pensamento de Atienza (2013, p. 412), de que embora o Direito não possa ser, de modo natural, reduzido unicamente à argumentação, o aspecto argumentativo do Direito permite contribuir de maneira eficaz para uma melhor teoria e uma melhor prática jurídica, e conseqüentemente colaborando de forma direta para a concretização do princípio constitucional trabalhado neste capítulo.

⁸⁷ No que toca a universalidade dos critérios adotados em uma decisão judicial, retomando o já exposto em outro momento neste trabalho: “Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências” (BARROSO, 2010, p. 354).

⁸⁸ Presente nos Estados de Democráticos de Direito.

3 A AVALIAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSTANTES NA ADI 4439: APLICAÇÃO DA TEORIA AO CASO CONCRETO

Expôs-se que a prática argumentativa tem papel fundamental nas decisões jurídicas. A doutrina de Manuel Atienza ensina que a obrigação dos juízes de proferir decisões fundamentadas significa que eles devem dar razões boas e de forma adequada para obter persuasão.

Neste contexto, conforme já anunciado, o autor ensina que um bom argumento, uma boa argumentação judicial, é aquela que oferece uma estrutura lógica facilmente identificável, tal qual capaz de satisfazer um sistema de inferência válido, baseado em razões relevantes, que sejam sólidas, e que obedecem a certas condições, tais quais, informações suficientes, atitude imparcial e racionalidade, apresentando ainda os critérios que visam avaliar uma argumentação jurídica (ATIENZA, 2013, p. 549).

Considerando a importância inegável do assunto, esta pesquisa aplicou os critérios de avaliação de argumentos propostos por pelo autor em uma decisão proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439.

3.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4439 DISTRITO FEDERAL: O ENSINO RELIGIOSO E O BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO E CONSAGRAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A Procuradoria da Fazenda Nacional propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, arguindo que a Constituição da República de 1988 consagra, em um só momento, o princípio da laicidade do Estado – artigo 19, inciso I⁸⁹ - e a previsão de que

⁸⁹ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: Inciso I - I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...]

o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental - artigo 210, § 1º⁹⁰.

Argui ainda que não se pode ter a escola pública como um espaço de catequese e proselitismo religioso, católico ou de qualquer outra confissão, em decorrência do princípio da laicidade do Estado.

Segundo a PGR, no ensino interconfessional não existe a neutralidade estatal em matéria religiosa, postulada pelo princípio da laicidade. A única forma de compatibilizar o caráter laico do Estado brasileiro com o ensino religioso nas escolas públicas é através da adoção do modelo não confessional, em que o conteúdo programático da disciplina consiste na exposição das doutrinas, das práticas da história e de dimensões sociais das diferentes religiões - bem como de posições não religiosas, como ateísmo e agnosticismo, sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores, que devem ser regulares de escola pública e não pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas. Este modelo, que não implicaria a subvenção ou indução a qualquer crença, seria o único aceitável, formaria cidadãos e pessoas autônomas, capazes de fazerem escolhas e tomarem decisões por si próprias.

Aduziu ainda na peça vestibular, que o artigo 33, caput e §§ 1º e 2º da lei 9.394-96⁹¹ vem sendo interpretado e aplicado pelas autoridades públicas competentes como se fosse compatível com o ensino religioso confessional quanto com o interconfessional. Segue afirmando que o artigo 11, § 1º, do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil”⁹²⁻⁹³, é possível existir no

⁹⁰ Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. §1º § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. [...]

⁹¹ Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

⁹² Tal acordo fora promulgado no Brasil por meio do decreto 7.107 de 11 de fevereiro de 2010.

⁹³ Art. 11 A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

ordenamento brasileiro, desde que seja sem extrapolar as possibilidades semânticas do texto, devendo-se compreender o citado dispositivo como indicando a necessidade de que, no ensino não confessional de religião nas escolas públicas, haja espaço para a exposição e discussão, sem qualquer direcionamento a doutrinas católicas ou as propagadas por outra religião.

Em suma, a PGR concluiu que o ensino religioso em escolas públicas que não seja pautado em estrita observância da não-confessionalidade é constitucionalmente inadmissível. A confusão entre Estado e religião nesta seara não só viola princípio constitucional da laicidade do Estado, como deixa de promover a autonomia do educando. E, pior, cria-lhe constrangimentos e discrimina indevidamente crianças e adolescentes, cujos direitos fundamentais revestem-se de caráter absolutamente prioritário no ordenamento constitucional brasileiro, oportunidade em que menciona o artigo 227 da CFR⁹⁴.

Assim, a PGR fez os seguintes pedidos a Corte Constitucional Brasileira:

1) que fosse realizada interpretação conforme a constituição do artigo 33 caput e §§ 1º e 2º, da lei 9.394/96, a fim de que se assente que o ensino religioso em escolas públicas só podem ser de natureza não confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas;

2) que fosse preferida decisão de interpretação conforme a constituição do artigo 11, § 1º do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil”, aprovado pelo Congresso Nacional através do decreto legislativo 7.107/2010;

3) que, em caso de rejeição dos itens anteriores, fosse declarada a inconstitucionalidade do trecho “católico e de outras confissões religiosas”, constantes no artigo 11, §1º do Acordo Brasil Santa Sé.

ADI que foi ajuizada em 2010 possuiu, ao longo de seu julgamento, diversas instituições como *amicus curae*, tais como, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajuri),

⁹⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem), Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Associação Nacional de Educação Católica do Brasil (Anec), a Conferência dos Religiosos do Brasil (CRC), a União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro (Ujucarj), e União dos Juristas Católicos de São Paulo (Ujucasp).

O julgamento deve início em 31 de agosto de 2017, sendo suspenso e em 27 de setembro de 2017 foi retomado e finalizado. A votação da ação de inconstitucionalidade foi acirrada, seis ministros da Corte (Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia) julgaram pela improcedência, e a favor do pedido da Procuradoria-Geral da República votaram Luís Roberto Barroso – Relator, Luiz Fux, Rosa Weber, Marco Aurélio Melo e Celso de Mello.

Considerando os limites propostos para o presente trabalho, não obstante a importância de todos os votos proferidos no julgamento, tendo em vista que diversos votos compartilharam de muitos argumentos em comum, a fim de que a leitura não se torne repetitiva e cansativa, será dividido o trabalho em (i) argumentos pela procedência - oportunidade em que será esmiuçado o voto do Relator, Ministro Luiz Roberto Barroso, bem como os destaques importantes dos votos proferidos pelos demais Ministros, que entenderam também pela procedência; e (ii) argumentos pela improcedência – será utilizada a mesma dinâmica, com análise do voto proferido pelo Ministro Alexandre Moraes, que abriu a divergência no julgamento, votando pela improcedência, e a Ministra Presidente Carmen Lúcia, que desempatou o julgamento em um sucinto voto.

3.1.1 Exame da Fundamentação que Julgou pela Procedência da Ação

Iniciamos pela análise dos argumentos (vencidos) explanados pelo Ministro Relator da ADI em análise, Luiz Roberto Barroso, que votou pela procedência dos pleitos contidos na inicial, e cujos argumentos principais foram compartilhados pela totalidade dos Ministros que votaram no mesmo sentido.

O voto que em análise enfrenta, sumariamente a questão do cabimento da ação, tecendo breves notas sobre a religião no mundo contemporâneo e, quanto ao mérito, foi dividido em duas partes: a parte I, que apresentou as normas que postulam incidência sobre a matéria e a evolução legislativa ocorrida; e a parte II procura resolver a controvérsia constitucional aqui veiculada.

Com relação as colocações trazidas pelo Ministro sobre a religião no mundo contemporâneo, para o deslinde do mérito da ação, ele concluiu que com relação à religião o Estado deve desempenhar dois importantes papéis, “[...]primeiro assegurar a liberdade religiosa, promovendo um ambiente de respeito e segurança para que as pessoas possam viver suas crenças livres de constrangimento ou preconceito[...].” (STF, 2018, p. 10) e segundo “[...] é dever do Estado conservar uma posição de neutralidade no tocante às diferentes religiões, sem privilegiar ou desfavorecer qualquer uma delas” (STF, 2018, p. 10).

Após tais ponderações, o Min. Barroso adentra efetivamente ao mérito da ação. Inicia localizando ensino religioso no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em normas constitucionais, quanto infraconstitucionais⁹⁵.

O Ministro Relator destacou, que a discussão proposta na ADI encontra guarida na confluência entre o art. 5º, VI da Constituição, que assegura o direito à liberdade religiosa, o art. 19, I consagra o princípio da laicidade, e o art. 210, §1º, prevê o ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental, que considerando o princípio da unidade da Constituição, devem ser interpretados de modo concordante, a fim de minimizar “[...] conflitos e tensões que decorrem naturalmente do caráter pluralista do texto constitucional.” (STF, 2018, p. 14).

Desde logo afirmou que a “[...]conciliação necessária entre laicidade estatal e ensino religioso afasta a possibilidade de o Estado optar pela modalidade confessional (de uma religião específica) ou pela modalidade interconfessional (de algumas religiões, a partir do seu denominador comum).” (STF, 2018, p. 14).

⁹⁵ Para os fins desta pesquisa, não obstante a importância da primeira parte do voto, é na segunda que encontraremos substratos para o problema proposto.

Asseverou que,

[...] a simples presença do ensino religioso em escolas públicas já constitui uma cláusula constitucional de exceção (ou de limitação) ao princípio da laicidade, pelo fato de aproximar, em alguma medida, as ordens estatal e religiosa. Por se tratar de norma originária, deve ela ser interpretada com o mínimo de restrição à ideia de laicidade” (STF, 2018, p.14)

O Relator conduziu o seu voto destacando que um Estado que se denomina laico não pode identificar-se formalmente com qualquer religião ou doutrina religiosa, ao passo que permite que os alunos recebam, dentro de escolas públicas, instrução religiosa, ainda que de mais de uma religião, ocorre de forma inevitável a “[...] identificação institucional entre o Estado, que oferece o espaço público da sala de aula durante o período letivo, e as confissões, que definem os conteúdos a serem transmitidos.” (STF, 2018, p. 15). Salientou ainda que se apresenta mais nítida a violação quando os professores que ministram tal disciplina são “[...] representantes religiosos ou pessoas credenciadas por Igrejas e, ao mesmo tempo, admite-se que sejam remunerados pelo Estado, em contrariedade à vedação expressa do art. 19, I da Constituição” (STF, 2018, p. 15).

O Relator expôs que a laicidade é transpassada pela neutralidade, porém, quando o Estado concorda com a “[...] iniciação ou o aprofundamento dos alunos de escolas públicas em determinada religião, ainda que sem ônus aos cofres públicos, tem-se por quebrada qualquer possibilidade de neutralidade[...]”, (STF, 2018, p. 16), acrescido ao fato de conseqüente espécie de monopólio entre as religiões majoritárias, tendo em vista que só elas terão capacidade de formar professores para atuação em escolas públicas.

Também no tocante à laicidade do Estado, o Ministro alegou que o seu conteúdo jurídico é a garantia da liberdade religiosa. Segundo ele,

A laicidade impõe ao Estado a tarefa de proporcionar um ambiente institucional, social e jurídico adequado para a garantia da plena liberdade de consciência e crença dos indivíduos, para o funcionamento e a difusão das distintas religiões (e posições não religiosas), bem como para a prática de cultos. (STF, 2018, p. 17)

Todavia, no ensino religioso, tanto confessional, quanto interconfessional, será afetada pelo Estado a garantia de liberdade religiosa, pois cria-se um “[...] ambiente escolar incapaz de assegurar a liberdade religiosa dos alunos que professam as crenças não representadas nas aulas” (STF, 2018, p. 17). O Relator destacou que ao Poder Público cabe assegurar que aos

alunos, ainda mais por se tratarem de crianças e adolescentes, que estão desenvolvendo a sua personalidade, o exercício do direito de aderir ou não a uma crença e professá-la.

Deste modo, o Ministro concluiu que somente o ensino religioso não confessional, ministrado de modo plural, objetivo e neutro, permite a realização do princípio da laicidade estatal, garantindo ainda a liberdade religiosa e a igualdade. Manifestando-se sobre um dos pedidos da ADI, ele vota no sentido de

[...] conferir ao art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e ao art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que o ensino religioso em escolas públicas deve ostentar necessariamente natureza não confessional, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes de confissões religiosas. (STF, 2018, p.18)

Considerando que “[...] não se pode ignorar as complexidades práticas de trazer a religião para dentro da sala de aula[...]” (STF, 2018, p. 19), o Ministro traz, ao final de seu voto, antes da conclusão, algumas cautelas para que seja assegurada a efetiva facultatividade e a confessionalidade do ensino religioso nas escolas de rede pública do Brasil.

Segundo o Relator, tal tarefa é complexa, tendo em vista que o ensino religioso permanece sem diretrizes curriculares nacionais, e a ausência de um paradigma traz notórias distinções quanto ao modo como o conteúdo é transmitido. Outra questão advém da associação entre o ensino confessional e a possibilidade de custeio da disciplina pelo Poder Público, ou seja, a contratação de professores que tenham determinada religião. O ministro afirma ser inadmissível a contratação de professores pela sua confissão religiosa.

Deste modo, ele elencou de modo expresso algumas recomendações para que a “[...] disciplina seja transmitido sem proselitismo e com respeito à liberdade religiosa dos alunos em todas as escolas de ensino fundamental no Brasil” (STF, 2018, p. 24).

Primeiramente ele retomou a questão dos professores, afirma que a “[...] investidura e permanência no cargo público de professor do ensino fundamental não pode depender, em nenhuma hipótese, de ato de vontade de qualquer confissão religiosa.” (STF, 2018, p. 24).

Listou condutas a serem seguidas:

[...](i) não se deve permitir a matrícula automática de todos os alunos no ensino religioso, exigindo-se manifestação de vontade para que seja incluído na matéria; (ii) os alunos que optarem por não cursarem a disciplina ensino religioso deverão ter alternativas pedagógicas de modo a atingir a carga mínima anual de 800 horas, exigida pelo art. 24 da LDB; (iii) o ensino religioso deve ser ministrado em aula específica, vedado o ensino transversal da matéria e (iv) os alunos que escolherem cursar ensino religioso devem ter reconhecido o direito de se desligarem a qualquer tempo. (STF, 2018, p.24).

Após elencar tais “passos” para que o ensino religioso seja lecionado de modo compatível com a Constituição Brasileira, ele concluiu seu julgamento, dando procedência aos pedidos formulados na inicial da ADI para “[...] conferir interpretação conforme à Constituição, ao artigo 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96, e ao artigo 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé, aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado por meio do Decreto nº 7.107/2010, para assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, com proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas” (STF, 2018, p. 25).

Ultrapassando para outro julgador que entendeu pela procedência da demanda, O Ministro Luiz Fux, defendeu que o Brasil é uma nação pluriétnica e plurirreligiosa, regido pela laicidade do Estado, liberdade religiosa, igualdade e liberdade de expressão e de consciência, concluindo que não é razoável a escola pública ser um espaço para se transmitir lições de fé a crianças e adolescentes. Porém, fez ressalvas, quanto à hipótese de contratação de professores religiosos, o que iria de encontro ao princípio da isonomia, atingindo os professores laicos que se dedicaram ao estudo da religião. Observou ainda que o próprio texto do artigo 33 da LDB foi reformado para excluir a previsão do ensino confessional.

Concluiu que a educação pública religiosa, universalista e não confessional, seria a única capaz de promover a tolerância, possibilitando que as gerações possam viver em harmonia com as diferentes crenças existentes na sociedade (STF, 2018, p.32).

A Ministra Rosa Weber, também seguindo estritamente o disposto no voto do Ministro Relator, afirmou que a interpretação sistemática e harmônica dos textos constitucionais suscitados na ADI leva ao endosso da tese de que o ensino religioso nas escolas públicas só pode ser o de natureza não confessional. Em seu entendimento, a disciplina não pode estar vinculada a qualquer crença ou religião, sob pena de comprometimento do princípio da

laicidade, que professa a neutralidade do Estado quanto às diversas religiões de modo a proporcionar convivência pacífica entre os seguidores das diversas confissões e assegurar respeito aos indivíduos que optam por não professar religião alguma (STF, 2018, p. 42).

Para o Ministro Marco Aurélio Melo a laicidade estatal “[...] não implica o menosprezo nem a marginalização da religião na vida da comunidade, mas, sim, afasta o dirigismo estatal no tocante à crença de cada qual[...]” (STF, 2018, p. 46). Ele afirmou que o Estado laico não incentiva o ceticismo, ou o aniquilamento da religião, somente limita-se a viabilizar a convivência de diversas visões e que não cabe ao Estado incentivar o avanço de correntes religiosas específicas, mas, sim, assegurar campo saudável e desimpedido ao desenvolvimento das diversas cosmovisões.

O Min. Celso de Mello seguiu o raciocínio dos demais Ministros, afirmando o Estado laico não pode ter preferências de ordem confessional, não podendo interferir nas escolhas religiosas das pessoas. “Em matéria confessional, o Estado brasileiro há manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa [...]” (STF, 2018, p. 49), acompanhando integralmente o voto do Ministro Relator.

3.1.2 Exame da Fundamentação que Julgou pela Improcedência da Ação

Conforme já anunciado, os argumentos que serão analisados de forma integral são os trazidos pelo Min. Alexandre Moraes, que abriu divergência quanto ao posicionamento exposto pelo relator da ADI. Após, serão tecidas considerações aos votos dos demais Ministros, pois seguiram a mesma linha, e por fim, análise do voto que desempatou o julgamento, da Min. Presidente⁹⁶ Carmén Lucia.

Alexandre Moraes abriu seu voto propagando que uma das principais premissas para entender o tema em debate é “[...] entender a importância da interdependência e complementariedade

⁹⁶ No momento do julgamento da ADI Carmén Lucia ainda era presidente do Supremo Tribunal Federal, e conforme disposto no regulamento, é a última a votar.

das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto” (STF, 2018, p. 02). Todavia, ele afirmou que abrangência proposta é mais ampla, alcançando a liberdade de expressão de pensamento, sob o enfoque da tolerância e diversidade de opiniões. Ele destaca que a tolerância mencionada é aquela que

[...] em sendo defendida nesta Corte, relacionada à liberdade de manifestação de concepções políticas, ideológicas, de gênero, a partir da diversidade de opiniões em sala de aula sobre os mesmos fenômenos, em inúmeras ações promovidas pelo Ministério Público e com a participação de várias das entidades participantes na presente ADI (STF, 2018, p. 03)

Desde logo, antecipando o seu entendimento a respeito, o Ministro afirma que se quer transformar

[...] a tolerância e defesa da diversidade de opiniões em sala de aula, em censura prévia à livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula(...) mesmo em disciplinas com matrícula facultativa, transformando o ensino religioso em uma disciplina neutra com conteúdo imposto pelo Estado em desrespeito à liberdade religiosa.” (STF, 2018, p. 03)

Atesta que o pedido da referida demanda possui condão de

[...]limitar *legítimo direito subjetivo constitucional* do aluno que já possui religião ou de seu pai/responsável em matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, em verdadeira tentativa de tutela à livre manifestação de vontade, e consequentemente de restrição à liberdade religiosa (STF, 2018, p. 03)

Consta no voto do referido julgador que a liberdade de expressão encontra-se como um dos principais fundamentos de uma sociedade que se intitula democrática, compreendendo, deste modo, tanto informações que não causam estranheza como aquelas que causam inquietude, “[...]pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos – políticos, filosóficos, religiosos – e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo (STF, 2018, p. 04)”

Tecidas tais considerações, o Min. dividiu seu voto em dois pontos, primeiro expõe sobre o Estado laico e liberdade de crença, após discorre sobre a singularidade da previsão constitucional do ensino religioso baseado em dogmas da fé.

No primeiro ponto do voto, de modo incisivo, destacou que a opção pelo ensino religioso não deve ser questionada, pois foi a feita pelo legislador constituinte de 1988. Trouxe que o ensino

religioso, cuja previsão é constitucional “[...]é um direito subjetivo individual e não um dever imposto pelo Poder Público.” (STF, 2018, p. 05).

Apontou que, definindo ensino religioso, “[...]como sendo os *dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença*, de cada uma das diversas confissões religiosas” (STF, 2018, p. 05), não há como neutralizar ao se lecionar tal disciplina, pois esta possui suas próprias estruturas, bem como métodos e conclusões que dão a ela características diferentes dos demais ramos do saber jurídico, devendo ser ofertada de acordo com a confissão religiosa que é professada de modo voluntário pelos alunos, com ausência de qualquer tipo de interferência.

Concluiu que “[...]a tensão existente entre Estado Laico e Confessional não se coloca na presente hipótese exatamente porque é vedado ao Estado impor, optar ou ser conivente com uma única e determinada crença religiosa no ensino público em detrimento de todas as demais” (STF, 2018, p. 05).

O Min. seguiu trazendo exemplos de consagração da liberdade religiosa no texto constitucional, destacando a impossibilidade de confundir-se um Estado Laico, que oferta ensino religioso de acordo com a crença principiológica do aluno, com um Estado Confessional.

Fez constar em seu voto que

O Estado deve respeitar todas as confissões religiosas, bem como a ausência delas, e seus seguidores, mas jamais sua legislação, suas condutas e políticas públicas devem ser pautadas por quaisquer dogmas ou crenças religiosas ou por concessões benéficas e privilegiadas a determinada religião. (STF, 2018, p. 08)

Para tanto,

O Poder Público tem a obrigação constitucional de garantir a plena liberdade religiosa, mas, em face de sua laicidade, não pode ser subserviente, ou mesmo conivente com qualquer dogma ou princípio religioso que possa colocar em risco sua própria laicidade ou a efetividade dos demais direitos fundamentais, entre eles, o princípio isonômico no tratamento de todas as crenças e de seus adeptos, bem como dos agnósticos e ateus. (STF, 2018, p. 08)

Segundo tais diretrizes é que se efetiva a determinação prevista na Carta Constitucional de ensino religioso, em escolas públicas de ensino fundamental no Brasil, em horário regular, cuja matrícula será facultativa, direcionado pela ponderação “[...] *da excepcional e singular previsão constitucional do tema; pelo binômio Laicidade do Estado/Consagração da*

Liberdade Religiosa e pelo respeito ao *princípio da igualdade entre todas as crenças religiosas*” (STF, 2018, p. 08).

No segundo ponto o Min. abordou a singularidade da previsão constitucional do ensino religioso baseado em dogmas da Fé. Em sua opinião tal singularidade, acrescida dos reflexos históricos e jurídicos que decorrem relacionamento do convívio entre Estado e Religião, o diferencia de qualquer outra disciplina, por mais importante que essa seja.

O asseverou que, tanto em na atual carta constitucional do Brasil e quanto nas demais, “[...]o alcance do conteúdo da expressão ensino religioso é singular, não se confundindo com nenhum outro ramo do conhecimento e, plenamente, compatível com a *laicidade* do Estado.” (STF, 2018, p. 09). Acrescentou que a própria facultatividade da matrícula advém da ausência de neutralidade que permeia o ensino religioso.

A seguir, mencionou que o Poder Constituinte Originário não se limitou a proclamar a laicidade do Estado e a liberdade religiosa, consagrou “[...] um inter-relacionamento e complementariedade entre ambos” (STF, 2018, p. 09). Destacou inclusive que separação entre Estado e Igreja não prejudica a cooperação entre o Poder Público e as Entidades religiosas.

Com base nos argumentos acima mencionados, o findou seu voto afirmando que o ensino religioso, quando ministrado com respeito absoluto ao binômio Estado Laico/Consagração da Liberdade Religiosa, ofertando aos alunos direito subjetivo a sua liberdade religiosa não ofende a Carta Constitucional, assim declarou constitucionais os artigos 33, caput e §§ 1º e 2º da Lei 9.394/1996, e 11, §1º do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, frisando a constitucionalidade do ensino religioso confessional, ministrado em escolas públicas, em horários normais, cuja matrícula é facultativa.

O Min. Edson Fachin (STF, 2018, p. 11), observou que o princípio da laicidade não se confunde com laicismo, mas apenas veda que o Estado assuma como válida uma crença religiosa ou uma determinada concepção de vida em relação à fé. Para o ministro, a separação entre igreja e Estado não pode implicar o isolamento dos que guardam uma religião à sua esfera privada

Afirmou também em seu voto, que o preparo para o exercício da cidadania, objetivo imposto pelo texto constitucional ao direito à educação, só tem sentido se desenvolvido para estimular uma sociedade democrática e plural, sem eliminar as razões religiosas, mas traduzindo-as.

O Min. Dias Toffoli, foi enfático ao afirmar que a separação entre o Estado Brasileiro e a Igreja não é uma separação absoluta. A neutralidade diante das religiões que a laicidade estatal impõe encontra ressalvas em razão de preceitos constantes da própria Constituição Federal. Exemplifica:

A mesma Constituição que proíbe o Estado de fomentar a atividade de confissões religiosas, prevê imunidade de impostos quanto a seus templos e admite que receitas públicas sejam destinadas a escolas confessionais que preencham certos requisitos. A mesma ordem constitucional que proíbe o Estado de financiar cultos, admite a 3 Em revisão ADI 4439 / DF colaboração de interesse público entre poder estatal e entidades religiosas. (STF, 2018, p. 52)

Assim, o Min. concluiu que o modelo de laicidade adotado no Brasil, não compreende uma abstenção por parte do Estado, tendo em vista que impede que o Poder Público favoreça corporações religiosas e prejudique indivíduos em decorrência de suas convicções, impedindo a liberdade de expressão religiosa, mas engloba também, por expressa previsão constitucional, condutas positivas que o Poder Público deve tomar para assegurar a liberdade religiosa.

O Min. Ricardo Lewandowski (STF, 2018, p. 61), considerou importante ressaltar em seu voto que, em sua opinião, não existe nenhum tipo de incompatibilidade entre democracia e religião no Estado laico, destacou que é justamente o contrário, ambas podem e devem ser parceiras na busca do bem comum, especialmente no desenvolvimento de uma sociedade plural e compreensiva para com as naturais diferenças entre os seus integrantes. Destacou que o conceito de laicidade no Brasil, embasa-se no tripé tolerância, igualdade e liberdade religiosa. Trata-se, acima de tudo, de um princípio constitucional voltado à proteção das minorias que, graças à separação entre o Estado e a Igreja, não podem ser obrigadas a submeter-se aos preceitos da religião majoritária.

Dessa maneira, concluiu que o ensino religioso foi autorizado pelos constituintes de 1988, que traçaram as balizas dentro das quais ele pode ser ministrado, de modo a harmonizar o princípio da laicidade do Estado com o postulado da liberdade de crença, por cuja prevalência

tanto sangue a humanidade já derramou e ainda vem derramando, não havendo lugar para procedência da ADI.

O Min. Gilmar Mendes (STF, 2018, p. 74), ironizou o conceito de que, por ser um estado laico, o Brasil abandone as referências religiosas. Afirmou que o país faz referência a religião em nomes de estados, monumentos públicos, além de possuir feriados nacionais religiosos. O ministro observou que, desde 1934, as constituições brasileiras invocam Deus em seu preâmbulo sem que isso signifique uma violação do princípio da laicidade do Estado. Em seu entendimento, não há inconstitucionalidade ou necessidade de realizar interpretação conforme a Constituição nas normas questionadas.

Por fim, como última a votar, a Ministra Carmen Lucia, à época presidente do STF, abriu seu voto aduzindo que “[...] o que tem sido feito neste mundo em nome de Deus! Quantas guerras em nome de Deus, quantas lutas em nome de Deus, e até a paz, muitas vezes, em nome de Deus.” (STF, 2018, p. 44). Relembrou o voto do Ministro Relator – Barroso, no ponto em que o referido julgador afirmou não estar em questão no julgamento o aspecto espiritual do ser humano, que toda Corte reconhece a condição que o Estado brasileiro possui de laicidade, bem como a “[...] à importância fundamental à liberdade de crença, de expressão, de manifestação de ideias e a manifestação de qualquer crença” (STF, 2018, p. 44).

A Ministra ressaltou que em todos os votos proferidos no julgamento da ADI em questão houve expressa referência a tolerância, que a constituição garante de forma expressa. “A pluralidade das ideias, a garantia da liberdade de expressão, de se expressar e de se manifestar de acordo com as suas ideias e crenças” (STF, 2018, p. 44).

Tecidas tais considerações, destacou que foi posto ao Supremo Tribunal Federal o questionamento de

[...] se a laicidade do Estado atinge as crenças religiosas e a liberdade de crença, para não permitir equívoco sobre o entendimento a prevalecer sobre o que se põe no parágrafo § 1º do art. 210 da Constituição, no sentido de qual o conteúdo a ser admitido quanto ao ensino religioso, de natureza facultativa, e que constitui disciplina prevista no ordenamento jurídico” (STF, 2018, p. 44).

Para responder ao questionamento acima, a Ministra abre outra pergunta - o que seria “*este ensino religioso*”? Ela firma que esta indagação é o cerne. Interroga se seria a laicidade do Estado, uma absoluta neutralidade no que tange às ideologias que dão sustentação as diversas crenças, ou se existe “[...] possibilidade de se interpretar o sistema constitucional como uma proibição de se dar conteúdo de determinadas religiões ao ensino religioso, que está previsto na Constituição” (STF, 2018, p. 44). É enfática ao afirmar que não há dúvidas quanto à possibilidade ou não de existência de um ensino religioso no Brasil, tendo em vista que há previsão expressa no sentido positivo.

Em sequência, a Ministra trouxe diversos outros dispositivos, que, ao seu ver, corroboram a afirmação de que a laicidade do Estado Brasileiro não trouxe o reconhecimento de que a liberdade instituiu deveres ao Estado, dentre eles, a opção de ensino religioso, inerente faculdade de matrícula. Assim,

Parece que a pluralidade de crenças, essa liberdade de opção, de escolha e a tolerância, base da convivência democrática, que é princípio fundamental da República brasileira, combinam-se com a laicidade estatal, nos termos estabelecidos nos dispositivos que foram aqui questionados - §§ 1º e 2º do art. 33. (STF, 2018, p. 45)

Com tais argumentos, a Presidente discordou do Ministro Relator, bem como de todos aqueles que o acompanharam, apontando que não há incompatibilidade entre a laicidade do Estado e as normas Constitucionais listadas no voto, “[...] pela referência tanto de imposição de vedações, quanto da imposição de uma série de providências a serem adotadas” (STF, 2018, p.45).

Carmen Lucia afirma que não consegue extrair das referidas normas

[...] autorização para o proselitismo, para o catequismo, para a imposição de apenas uma religião, qualquer seja ela. Mas também não vejo, nos preceitos questionados, proibição de que se permita oferecer facultativamente ensino religioso cujo conteúdo se oriente segundo determinados princípios sem imposição, porque é facultativo; se não tivesse esse conteúdo, não haveria porque se dar a facultatividade”. (STF, 2018, p. 43).

Para a Ministra, as referidas normas não trazem imposição de sujeição a qualquer um de determinado ensino religioso, que como realçado pelo Min.Barroso, embora tenha ele chegado a uma conclusão diversa, a imposição de aceitação ou não de determinada religião

acarreta situação de constrangimento. “Por isso mesmo, a facultatividade impõe que se escolha, que se possa dar livremente opção e apenas isso”. A Ministra completa que ausente o “[...]conteúdo específico de alguma religião - ou de várias -, não vejo porque seria facultativa essa disciplina” (STF, 2018, p. 45).

Ante a tais considerações, declarou não vislumbrar maneira de oposição da laicidade à opção legislativa, bem como a existência de contrariedade capaz de levá-la a atestar a inconstitucionalidade das normas que foram questionadas.

Após expressar sua opinião a despeito da matéria principal, manifestou-se sobre o pedido da PGR de proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, afirma não ver “[...] como se impor a contratação ou nomeação de determinado servidor para ministrar determinada matéria religiosa como representante de uma determinada igreja ou religião” (STF, 2018, p. 47).

Concluiu por fim, que em sua visão, não há nas normas levadas a questionamento sujeição do Estado a qualquer religião, pois (i) a oferta de ensino religioso encontra-se prevista no § 1º do art. 210 e (ii) e tal oferta é permeada pela facultatividade, devendo, por tais razões, ação deve ser julgada improcedente.

3.1.3 A Decisão do STF: A Improcedência da ADI 4439

Após a exposição de todos os votos, foi relatado no acórdão redigido pelo Ministro Alexandre de Moraes as conclusões finais do Tribunal. Ficou assentado que a Constituição brasileira, ao ser interpretada no sentido de manter a tradição de uma República na manutenção de uma

[...] ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. (STF, 2018, p. 3)

Consta ainda na decisão que são ideias iniciais para a interpretação do ensino religioso de matrícula eletiva previsto na Constituição Federal, a interdependência e complementariedade

das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, tendo em vista que a matéria [...] em questão atinge a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da *tolerância e diversidade de opiniões*[...] (STF, 2018, p. 03), sendo a liberdade de expressão um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, compreendendo não somente as

[...]informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo” (STF, 2018, p. 03).

O acórdão segue narrando que a individualidade da previsão constitucional de ensino religioso, cuja matrícula é facultada, respeitado “[...] o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI) PAG 03,” alude na completa regulamentação do implemento do “[...] preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças.” (STF, 2018, p. 03).

É afirmado que a Constituição Federal assegura aos alunos, cujas matrículas sejam efetivadas de maneira voluntária, o exercício integral de seu direito subjetivo ao ensino religioso, como doutrina na carga horária normal das escolas de ensino público de ensino fundamental, lecionado “[...] de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões” (STF, 2018, p. 04).

Assim, a Suprema Corte brasileira firmou o entendimento de que

O binômio *Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa* está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a *voluntariedade da matrícula para o ensino religioso*, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente *impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso*, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais. (STF, 2018, p. 04)

Ao desempenhar seu papel Constitucional, o STF julgou a ação improcedente, declarando, via de consequência a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé,

relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, afirmando ainda a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

3.2 A AVALIAÇÃO DOS ARGUMENTOS CONSTANTES NA ADI 4439⁹⁷

Após a análise da demanda, pode-se extrair que não há questionamentos quanto à constitucionalidade do ensino religioso em escolas públicas de ensino religioso, bem como da opção pela laicidade do Estado Brasileiro, tendo em vista que ambas estão previstas de modo expresso na Constituição da República de 1988. Assim, o que se encontra em debate é como o ensino religioso deve ser ministrado para que não colida com a laicidade do estado Brasileiro.

Neste sentido a Procuradoria Geral da República defendeu no bojo de sua ADI que tal compatibilização seria feita a partir do momento que o ensino religioso fosse ministrado de maneira não confessional (maneira não religiosa), ainda com a proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, auferindo-se assim interpretação conforme a constituição ao artigo 33, caput e §§ 1º e 2º da Lei 9.394 de 1996⁹⁸.

Colocado o processo para julgamento, em síntese, os principais argumentos lançados a favor do pleito da PGR defenderam que um Estado que se denomina laico, como o Brasil, não pode se identificar de modo formal com qualquer religião, sendo que, ao se permitir a instrução religiosa, ainda que de mais de uma religião⁹⁹, haverá identificação com as confissões, que definem os conteúdos transmitidos, influenciando na formação da personalidade dos alunos, que são crianças e adolescentes e possuem direito ao exercício do direito de aderir ou não a uma crença e professá-la, sem qualquer indução, ainda mais por parte do Estado.

⁹⁷Este trabalho não se destinou a emitir opiniões a respeito da decisão tomada pelo STF, somente aplicar, a teoria de prescrita por Manuel Atienza, visando verificar a hipótese proposta.

⁹⁸ Conforme exposto a ADI consta ainda com 02 outros pedidos alternativos, sendo o exposto no parágrafo o principal.

⁹⁹ É destacado também como argumento que haverá, mesmo que de modo não intencional prevalência de uma religião que possua maior número de adeptos.

Assim, para haver compatibilidade entre as normas constitucionais, é necessário que o ensino religioso ministrado em escolas públicas somente tenha natureza não confessional, ou seja, não ser baseado em princípios, objetivos e forma de atuação de uma determinada religião.

Já na defesa pela improcedência, ou seja, na manutenção da situação tal como é atualmente, os Ministros trouxeram que deferir os pedidos constantes na ADI ensejaria restrição da liberdade religiosa, bem como no veto de exercício de outro direito fundamental, qual seja, a liberdade de expressão de pensamento, tendo em vista que privaria a diversidade de opiniões e o exercício da tolerância. Foi argumentado que é impossível neutralizar, ou seja, ministrar de modo não confessional, o ensino de tal disciplina, tendo em vista que ela possui estruturas, métodos e conclusões próprios, e distintos dos outros ramos do saber.

À vista disso, a disciplina deve ser oferecida aos alunos de acordo com a confissão religiosa que o próprio aluno confessa, sem qualquer tipo de interferência. Foi argumentado inclusive que na hipótese posta à julgamento não há tensão entre Estado Laico e Confessional, pois é vedado ao Estado a imposição ou opção por uma determinada crença religiosa em detrimento das demais. Por fim, e reiterado em todos os votos como argumento fundamental, os Ministros asseveraram que opção por tal disciplina é facultativa, conseqüentemente, o aluno pode optar por não a cursar, sem qualquer prejuízo a sua grade escolar.

Conforme trazido no primeiro capítulo, a avaliação da argumentação é parte integrante da Teoria da Argumentação Jurídica proposta por Manuel Atienza, e é composta principalmente por alguns critérios objetivos, à universalidade, coerência, adequação das conseqüências, moral social, moral justificada e em determinados casos, diante da insuficiência dos demais a razoabilidade¹⁰⁰. Assim, passa-se a examinar cada critério de modo isolado.

3.2.1 Universalidade

Iniciando pela universalidade, segundo Atienza (2013, p. 554) este critério possui íntima relação com a ideia formal de justiça, o argumento deve ser uma regra de caráter universal.

¹⁰⁰ Como todos os aspectos já foram expostos na parte do aporte teórico, não serão trazidos novamente todas as considerações sobre eles, mas tão somente àquelas necessárias à aplicação na ADI.

Assim se o fato for idêntico em seus aspectos centrais, o argumento deverá ser aplicado para casos semelhantes, ou seja, para casos iguais, soluções iguais.

Verificando os argumentos pela procedência da ADI, pode-se considerar que eles preenchem o requisito objetivo da universalidade. Os Ministros que votaram pela inconstitucionalidade compatibilizaram as regras constitucionais de modo a ser aplicado em qualquer caso em que se questione os mesmos fundamentos. A opção do poder constituinte originário para o Estado brasileiro é a da laicidade, assim não é admitido a interferência de religiões no exercício do poder administrativo, nem político. Mas o mesmo poder constituinte fez a opção de liberdade religiosa e determinou a inclusão do ensino religioso nas grades curriculares das escolas de ensino fundamental¹⁰¹.

Os argumentos lograram êxito, quanto ao preenchimento de tal requisito pois, não previram exceção para a opção de laicidade do Estado, nem para a liberdade religiosa, tampouco ofereceram restrição para o ensino religioso.

Deixou-se claro que, quando ministrado de modo não confessional, o ensino religioso atenderia a todas as determinações constitucionais, não interferiria da liberdade religiosa dos alunos, tendo em vista que não inclinaria para qualquer tipo de religião, mantendo respeito a todas, e inclusive àqueles que optassem por nenhuma, e principalmente, manteria, em consequência, a neutralidade Estatal.

Assim, em qualquer outra demanda em que se discutisse o binômio laicidade Estatal e liberdade religiosa, a regra poderia ser aplicada, ou seja, o Estado respeita todos as crenças, bem como o exercício delas, mas mantém distância quanto ao exercício de uma, nenhuma ou todas. Ficou bem assentada a opção dos julgadores pela separação do Estado/religião em qualquer situação, sem margem para questionamentos.

Ao propor a demanda, a PGR asseverou que a imparcialidade que se espera de um Estado laico não condiz com a presença em escolas públicas da disciplina de ensino religioso, ministrado de modo confessional, pois o Estado – por meio daqueles que ministrarão as aulas, em algum momento não se manterá de toda forma neutro. Todavia, os argumentos pela

¹⁰¹Ofertada com a matrícula facultativa.

improcedência da ADI, confrontando tal tese afirmaram que não há tensão entre Estado Laico e Confessional no caso concreto, pois é vedado ao Estado a imposição ou opção por uma determinada crença religiosa em detrimento das demais, ressaltando ainda a facultatividade da matrícula em tal disciplina.

Consegue-se extrair nitidamente a opinião daqueles julgadores sobre o assunto: não há confronto entre as normas, ambas coexistem no ordenamento, em consonância com a CFR, e o fato da disciplina ser ministrada de modo confessional não enseja ferimento a opção de laicidade. Considerando que não se vislumbra na decisão analisada nenhuma especificidade aplicável somente àquela situação, pode se prever que a *ratio* da decisão pode ser espelhada para casos semelhantes em seus aspectos centrais.

3.2.2 Coerência

Com relação à coerência, Atienza (2013, p. 540) prevê para o determinado critério duas dimensões, a fática e a normativa. Para a situação em análise cabe observar somente a normativa, a prescreve a compatibilidade entre os argumentos, princípios e valores do ordenamento, em outros termos, seria coerente um argumento que compatibilizasse valores, princípios e teorias. Para tal critério, pode-se considerar que ambas as argumentações são coerentes, a depender do que se compreende por manter ou não neutralidade, em respeito à laicidade.

Os argumentos pela procedência foram construídos compatibilizando os valores e princípios presentes na Constituição da República¹⁰², determinando, ao final que o ensino religioso fosse ministrado de modo não confessional, ofertando uma visão constitucional a legislação infraconstitucional e acordo firmado pelo Brasil e a Santa Sé.

De igual modo, mesmo que ao final tenha optado por decisão diversa, foram construídos os argumentos que optaram pela improcedência do pedido. Foi construído raciocínio de modo a sustentar a compatibilização entre as características colocadas em choque na ADI, aduzindo

¹⁰² Laicidade estatal e Liberdade Religiosa.

que nada há que se fazer, e que as normas trazidas, as quais se deseja atribuir interpretação constitucional, já estão compatíveis.

Deste modo, percebe-se que a distinção de ambos é quando será ferida ou não a neutralidade Estatal será ferida.

3.2.3 Adequação das Consequências

Quanto à adequação das consequências, Atienza (2013, p. 558) determina que seja feita a análise das consequências práticas que surgirão após a decisão, analisando se haverá a satisfação de algum objetivo social valioso. Em exame aos argumentos, percebe-se que ambos preveem as consequências que serão advindas, e ambos consideram que os objetivos que serão atingidos com a sua aplicação são os mais aceitáveis, considerando o ordenamento jurídico, principalmente os valores e princípios constantes na Carta Constitucional.

Quando optaram por argumentar a favor dos pleitos da PGR, os Ministros asseveraram, em síntese, que somente desse modo a neutralidade – esperada pela laicidade- do Estado estaria garantida, que somente assim, haveria a separação esperada entre Estado e religião. Não havendo, concomitantemente, qualquer restrição ao exercício da liberdade religiosa, pois ela poderia continuar a ser exercida de modo amplo, não havia sido criado nenhum tipo de restrição.

Noutro giro, quando entendeu que os pedidos deveriam ser julgados improcedentes, a Suprema Corte destacou que assim seria possível o respeito à ampla liberdade religiosa, pois os alunos poderiam expressar suas crenças, sem qualquer tipo de restrição, e ao passo que a disciplina é facultativa. E como o Estado não influenciaria a opinião dos alunos, e a disciplina é ofertada de maneira facultativa, a laicidade não estaria sendo ferida..

Nos termos expostos, em apreciação a ambos os argumentos, pode-se extrair a preocupação com a adequação da decisão proferida às consequências que surgirão com a sua execução.

3.2.4 Moral Social

Quando analisado o critério da moral social, tem-se análise dos valores que são compartilhados de modo intersubjetivo pela sociedade. Atienza (2013, p. 542) afirma que optar pelos critérios que sejam socialmente majoritários mostra-se, ainda que de modo aparente, vinculados à ideia de democracia. O autor destaca que o magistrado não pode ser indiferente às convenções sociais, pois ocupa posição institucional que pressupõe determinados limites, considerando o tipo de razão que pode se valer e o alcance de tais razões.

Para aplicar tal critério no caso concreto, faz-se necessário avaliar a situação das religiões no Brasil. O último levantamento feito pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁰³ (realizado em 2010 e divulgado em 2012), concluiu que o Brasil possui aproximadamente setenta e cinco religiões, quando a maior parte de sua população adpta da Religião Católica Apostólica Romana, cerca de 64%. A mesma pesquisa apontou que o número de evangélicos no Brasil aumentou 61,45% em 10 anos, sendo de 22,2% (vinte e dois por cento) dos brasileiros:

Brasileiros, Por Sexo, Em Cada Religião/Censo 2010¹⁰⁴		
Religião	Homens	Mulheres
Católica apostólica romana	61.180.316	62.099.856
Evangélicas	18.782.831	23.492.609
Espírita	1.581.701	2.267.176
Umbanda, candomblé e religiões afro-brasileiras	269.488	319.310
Outras religiões	2.364.696	1.122.524
Sem religião	9.082.507	6.253.004

Considerando o panorama brasileiro, denota-se que mesmo com maioria da população católica, há evidente diversidade de crença religiosa, existindo também aqueles que não professam nenhuma crença.

¹⁰³ Todos os dados constantes neste trabalho foram retirados do sítio eletrônico do <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html>, com acesso em 11 de setembro de 2018, às 07:15

¹⁰⁴ Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html>, com acesso em 11 de setembro de 2018, às 07:15.

Esquecendo-se da laicidade, em uma análise fria, feita com base somente nos números acima mencionados, seria moralmente aceita pela sociedade uma decisão que determinasse o ensino religioso lecionado de acordo com os dogmas católicos, pois teoricamente seriam os valores compartilhados pela maioria da população.

Todavia, nenhum dos argumentos (acertadamente) caminhou para esse sentido. O próprio autor (ATIENZA, 2013, p. 543) reconhece que este critério, mesmo desempenhando papel relevante, nem sempre será determinante, pois dentre outras questões, pode existir Estados que incorporem Constituições com código moral que não reflitam necessariamente a moral social constante na sociedade, restando prejudicado em algumas argumentações.

Percebe-se que nesta hipótese encaixa o Brasil. A Constituição atual determina a separação entre Estado e Igreja, não aceitando, mesmo que a maioria da população seja católica que a religião oficial do país seja católica, ou que sejam ministrados em escolas públicas, na disciplina de ensino religioso unicamente com base em dogmas católicos. Assim, tem-se que este requisito não pode ser aplicado de modo integral no caso em tela.

Todavia, segundo os ensinamentos de Atienza (2013, p. 553), em atenção a moral social, ao decidir o magistrado não pode ser indiferente às convenções sociais, o que foi devidamente respeitado em todos os votos proferidos na ADI.

Os argumentos lançados, tanto pela procedência, quanto pela improcedência do pleito, justamente fizeram menção à diversidade de religiões existentes hoje no Brasil, todavia, cada um valeu-se de tal fato para direcionar a um fim. Foi argumentado que devido à diversidade de religiões existentes, e à gritante preponderância de uma, para que não haja influência e tampouco primazia dessa em relação as demais, é que o ensino religioso deve ser ministrado de modo não confessional. Noutro viés, os argumentos pela improcedência expuseram que, justamente devido a esta diversidade religiosa existente no Brasil hoje, é que o ensino deve ser confessional, para, dentre outros, abrir espaço para o direito a expressão religiosa, bem como a tolerância.

3.2.5 Moral Justificada

A respeito da moral justificada, seria a moral correta a ser aplicada pelos magistrados ao proferirem decisões. Conforme já exposto, para Atienza (2013, p.560) existem duas objeções para a aplicação de tal critério. A primeira, é não se fazer necessário, pois em muitos casos as fronteiras entre o direito e a moral são tão brandas que não é possível distinguir, principalmente quando se trata de interpretar conceitos valorativos previstos em constituições, oportunidade em que não se resta outra coisa senão recorrer a filosofia moral. E a segunda é não ser possível recorrer a tal critério, haja vista não se saber qual seria a moral (justificada) que o magistrado deveria recorrer.

Na ADI em análise não foi possível aplicar tal critério, justamente porque os conceitos interpretados pelos Ministros possuem uma alta carga valorativa, e por mais que exista amparo de normas constitucionais em ambos os argumentos¹⁰⁵, fica evidente a influência da filosofia moral na decisão. Ademais, não é possível se identificar no caso julgado qual a moral correta a ser aplicada, a fim de que se possa avaliar os argumentos.

3.2.6 Razoabilidade

Atienza (2013, p. 562) prevê também a aplicação da razoabilidade quando em relação a uma questão parece existir uma margem para decidir de uma maneira e não de outra. Seria a análise do equilíbrio adequado entre os custos e os benefícios na hora de se tomar uma decisão. Consiste na aceitabilidade que a decisão terá quando iniciar a produção de efeitos.

Ao se analisar os argumentos lançados no julgamento da ADI 4439, é possível verificar a razoabilidade e equilíbrio em ambos. Quanto aos que argumentaram pela necessidade de ter-se ensino religioso não confessional, torna-se razoável tal decisão, pois preserva o direito ao aluno de não possuir conhecimento, e segundo os Ministros, inegável influência de qualquer religião. Resta também assegurado, sem qualquer perigo a preservação de neutralidade do Estado quanto à religião, tendo em vista que, para os julgadores que votaram pela procedência, o modelo confessional já quebra tal neutralidade.

¹⁰⁵ Refere-se aos argumentos pela procedência e improcedência da ADI.

Todavia, ao se analisar os argumentos que julgaram pela improcedência da ADI, considerando a premissa de tais julgadores de que a disposição do ensino de modo confessional não influencia na laicidade do estado, é razoável a decisão que garante a exposição de diversidade de opiniões, abrindo ainda espaço para a tolerância.

3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXISTÊNCIA OU NÃO DE UMA ÚNICA RESPOSTA CORRETA EM CASOS DIFÍCEIS¹⁰⁶ E IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS¹⁰⁷

Após a análise dos argumentos que compuseram o julgamento da ADI 4439, denota-se que ambos podem ser classificados como bons segundo parâmetros propostos por Manuel Atienza. O caso analisado, assim como diversos outros postos a julgamento a todo momento no Poder Judiciário brasileiro, enquadra-se no conceito de casos difíceis, ou seja, aqueles permeados por valores e conceitos abertos, que demandam que os julgadores expressem sua concepção sobre determinado tema.

Conforme já mencionado, a questão que levou ao julgamento de improcedência da demanda foi a concepção, por parte de maioria dos Ministros, de que o fato do ensino religioso ser ministrado em escolas públicas de modo confessional, não interfere na opção do Estado brasileiro pela laicidade, ou seja, não significa que a religião terá qualquer influência.

Confessional significa “relativo a uma crença religiosa”. Para sistema confessional, têm-se “sistema em que somente uma crença religiosa é aceita como oficial”¹⁰⁸. A Carta Constitucional prevê que o Estado Brasileiro será laico, e em outro momento determina que seja ministrada a disciplina de ensino religioso.

¹⁰⁶ As considerações decididas sobre a existência ou não de uma única resposta correta em casos difíceis será feita com base no pensamento de Manuel Atienza, marco teórico da pesquisa. Ressalta-se que intenção desta parte não é aprofundar-se na discussão sobre a resposta existência ou não de uma única é resposta correta no direito em julgamento de casos difíceis, mas sim trazer uma literal reflexão sobre o pensamento do autor, bem como correlacionar com o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

¹⁰⁸ Do latim *confessio*.nis "confissão" + *al* . Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/confessional/>> Acesso em 15 de out. de 2018.

A opinião exarada nesta pesquisa é que a opção expressa do legislador constituinte pela laicidade do Estado não é compatível com a determinação de que seja ensinado em um espaço público, tal como são as salas de aulas de escolas públicas, a disciplina de ensino religioso de modo confessional. Por óbvio haverá, no mundo do ser, ausência de parcialidade. É certo que existirá exposição dos dogmas que forem predominantes dentre os alunos, havendo notória quebra da imparcialidade estatal quanto à religião, pois o próprio termo confessional é interligado à expressão ‘crença religiosa’. Contudo, não se pode ignorar que os argumentos em desencontro com essa ideia são tão sustentáveis quanto os que advogam a favor dela.

Assim, chaga-se a uma famosa discussão no direito: a existência ou não de uma única resposta correta em julgamento de casos difíceis, ou seja, se o Direito é capaz de determinar uma única solução para cada caso, pois mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha julgado o tema, a tese vencedora obteve êxito por apenas um voto de diferença, e após percorrer cada passo de avaliação de argumentos constantes na Teoria proposta por Manuel Atienza, denota-se que os argumentos vencidos são tão bons, quanto aqueles que lograram êxito.

Com relação à necessidade de estudar o debate sobre a existência da resposta correta no Direito, que segundo Coura e Bedê (2013, p. 682), é um dos mais importantes dentro da Teoria Geral destacam-se, ao menos, três pontos

[...] i) viabiliza uma compreensão das divergências jurisprudenciais e o modo de interpretar essas divergências; ii) possibilita novas luzes sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais; e iii) demonstra a necessidade do compromisso do juiz na busca da resposta correta, compromisso esse que pode diminuir o equívoco de várias decisões solipsistas dos julgadores.” (COURA; BEDE, 2013, p. 682)

Manuel Atienza (2013, p. 551) explica que a questão acerca da existência ou não de uma única resposta correta para cada caso não pode ser simplesmente respondida com uma afirmação positiva ou negativa, pois existem diversas nuances que merecem ser analisadas. Neste sentido, o autor listou, em forma de escala, afirmações que ora constata a existência de uma única resposta correta, e informam a fonte de onde podem ser extraídas e ora afirmam que não existe uma resposta:

- 1) existe uma única resposta correta que pode ser extraída do Direito Natural;
- 2) existe uma única resposta correta, e ela é extraída de modo direto do Direito Positivo e das regras constantes do método jurídico;

- 3) existe uma única resposta correta, pois quando Direito Positivo e das regras constantes do método jurídico tornam-se insuficientes, a resposta pode ser obtida através da opinião da comunidade em geral, ou ainda da comunidade dos juristas;
- 4) existe uma única resposta correta, sendo ela aquela que, fornece melhor interpretação possível dos fins e valores que são definidores da prática, que por sua vez é orientada por princípios e valores;
- 5) existe uma única resposta correta, mas ela é unicamente, no sentido Kantiano, uma ideia que regula;
- 6) a resposta correta nada mais é que uma ficção, mais que cumpre função útil no raciocínio jurídico;
- 7) de acordo com o Direito, nem sempre existira uma única resposta correta, mas isso na significa que não existam outros critérios objetivos ou quase objetivos, tais como os morais, econômicos etc, que de algum modo guiam as decisões dos juristas;
- 8) na maioria das situações não existira uma resposta correta, a função do Direito é só fixar algumas margens para decisões, e nos limites delas, os juízes decidem de forma subjetiva e imprevisível;
- 9) a ideia de uma única resposta correta para cada situação é uma ideologia que maquia o poder político que os juízes possuem;

Como pode se perceber, a questão da tese da única resposta correta para os casos difíceis é controversa, sendo que o próprio autor, marco teórico desta pesquisa, não concluiu pela sua existência ou não. Porém, Atienza (2013, p. 452) destaca que se os participantes do discurso jurídico que pretendam ter afirmações e fundamentações com sentido pleno devem independentemente de existir ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que a sua resposta é a única certa. “Mais do que o conteúdo da resposta, a atitude do julgador e o procedimento para obtê-la devem ser levados em consideração para garantir a legitimidade da decisão” (COURA; BEDÊ, 2013, p. 685).

Tal afirmação significa que eles (quem emite decisão), devem pressupor a existência de uma única resposta correta como ideia reguladora. E para que isto ocorra de modo absoluto, é necessário que os argumentos sejam fundamentados de modo suficientes a ofertar ao jurisdicionado sempre a melhor tutela, guardando íntimo vínculo com o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Este princípio constitucional exige

do magistrado a análise detalhada de todos os argumentos contrários e favoráveis à situação em julgamento, determinando as exposições das razões que levaram a formação da decisão proferida.

Sintetizando o pensamento que se quer expor nesta parte; “o que se quer do juiz é essa postura integradora, uma argumentação convincente, detalhada, não uma mera cópia de casos passados ou do texto da norma, enfim uma argumentação na qual o caso concreto é levado a sério” (COURA; BEDE, 2013, p. 686).

Deste modo, mesmo que impossível de se determinar para todas as situações complexas do ponto de vista valorativo, a existência de uma única solução, o bom jurista deve argumentar de modo suficiente a convencer o auditório que sua decisão é a mais acertada possível, pois decisão que possui uma fundamentação adequada é decisão democrática, atendendo aos princípios do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida destinou-se a averiguar se nos contornos propostos por Manuel Atienza para avaliação de uma argumentação jurídica, caso sejam preenchidos todos os critérios propostos, concluindo-se que os argumentos expostos são considerados bons, será proferida uma decisão com fundamentação suficiente a atender as expectativas de um Estado Democrático, em outros termos buscou-se a aplicação de um modelo teórico a uma determinada prática, a fim de ofertar maior densidade à exigência constitucional de justificação racional das decisões judiciais, que como exposto, é atribuído status de direito fundamental.

Levantou-se a hipótese de que poderão sim surgir decisões bem fundamentadas, porém, principalmente em casos de decisões proferidas por colegiados, haverá casos em que os argumentos vencedores serão tão bons quanto os vencidos.

Para verificação do problema e hipótese, foi exposto sobre a Teoria da Argumentação jurídica formulada por Manuel Atienza, sobre o dever constitucional e infraconstitucional de fundamentar decisões judiciais, bem como foi analisado uma situação fática, a ADI 4439, julgada em 2017 improcedente pelo STF.

Após o desenvolvimento da pesquisa, algumas conclusões foram possíveis, sendo a primeira relacionada à Teoria da Argumentação Jurídica. Pode-se concluir de modo preciso, que ao operador do direito, é impossível a desvinculação da prática argumentativa, havendo, em consequência enorme campo de aplicação da teoria da argumentação jurídica dentro do universo jurídico. Neste viés, concorda-se de modo pleno com a afirmação de Atienza (2009, p. 35), de que não se pode reduzir o direito à argumentação, mas esta é prática indissociável da atividade do jurista.

Percebeu-se que novo CPC foi ao encontro do preconizado pela Teoria da Argumentação Jurídica ao estabelecer no seu art. 489 todos os elementos essenciais que devem fazer parte da argumentação da sentença, sendo muito mais metuculoso e preciso ao comparado com o

código anterior, objetivando com isso garantir uma verdadeira justificação da decisão, e não uma mera explicação.

A direito de fundamentação das decisões judiciais, sob a exegese dos critérios estabelecidos pelo Código de Processo Civil, faz com a sentença possa ser considerada uma decisão que se apoia em suas próprias razões. Tal conclusão faz com que se perceba que a aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica de modo contundente, tendo em vista que seu objetivo é desenvolver um raciocínio que justifique a decisão jurídica proferida e guarnecer critérios para facilitar a tomada de decisão.

O magistrado encontra-se forçado a motivar suas decisões, não com o mero intuito de justificar sua correção lógico-formal, mas principalmente de convencer os destinatários de que a posição adotada fora a melhor dentre todas as possíveis para o caso posto à apreciação. O julgador deve persuadir os destinatários da tutela jurisdicional de que a resolução por ele atribuída ao litígio é, dentro de um contexto de razoabilidade existente, a correta, pois é assentada em fundamentos idôneos que sustentarem a conclusão, tornando-se, assim uma verdade justificada racionalmente.

Dessa maneira, a motivação não será restrita ao raciocínio lógico e coerente, o qual é demonstrado a razão pela qual a decisão foi proferida naqueles termos e não em outros, mas sim averiguada dentro da atividade das partes ao longo da instrução processual, na realização do contraditório substancial. Em vista disso, verifica-se que a decisão judicial é considerada bem fundamentada quando se afasta dos subjetivismos aos quais o magistrado encontra-se vulnerável, e sim fruto de uma argumentação congruente, capaz de gerar a concordância sobre a questão decidida, oportunidade em que se torna segura e legítima.

Nesse contexto, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais constitui um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito, uma vez que assegura o respeito aos direitos individuais e garante a necessária segurança de tais provimentos, bem como o controle, tanto pelo próprio Poder Judiciário, em grau recursal, quanto pela sociedade como um todo.

Retornando a hipótese proposta ao problema, percebe-se que ela se confirma. De fato, extrai-se do estudo que, principalmente em decisões colegiadas, os argumentos rechaçados pelos julgadores, mesmo sendo bons, não serão os recebidos pelos jurisdicionados.

Este fenômeno irá ocorrer principalmente quando estiver em julgamento àqueles casos considerados como difíceis, permeados por uma alta carga valorativa, como o da ADI em questão, em que o cerne se encontrava na necessidade de compatibilização da opção de laicidade do Estado brasileiro e a previsão constitucional de se lecionar ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental. Nos termos expostos, a tese vencedora é tão bem fundamentada quanto a vencida.

Da análise como todo concluiu-se que em casos como o examinado não será encontrado uma única resposta correta, sendo tal assunto altamente controvertido, pois o caso é dotado de alta carga de valores e princípios. Não obstante tal situação, não se pode negligenciar a necessidade de uma resposta ao final, sendo que tal resposta – a decisão, deve ser suficientemente fundamentada, a fim de se ofertar a melhor tutela jurisdicional, e tal fundamentação só será satisfatória com uso contundente da argumentação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2008.

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

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

_____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

_____. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, pag. 526.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 de jul. de 2018.

_____. **Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2010/decreto-7107-11-fevereiro2010602309-publicacaooriginal-123632-pe.html>> Acesso em 15 de out. de 2018.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes da educação nacional. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm> Acesso em: 03 de ago. de 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 03 de ago. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439/DF.** Brasília, DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. Acesso em: 03 de ago. de 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1426406 MT 2013/0372934-5.** Brasília, DF. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465737917/recurso-especial-resp-1426406-mt-2013-0372934-5>> Acesso em: 03 de ago. de 2018.

COURA, Alexandre Castro; AMÉRICO, Bedê. Existe uma única resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.** Valparaíso, Chile, XLI, p. 681 – 695, 30 de novembro de 2013. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200020&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 01 de out. de 2018.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das Decisões Judiciais e Argumentação Jurídica como Fatores Legitimantes da Prestação Jurisdicional. **Revista da AJURIS,** Rio Grande do Sul, v. 41, n. 134, p. 85-108, junho 2014. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/196>>. Acesso em 07 de out. de 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. **Direito e Argumentação** - No Pensamento de Manoel Atienza. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: JusPodivm, 2007. p. 227-228.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 1993.

LAZZARI, Batista João. A Argumentação Jurídica e a Fundamentação das Decisões Proferidas no âmbito dos Juizados Especiais. **Revista Brasileira de Direito, IMED**, Vol. 9, nº 2, ISSN 2238-0604, p. 166-183, dez. de 2014. Disponível em <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/572>> Acesso em 03 de set. de 2018.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Do arbítrio à razão**. Reflexão sobre a motivação da sentença. In Revista de Processo. Ano VIII. Jan-Mar n. 29, São Paulo, 1983.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil V. 1: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Teoria geral do processo**. Curso de processo civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O dever de motivar e o “livre convencimento” (conflito ou falso embate?)**: breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os olhos no Novo Código de Processo Civil. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n.8, 2015, p.211224. Disponível em: <revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/134/127> Acesso em 04 de set. de 2018.

_____. . In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). **Notas iniciais à leitura do novo código civil** Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2015,

_____. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al., (Coord.). **Breves Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67-68

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 17

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. Saraiva: São Paulo, 1987.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999, p. 176.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.