

## O CONTRADITÓRIO DINÂMICO NO DIÁLOGO ENTRE JUSTIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA E FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO

Francisco Jansen\*

**Resumo:** O Novo Código de Processo Civil consagra uma abordagem constitucionalizada do princípio do contraditório, que se efetiva através da oportunidade das partes de influenciar efetivamente na formação da decisão. A decisão, por sua vez, deve estar fundamentada de forma democrática, atendendo aos requisitos impostos pelo NCPC, na forma do art. 489, formando-se através da comparticipação das partes na dialética estabelecida processualmente e, cumulativamente, deve estar racionalmente justificada pela aplicação das normas jurídicas pertinentes ao caso concreto. Assim, o presente intenta investigar a interação do contraditório dinâmico no campo da justificação decisória calcada em elementos de teoria da argumentação jurídica, dispensada a ambição de exaustão de um procedimento argumentativo em favor de uma abordagem exemplificativa das oportunidades de exercício e preservação da garantia do contraditório.

**Palavras-chave:** Justificação da decisão. Contraditório dinâmico. Jurisdição democrática. Argumentação jurídica.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O novo processo civil e o contraditório dinâmico. 3. Argumentação por silogismo. 3.1. Contextualizando a argumentação dedutiva, da lógica formal à argumentação jurídica. 3.2. Objeções à argumentação dedutiva. 3.3. Pressuposições da argumentação dedutiva. 3.4. Limites da argumentação dedutiva. 3.5. Apreciação crítica: o silogismo, enquanto método de justificação, é obsoleto?. 4. Argumentação por particularização e por universalização. 5. Argumentos sobre a interpretação. 5.1. Categorias de argumentos interpretativos. 5.2. Argumentos conflitantes. 6. Considerações finais. Referências.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus de Torres/RS. Pós-Graduando em Processo Civil pela ULBRA/Torres.

## 1 Introdução

Vivemos na lei e segundo o direito e, uma vez que qualquer descumprimento do direito, ou da lei,<sup>1</sup> é capaz de originar um processo, por consequência “é importante a forma como os juízes decidem os casos”.<sup>2</sup> A importância da decisão é evidente na perspectiva da parte submetida ao processo, uma vez que “a diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou o mesmo juiz no dia seguinte” (DWORKIN, 2002); por evidente, a decisão (com seus critérios, fundamentos e argumentos) também é importante aos olhos do legislador, e isso pode ser observado na atenção dedicada pelo novo processo civil à regular a tomada de decisão sobre critérios de racionalidade, democracia e uniformidade.

Isso posto, o que se pode/deve exigir dos juízes para que essa decisão entre *dignidade e ruína* seja leal “ao direito dos cidadãos de que as decisões tenham um fundamento razoável” (LORENZETTI, 2011), sejam fieis ao direito vigente<sup>3</sup> ou, ainda, sejam democráticas?<sup>4</sup> Como oferecer às partes um processo jurisdicional democrático em que a decisão seja razoavelmente justificada? Pelo presente artigo se pretende investigar o princípio do contraditório sob a ótica constitucionalizada do novo Código de Processo Civil e sua interação panorâmica com a argumentação jurídica como critério de racionalidade na justificação da decisão. Para essa apreciação, serão explorados elementos básicos da

<sup>1</sup> O presente trabalho não enfrenta *lei e direito* como termos de equivalentes sentidos, endossando a “diferença entre o velho positivismo exegético (sintático) e o positivismo normativista (semântico) [...]” apontada por Streck, que afirma que “‘Descobrir’ hoje que o direito não é igual à lei e dar a isso um grau de invenção crítica é subestimar e ignorar o ponto central do positivismo normativista. Por certo Kelsen acharia uma tolice alguém sustentar que texto é igual à norma ou que a lei é a única e plenipotente fonte do direito. Quando Kelsen diz que lei vigente é válida, está se referindo ao plano da *ciência do direito*, e não ao plano da *aplicação do direito* feita por juízes, promotores, advogados etc.” (STRECK, 2010).

<sup>2</sup> “É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal” (DWORKIN, 2002, p. 3).

<sup>3</sup> Não é exagero asseverar. Muito embora poucas pessoas discordariam que identificar regras, seguir regras, e valer-se de regras para orientar a ação das pessoas sejam aspectos cruciais para o direito (MICHELON, 2013), existe uma séria e justificada preocupação de que os juízes “levem a sério as regras estabelecidas na ordem normativa institucional que constitui os sistemas contemporâneos de Direito das nações” (MACCORMICK, 2008, p. 105-106), nessa direção segue Lenio Streck na recente crítica feita à prática judiciária no artigo de título autoexplicativo: “As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: *Is it the law?*”.

<sup>4</sup> “A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas” (DWORKIN, 2006, p. 50). Mas aqui ainda fala-se de outra esfera de concretização da democracia, a processual, que se dá através de balizas procedimentais firmadas em um contraditório efetivo (NUNES, 2008).

argumentação jurídica que sirvam para produzir uma justificação jurídica à decisão, enquanto aplicação do direito (e não de valores estranhos ao ordenamento, ou puramente subjetivos).

Evitar-se-á, no limite do possível, o adentramento em casos de flagrante insuficiência normativa, em que a justificação de uma decisão pretensamente legítima postule robustez da carga argumentativa, uma vez que essa hipótese excede o interesse do contraditório por imersão demasiada no campo da teoria da argumentação jurídica.

Com esse escopo, então, que não é exaustivo, e de forma expositiva, argumentativa e analítica, o presente artigo estrutura-se em partes: A primeira, contemplando a contextualização do princípio do contraditório esposada pelo novo Código Processual vigente. As conclusões alcançadas na primeira parte servirão de subsídio argumentativo para a análise das interações do contraditório dinâmico ao longo das demais partes; A segunda, com a apreciação crítica do silogismo como forma legítima de justificar uma decisão; A terceira, identifica os elementos de razão prática e da argumentação por particularização e universalização que são pertinentes à identificação do caso concreto como exemplar da regra, para a fixação da premissa menor do silogismo jurídico; A quarta servirá à classificação e à síntese das formas argumentativas baseadas na interpretação do direito e dos comandos normativos, para a fixação da premissa maior do silogismo jurídico, observando-se ainda hipóteses de conflito para estes argumentos. Finalmente elaborara-se conclusão com o enunciado sumário dos elementos centrais para uma decisão democraticamente formada, fundamentada e justificada sob a égide de critérios de racionalidade argumentativa.

## **2 O novo processo civil e o contraditório dinâmico**

A tradição processual brasileira, consagrada na prática forense que se desenvolveu sob a égide do Código Processual de 1973, cristalizou o princípio do contraditório como um direito de participação, se estabelecendo entre as partes no processo (e não com o juízo). Essa forma de contraditório visava garantir que uma parte, havendo alegação da outra, pudesse manifestar-se a respeito, de maneira que o juiz ouvisse ambas as partes antes de decidir sobre a questão em debate. Nesse cenário, o juiz exercia seus poderes no julgamento, aferindo resultado ao duelo entre os litigantes de forma autoritária e solitária, como protagonista do processo (NUNES, 2008).

Não se olvida, claro, a hipótese de provimentos liminares, que em situações de urgência poderiam ser concedidos em caráter *inaudita altera parte*, postergando-se o contraditório para o momento seguinte à decisão (RIBEIRO, 2013). De qualquer sorte, essa exigência é mantida pelo novo diploma, que veda, em seu art. 9º, que seja proferida decisão contra a parte não ouvida (leia-se aqui, a que tenha sido oportunizado o direito de manifestar-se). Os provimentos liminares apresentam-se como um dos elementos da perene tensão entre o contraditório e a efetividade da prestação jurisdicional (RIBEIRO, 2013, p. 38-39) que, no entanto, não é objeto relevante ao presente estudo.

Essa ótica do contraditório, contudo, não é a mais madura, tampouco a mais adequada a um procedimento que se instaure no seio de um Estado *Democrático* de Direito, conquanto a democracia exige mais do que a oportunidade de contraditar, mas a eficácia da contradita, pela sua consideração no momento da decisão. Nesse sentido é a exigência do art. 7º do novo CPC, que impõe ao magistrado o dever de zelar por um contraditório *efetivo*. Constitucionalmente considerado, o contraditório consagra-se pela eficácia de um direito das partes de influenciar no resultado do processo (RIBEIRO, 2013).

O novo diploma processual, em conformidade com uma teoria normativa da participação, propõe um contraditório coibidor dos interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais e da arbitrariedade judicial. Essa transformação alinha-se a uma doutrina processual que idealiza o policentrismo processual e afasta a noção de protagonismo judicial, até então em vigor, revestindo advogados e partes de nova autonomia e participação na direção do processo. (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JR., 2015, p. 79-80).

Ora, se contraditório efetivo exige que as manifestações das partes sejam levadas em consideração, é natural que se exija, inclusive por coerência, que às partes se dê a oportunidade de manifestar-se sobre aqueles que serão os fundamentos da decisão. Nesse sentido coloca-se o art. 10º da codificação novel, que veda ao juiz a decisão fundada em algo não levado à consideração das partes. Se lhes for garantida a oportunidade de manifestarem-se sobre o tema, esse poderá ser objeto de fundamento da decisão, do contrário, o juiz não pode invocá-lo como fundamento.

Assim, evidencia-se o primeiro essencial requisito para a efetivação do contraditório, a vedação da decisão surpresa pelo cumprimento do dever de informação, de consulta do juízo, junto às partes, acerca de determinada questão interessante ao processo. Aponta-se, em tempo, o contraditório constitucional não é mais realizado meramente entre as partes, mas entre partes e juízo, inclusive constituindo-se um dever/ônus do juiz de provocar o debate sobre as questões que poderão formar a decisão (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JR., 2015, p. 102-106 *passim*).

Quando trata a decisão judicial, o novo Código de Processo Civil substitui a simplicidade do art. 458 do código de 1973, que enunciava como requisitos da sentença a sua estruturação em relatório, fundamentos e dispositivo, acompanhados de sumária descrição de que conteúdo deveria alocar-se sob cada requisito.

O artigo sucessor, que fala (não dos requisitos, mas dos elementos) da sentença, art. 489 do código de 2015, é acompanhado de três parágrafos que sugerem critérios racionalidade na fundamentação da decisão judicial. O primeiro desses parágrafos é dotado de particular virtude legislativa, em especial de seu inciso IV,<sup>5</sup> consagrador de relevante aspecto de um contraditório efetivo: a obrigação judicial de fundamentar a decisão com o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes.

O segundo requisito do contraditório efetivo e constitucionalmente adequado é, portanto, a oportunidade de que as partes participem da formação da decisão, uma vez que não é permitido ao juiz que decida sem enfrentar os argumentos trazidos pelas partes. A garantia do contraditório efetivo é elemento viabilizador do debate travado ao longo do iter processual que, ao final, balizará a decisão, garantindo-lhe legitimidade discursiva e democrática (e legalidade, cabe acrescentar) (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JR., 2015, p. 99-101).

É evidente que simples nomeação desses dois elementos essenciais, vedação de decisão surpresa e comparticipação na formação decisória, não esgota o complexo espectro doutrinário e constitucional de que se reveste o contraditório dinâmico. Contudo, desde já se torna possível a análise das implicações centrais do contraditório efetivo na formação dos argumentos jurídicos que compõem a fundamentação decisória, senda em que se oportuniza o tratamento incidental dos deveres decorrentes do caráter comparticipativo e policêntrico desse contraditório constitucional.

Assim, se passa à análise dos elementos da teoria da argumentação jurídica proposta por MacCormick, ressaltando que essa se dará com escopo exemplificativo e para fomentar a análise da interação do contraditório em cada esfera argumentativa.

---

<sup>5</sup> Entende-se que, enquanto fala-se da racionalidade decisória, tanto o segundo quanto o terceiro parágrafo merecem atenção. Esses, contudo, dizem respeito não somente à fundamentação da decisão, mas à própria interpretação do direito vigente (no caso do parágrafo segundo) e da decisão (no caso do parágrafo terceiro). Cabe salientar que o parágrafo segundo é objeto de sérias críticas (muitas delas protagonizadas por Lênio Streck) em virtude do seu sincretismo teórico, que cria oportunidade para discricionariedade.

### 3 Argumentação por silogismo

É doutrinariamente corrente a afirmativa de que “enquanto princípios são aplicados por ponderação, regras são aplicadas por subsunção”,<sup>6</sup> sendo a subsunção uma espécie de silogismo que extrai sua conclusão (conclusão prevista na norma do direito) da conduta prevista na norma do direito (premissa maior) e do fato concreto (premissa menor). Segundo as mesmas produções jurídicas, e com pequenas variações, a incidência de princípios subjacentes às regras, no momento da interpretação, torna o silogismo obsoleto, ou, no mínimo, insuficiente (BRUM, 2013, p. 50-51). Essa afirmativa merece impugnação.

#### 3.1 Contextualizando a argumentação dedutiva, da lógica formal à argumentação jurídica

Quando se contextualiza silogismo e argumentação dedutiva, corre-se o risco de falar o óbvio em mais de um momento.<sup>7</sup> Isso acontece porque o argumento dedutivo válido é aquele em que a conclusão está completamente contida nas premissas<sup>8</sup>. Assim, a conclusão óbvia é uma constante na argumentação dedutiva, ainda mais em formas simples como a silogística, tópico da lógica formal.

“A função específica da lógica como ramo do conhecimento consiste em estudar as formas de argumentação válidas” (MACCORMICK, 2009, p. 30). Assim, se o argumento dedutivo é aquele que busca demonstrar que uma proposição jurídica, de algum caso concreto, está implícita em outras proposições (premissas) da argumentação, então uma argumentação dedutiva é válida quando, independentemente do teor das premissas e da conclusão, a sua forma é tal que a conclusão não pode ser outra, pois seria contraditório que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão (MACCORMICK, 2009, p. 26-27).

<sup>6</sup> Também, corriqueiramente, como observa Lênio Streck (2010, p. 159), são apresentadas propostas similares pelas quais os *casos fáceis* seriam resolvidos através de técnicas dedutivistas-subsumptivas e *casos difíceis*, que exigem a presença de princípios jurídicos, deveriam ser respondidos por outros métodos.

<sup>7</sup> Lógico/ilógico no contexto da Lógica formal, e do presente trabalho, não é o que se alia ao sentido coloquial (que frequentemente associa o “lógico” com o óbvio, e o “ilógico” com o inusitado). Tecnicamente, lógica é a conclusão que deriva das premissas, e ilógica é conclusão atribuída a premissas que não são capazes de gerá-la. Assim, o uso da expressão “ilógico(a)” será reservada para tratar de argumentos defeituosos – com uma conclusão contraditória, ou impossível de se obter das premissas postas (BRUM, 2013, p. 57-58).

<sup>8</sup> No argumento dedutivo, em oposição ao indutivo, a conclusão está contida, implícita ou explicitamente, nas premissas, não além delas. Daí sua força argumentativa distinta, uma vez que nos argumentos indutivos a conclusão é uma *provável* consequência das premissas (MORTARI, 2001, p. 23).

Isso posto, de volta ao direito: normalmente as regras do direito podem ser descritas como uma disposição de fatos operativos (FO), que, caso ocorram, culminarão em uma consequência normativa (CN) em um formato que pode ser simplificado para “*Se FO então CN; FO, portanto CN*” (MACCORMICK, 2008) (e.g. Aquele que, por ato ilícito [fato operativo], causar dano a outrem [fato operativo], fica obrigado a repará-lo [consequência normativa]; fulano ilicitamente causou dano a outrem [FO], portanto Fulano fica obrigado a indenizar [CN]).

É fácil verificar que as petições iniciais (normalmente<sup>9</sup>) representam tentativas de reconstruir um silogismo jurídico. As leis lidam tipicamente com proposições universais (aquele que – todos que, qualquer um que –, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo), que na lógica formal ocupam a posição de premissa maior. De todos os elementos/fatos/eventos existentes, cabe às partes demonstrar e provar essencialmente aqueles fatos que são exemplos das proposições universais (houve fato ilícito, houve dano), alegações de fatos necessariamente particulares, que ocupam a posição de premissa menor (MACCORMICK, 2008, p. 47-48).

Não se pode olvidar que, ainda que a conclusão do argumento silogístico esteja na esteira da obviedade, cabe ao juiz, em respeito ao disposto no art. 10 do NCPC (Novo Código de Processo Civil) dar oportunidade às partes a oportunidade de manifestarem-se sobre os elementos que servem de premissas ao argumento. O dever de informação do juízo, portanto, induz o juiz à necessidade de advertir as partes acerca dos pontos de fato (fatos operativos) que entendidos como interessantes à formação do argumento (como premissa menor) e dos pontos de direito ou materiais jurídicos relevantes (informadores da regra geral), que servirão à fixação da premissa maior (BAHIA, NUNES, PEDRON e THEODORO JR., 2015, p. 102).

### 3.2 Objeções à argumentação dedutiva

O real desafio teórico à legitimidade dessa forma argumentativa, contudo, repousa na sua suficiência/capacidade de justificar, ou seja: na análise das objeções que lhe podem ser feitas, bem como de suas pressuposições e limites.

---

<sup>9</sup> Caso os fatos narrados não correspondam exatamente aos fatos operativos de uma norma, e o façam de maneira aproximada, ou análoga, o silogismo deverá ser amparado por outras formas de justificação (argumentação por analogia, interpretação, princípios, de coerência sistemática, etc.), que demonstre que a norma invocada deverá incidir sobre os fatos apresentados – ainda que não sejam exatamente aqueles contidos na dita norma. O emprego de outras formas argumentativas, nesse caso, não substitui o silogismo, porque serve apenas para consolidar/fixar/justificar as premissas (tomadas isoladamente), que continuam a compor um silogismo.

### 3.2.1 *Objecção da decisão como ato de vontade*

A primeira objeção que se apresenta à argumentação dedutiva, como instrumento justificatório, é o caráter volitivo das decisões. Uma argumentação válida, de caráter dedutivo, não sentencia um processo. Isto é, concluir que os fatos trazidos a um processo correspondem perfeitamente àqueles enunciados entre os fatos operativos de uma norma, não implica a automática imposição da norma no caso concreto. A decisão continua sendo um ato de escolha (MACCORMICK, 2008, p. 52), e pode (ainda que não deva), eventualmente, ser contrária ao próprio direito positivo, cabe observar.

Ainda assim, se o argumento dedutivo parece justificar uma decisão em conformidade com sua conclusão, o mesmo não se pode dizer em relação a uma decisão que o contrarie. Um julgamento que contrarie uma dedução sólida levantaria sérias dúvidas em relação à sua legitimidade, pois equivaleria a contrariar o papel do juiz de aplicar as normas válidas do direito.<sup>10</sup> Ainda assim, existe essa pequena distância entre a conclusão dedutiva e a decisão, que equivale à de “o que deve ser feito” e o próprio “fazer” (MACCORMICK, 2008, p. 53).

A verdade de se afirmar que a decisão é um ato de vontade não torna o argumento dedutivo um motivo menor (ou justificativa pior) para se tomar uma decisão, uma vez que “mostrar que a decisão de alguém se conforma ao sistema assim considerado é demonstrar que o dever fundamental de um juiz está sendo cumprido” (MACCORMICK, 2008, p. 90).

### 3.2.2 *Objecção da interpretação*

Não se pode perder de vista que cada um dos termos da proposição universal (como aquelas exemplificadas); “ilícito”, “dano”, “por ato”, “causar”, está sujeito à interpretação no contexto do ordenamento jurídico (do restante do direito). Tanto assim o é, que existem, por exemplo, teorias de rival aplicação sobre ilicitude, sobre ato, sobre dano, e sobre a causalidade. Ainda que a conclusão

<sup>10</sup> Não se pretende sugerir que o juiz seja, ou deva ser, “a boca da lei”. Por outro lado, há de se reconhecer que por vezes o direito democraticamente legislado e estabelecido é claro, e deve ser aplicado de forma direta. Se o Código Processual estabelece o prazo de 10 dias para a interposição de um recurso, em contenda sobre direito disponível, a carga argumentativa que justifica o conhecimento do recurso no 15º dia, se justificar, deverá ser muito maior. Se o Código Processual estabelece que todos os argumentos da parte (capazes de infirmar a conclusão do julgador) devem ser enfrentados sob pena de nulidade, eles devem ser enfrentados sob pena de nulidade. O problema da violação direta do Direito é tão mais sério quando se violam as regras de fundamentação da decisão, do art. 489 do NCPC, pois não só acontece aí um exercício ilegítimo do poder jurisdicional, mas também uma deturpação do processo jurisdicional democrático e da própria repartição de poderes do estado, que sobra quando certos “hábitos” pretorianos suprimem a eficácia do direito válido posto pelo legislativo.



para o argumento decorra naturalmente das premissas, em cada sentença judicial estão implícitas decisões acerca de quais conceitos (causa, dano etc.) serão adotados (MACCORMICK, 2008, p. 55).

À dúvida quanto à real extensão, ou ao exato significado, de um dos conceitos desses que permitem identificar os fatos operativos previstos na norma e aqueles eventos narrados por uma das partes, se dá o nome de “problema de classificação” (MACCORMICK, 2008, p. 55-56), que é inerente a qualquer norma de direito que seja expressa em linguagem.

Mesmo que a lei descreva, por exemplo, o que é um ato ilícito, como faz o Código Civil<sup>11</sup> vigente no Brasil, essa descrição, feita em termos universais, inevitavelmente trará mais conceitos sujeitos à interpretação (ação, omissão, voluntariedade, negligência, imprudência, titular de direito, exercício de direito, finalidade social dos bens, bons costumes etc.). A essa característica do direito se atribui seu manifesto caráter interpretativo, porque qualquer proposição (e o direito é proposicional), para sujeitar-se à estrutura da lógica, primeiro deve passar por uma interpretação semântica de seus elementos linguísticos (MORTARI, 2001, p. 120-121).

Em suma, o silogismo jurídico não dá, sozinho, resposta aos casos.<sup>12</sup> Isso acontece porque boa parte dos termos da lei, senão todos, deverão ser interpretados. Os fatos deverão ser interpretados e avaliados para se verificar o que interessa (quais eventos correspondem a fatos operativos da norma invocada ou de outras).<sup>13</sup> “Em outras palavras: do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira” (MACCORMICK, 2009, p. 30). Por outro lado, a lógica, por si só, não dispõe de ferramentas para determinar ou garantir a veracidade das premissas (MACCORMICK, 2009, p. 30), por isso a interpretação.

Ainda assim, o silogismo oferece a moldura para a qual convergem os demais argumentos e interpretações, daí sua essencialidade (MACCORMICK,

---

<sup>11</sup> Assim faz o Código Civil Brasileiro, por exemplo, que procura definir o ato ilícito nos artigos 186 e 187: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

<sup>12</sup> Existem ainda outros problemas decorrentes da, ou ensejadores de, interpretação. E mesmo essas conclusões, dos processos de interpretação, podem ser justificadas através de variadas espécies de argumentação, de apelo à consistência interna do direito, da coerência legal aos seus princípios subjacentes e das consequências dessas conclusões ao mundo dos fatos (MACCORMICK, 2008, p. 56), estes comporão o objeto de outro tipo de argumento, diferente do silogístico, derivado da interpretação do direito.

<sup>13</sup> Sem olvidar, existem ainda os casos em que os fatos ocorridos podem não corresponder às provas apresentadas judicialmente, ou em que parte das provas apresentadas deve ser afastada da cognição judicial em virtude de alguma ilegalidade procedimental que acarrete sua nulidade.

2008, p. 56-57) e seu posto como argumento justificatório mais elementar (MICHELON, 2010, p. 7). Assim, se houvesse um “Hércules” dworkiniano, capaz de estabelecer uma teoria completa e inteiramente satisfatória da interpretação de todo um sistema jurídico, consistente e livre de contradições, ela poderia servir como base de conhecimento para um sistema, a partir daí, completamente dedutivo (MACCORMICK, 2008, p. 72).

Se o caráter interpretativo do direito, e da argumentação jurídica, impedisse a utilização da lógica na argumentação, não apenas a lógica jurídica seria comprometida. Nesse caso, a lógica perderia seu espaço em qualquer domínio prático ou empírico.<sup>14</sup> A argumentação dedutiva é capaz de obter uma conclusão verdadeira de premissas verdadeiras, mas as premissas, que são afirmações por si só, estão sujeitas a verificação de verdade por meio de outros procedimentos, isso é inevitável em qualquer emprego de lógica (MACCORMICK, 2008, p. 91).

Recuando do plano da justificação, em direção ao plano da fundamentação, é seguro dizer que na generalidade dos casos, juízes e advogados dialogam compartilhando uma “suficiente similitude de conceitos semânticos”, concordando sobre o que estão falando quando tratam de “dano”, “sentença”, “recurso” e demais conceitos comumente empregados na prática jurídica. Quando houver, contudo, divergência significativa no emprego de conceitos relevantes à solução do caso por juiz e partes interessadas, é importante que essa divergência seja trazida à esteira da dialética processual, sob pena de inefetividade do contraditório (porque partes e juiz não estavam, na realidade, discutindo sobre a mesma coisa, e foi ineficaz a tentativa das partes de influenciar no julgamento).

No plano do perfil participativo do contraditório, é importante que se leve em consideração a existência dos deveres de esclarecimento e de prevenção, consistentes, respectivamente, no dever tribunalício de esclarecer dúvidas que parem sobre os pedidos ou posições formuladas pelas partes em juízo, justamente para evitar decisões calcadas em equívocos; e de que o órgão julgador aponte as deficiências das postulações das partes, como postulado do máximo aproveitamento e da primazia do mérito. (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JR., 2015, p. 85 apud SOUSA, 2003 e 2007).

A divergência semântica, contudo, nem sempre é perceptível, mesmo no plano objetivo da fundamentação decisória, se não há um aprofundamento dos conceitos debatidos e, nesses casos, a falibilidade dos agentes processuais (mormente do juiz e dos advogados) causa prejuízo direto ao caráter democrático do processo.

No tópico, é relevante ainda suscitar curiosa conclusão parcial sobre a eficácia do contraditório: assumindo que o magistrado cumpra com o dever de in-

<sup>14</sup> A bem da verdade, mesmo no plano abstrato a lógica seria inutilizada, porque mesmo quando empregada em linguagens artificiais, essas dependem de interpretação.

formação, inclusive explanando acerca do conceito jurídico sobre o qual paira a divergência, e às partes seja oportunizado manifestarem-se sobre o instituto, mesmo que o diálogo seja ineficaz, a decisão não incorre em nulidade por violação ao contraditório se enfrentar os argumentos relevantes das partes (capazes de infirmar a conclusão do julgador) em seus fundamentos. Isso porque as partes têm o *direito*, não a obrigação, de participar na formação da decisão.

### 3.2.3 *Objeção da escolha semântica*

Uma terceira objeção, plenamente possível, assemelha-se ao que poderia ser uma combinação das anteriores: a solução para os problemas de classificação são, por si só, decisões – atos de vontade, para os quais uma argumentação não traz mais do que *um bom motivo*. Segundo esse posicionamento: se a atribuição do significado a cada conceito linguístico da norma exige uma determinação, essa determinação implica algum tipo de decisão que precisa ser justificada externamente ao argumento dedutivo. A dedução, por sua vez, só se aplica após solucionado o problema de classificação pela determinação de um significado a cada conceito do enunciado normativo (MACCORMICK, 2008, p. 93-94).

Essa objeção sofre de um problema similar àquela da interpretação: ela vai longe demais. Isso porque, se for consistente, deverá ser aplicada “a todos os domínios da lógica aplicada, não somente ao raciocínio jurídico ou normativo”. E mesmo que se aceite a sua consistência, não é que decisões atributivas ou determinações afastassem a aplicação da lógica dedutiva, mas, ao invés disso, elas são um elemento anterior e necessário a qualquer raciocínio dedutivo; isto é, essa objeção não substitui ou invalida a lógica dedutiva, mas, como a interpretação, converge em direção ao argumento dedutivo (MACCORMICK, 2008, p. 94).

O contraditório, nesse caso, opera em seu caráter policêntrico como elemento atenuador do protagonismo judicial e mitigador da arbitrariedade judicial na escolha semântica, uma vez que obriga o órgão julgador a garantir às partes a oportunidade de manifestação sobre o objeto da escolha, decentralizando a formação da decisão entre as partes.

### 3.2.4 *Objecões da verdade*

Existem pelo menos dois problemas relacionados à *verdade* que podem ser levantados em face da argumentação dedutiva. Um deles diz respeito ao valor-verdade das proposições normativas, o outro a respeito da verdade dos fatos do caso particular, que ajudarão a compor a premissa menor de um silogismo.

Normas podem ser verdadeiras? Na posição objetante, não. Normas são ato de vontade e, portanto, não são o tipo de entidade a respeito da qual juízos de verdade ou falsidade possam ser atribuídos de forma inteligível.<sup>15</sup> A atribuição da qualidade de *verdadeira* a uma proposição normativa seria, no melhor dos casos, inconsistente. De tal maneira, normas jurídicas não podem formar premissas para um raciocínio lógico.<sup>16</sup>

É mais fácil perceber a relevância dessa objeção quando se observa que existe, na argumentação, uma dimensão de correção. A validade argumentativa já foi exposta, como sendo a estrutura de argumento que deriva uma conclusão inevitável de suas premissas. Um argumento correto é aquele que, além de válido, é composto de premissas verdadeiras (MORTARI, 2001, p. 21). Se uma das premissas não pode ser classificada como verdadeira, ou tampouco como falsa, existe verdade/falsidade na conclusão do argumento? Essa é uma pergunta interessante que, no entanto, não precisará ser respondida aqui, porque normas têm valor-verdade (MACCORMICK, 2008, p. 83).

Muito embora normas raramente descrevam fatos brutos,<sup>17</sup> elas têm um conteúdo, que só é inteligível a partir de interpretação.<sup>18</sup> A mesma interpretação que dá conteúdo de sentido à norma é aquela que descreve o seu conteúdo normativo.<sup>19</sup> Afirmações desse tipo, interpretativo-descritivo, podem ser consi-

<sup>15</sup> Segundo Hans Kelsen (2009, p. 82), “as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverídicas mas válidas ou inválidas”, se opondo dessa maneira às proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que *descrevem* o direito e não estabelecem direitos ou deveres e podem, enquanto descrição, ser verdadeiras ou inverídicas.

<sup>16</sup> Normalmente, como exemplos de um silogismo, faz-se uso de premissas que possam sem facilmente valoradas como verdadeiras ou falsas. E. g.: Todas as estrelas são quentes; o Sol é uma estrela; logo, o Sol é quente. Ainda que o argumentador não tenha a resposta, não se duvida que a premissa maior (todas as estrelas são quentes) pode ser, alternativamente, verdadeira ou falsa. Em contraposição é difícil qualificar como verdadeiro ou falso um enunciado normativo na forma de ordem ou de estipulação de consequência jurídica. E. g.: “Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos” (BRASIL, 1940).

<sup>17</sup> Cujas descrições poderiam ser verdadeiras ou falsas.

<sup>18</sup> Michelin delimita o problema da seguinte maneira: “todas as tentativas de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos serão sempre malsucedidas, pois não será possível apreender a juridicidade de algo por sua posição no espaço e tempo [...]. Enunciados jurídicos não descrevem fatos brutos [...]”, o que implica a negação de que os enunciados jurídicos descrevam qualquer coisa *real*. Opondo, a esse problema, a “solução” implícita na teoria kelseniana: a constatação da validade de uma norma, de sua qualidade de “sentido objetivo de um ato de vontade”, é o resultado da *interpretação* de um ato de vontade segundo outra norma jurídica. A finitude dessa cadeia de validação fica condicionada à aceitação de sua tese de validade, através da norma fundamental, ou de outra que supra a necessidade de um fundamento de validade/objetividade para o sistema (MICHELON, 2004. p. 98-104 *passim*).

<sup>19</sup> “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos” passaria, por exemplo, a ter uma forma mais parecida com a seguinte: É proibida a prática de aborto, sem o consentimento da gestante, e aquele que o fizer estará sujeito a uma pena de reclusão de três a dez

deradas verdadeiras ou falsas e, portanto, ter valor-verdade (MACCORMICK, 2008, p. 83), ressalvado que para isso deva ser feita a sua interpretação.

De forma mais clara: quando se faz uma afirmação sobre o mundo, descrevendo-o, supõe-se que as palavras (veículo da afirmação) descrevam o mundo e estejam corretas ou, alternativamente, que não estejam corretas e não se sustentem por sua incongruência com a realidade.<sup>20</sup> Afirmar a verdade dessa descrição é negar a sua falsidade. A verdade ou falsidade é definida pela correspondência do mundo em relação ao conteúdo *semântico* da afirmação, não ao *sintático*. Essa (necessária) flexibilização da estrutura de palavras apresentadas revela um conteúdo descritivo que pode ser qualificado como verdadeiro ou falso (MACCORMICK, 2008, p. 84).

Para explicitar o ponto desenvolvido, exemplos extremos podem ser úteis: “é vedado aos advogados a postulação em juízo”, ou “será premiado aquele que pleitear de má-fé”. Em ambos os casos, há disposições normativas, e mesmo sem uma adaptação relevante dos seus textos, essas normas são evidentemente *falsas*.<sup>21</sup>

Há de se ir além, ainda, aqui. Negar essa estrutura é negar a existência de atos de legislação que estabelecem as normas, que vigoram durante certo tempo em certo lugar, condição de existência. Por sua vez, a afirmação de que algo existe, sem estranheza, pode ser considerada verdadeira ou falsa (MACCORMICK, 2008, p. 84). Se toda norma existente possui, portanto, um dado de valor-verdade, está afastado o primeiro aspecto da objeção da verdade. Porque uma afirmação geral/universal verdadeira pode, sem discussão necessária, ocupar o lugar de premissa maior em um silogismo/dedução.<sup>22</sup>

Outro aspecto diz respeito à verdade dos fatos, da premissa menor. Esse problema, no entanto, é mais simples (ao menos do ponto de vista teórico),

---

anos. Existe uma afirmação (que pode ser verdadeira) quanto à existência de uma proibição, e uma consequência normativa para o fato descrito na norma.

<sup>20</sup> Uma afirmação doutrinária, por exemplo, de que existe um dever jurídico garantido por determinada lei federal é falsa se não existe, na dita lei federal, a estipulação do respectivo dever. A questão, nesse caso, está em saber se uma norma jurídica *vigora* ou não em uma determinada ordem jurídica. Não se afirma que a norma é verdadeira, mas que proposições de que “existe a norma” ou que “a norma em vigor estabelece tal dever” são, ou não, verdadeiras. As normas jurídicas, portanto, são *verificáveis*, não direta mas indiretamente (KELSEN, 2009, p. 83).

<sup>21</sup> Em verdade, esses exemplos não são mais falsos ou verdadeiros que qualquer norma – e poderiam hipoteticamente existir em uma sociedade imaginária –, mas a sua estranheza decorre da interpretação, do interlocutor, de que essas proposições normativas não podem corresponder à realidade, daí o seu valor-verdade.

<sup>22</sup> É possível expandir a questão à possibilidade de aplicação de outros princípios lógicos, como os de não contradição e conclusão de raciocínio, que, tradicionalmente tomados, “apenas são aplicáveis a proposições ou enunciados que possam ser verdadeiros ou falsos”. A resposta para esse problema é a mesma: esse princípios podem ser aplicados, ainda que indiretamente, por meio de proposições jurídicas descritivas, que podem entrar num silogismo lógico (KELSEN, 2009, p. 83-84).

porque não constitui real objeção ao silogismo, mas uma etapa externa e anterior à dedução, que deve ser enfrentada com diligência. Sustentou-se que uma premissa falsa, em uma argumentação válida, resultará em uma conclusão falsa (se, na verdade o réu não litigou de má-fé, evidentemente que a conclusão condenatória será falsa, inadequada, apesar da argumentação válida).

A partir do momento em que assim é decidido em juízo, uma alegação de fato transforma-se em fato institucional, no corpo de um processo judicial. Colocando-se o que foi dito de lado, sobre a verdade depender de uma correspondência entre a proposição testada e o mundo dos fatos, o caráter final das decisões exige que nela não se admita qualquer outra verdade senão aquela certificada pela autoridade responsável (normalmente, um juiz responsável por julgar com base nas evidências colhidas em uma fase de instrução, determinando “o que houve”) (MACCORMICK, 2008, p. 95-96).

Assim, os fatos brutos tornam-se fatos institucionais, e não mais importa o que aconteceu no mundo, pois o fato institucional é considerado verdade para todos os propósitos (MACCORMICK, 2008, p. 95-96), por força da decisão de um juiz que é confrontado por uma atribuição que exige a sua capacidade de julgar.<sup>23</sup> Isto é, a capacidade de avaliar meios de prova, e determinar se dados fatos brutos contam como exemplos concretos dos fatos operativos de uma regra, atividades que exigem a capacidade humana de interpretar as formulações das regras à luz de valores humanos (MACCORMICK, 2008, p. 96).

O Processo Civil brasileiro não foge dessa ótica. Mesmo que ao órgão decisor caiba o dever de informar às partes as razões de formação de seu convencimento, garantir amplo contraditório pela enumeração dos fatos controversos e das provas a serem levadas em consideração, oportunizar às partes a manifestação sobre esses e, finalmente, fundamentar a decisão diligentemente com a descrição/motivação de todo o processo de formação racional do convencimento, contemplando os argumentos das partes sobre cada prova elencada. Uma vez esgotadas as possibilidades de recurso, este é um fato institucional cristalizado pelo trânsito em julgado e, cabe observar: democraticamente formado, ainda que dissidente da verdade real.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> A “capacidade de julgar”, na determinação da premissa menor de uma argumentação por silogismo, se relaciona com conceito de “poder discricionário fraco”, apresentado por Ronald Dworkin (2002, p. 51-52), em que o encarregado de decidir tem a incumbência de tomar uma decisão em última instância, que não será revista/cancelada por alguém (e.g. a bola estava dentro ou fora da quadra? A decisão do árbitro não está sujeita a revisão). Por sua vez, esta análise do caso concreto, feita pelo julgador hipotético, dos fatos que poderão ser classificados ou não como fatos operativos da norma, é exigente de virtudes de decisão prática (MICHELON, 2010, p. 4), uma vez que é um problema de sabedoria prática (ARISTÓTELES, 2001, VI, 1140A 25-35).

<sup>24</sup> A impugnação desse fato institucional ainda poderá ser feita por meio de procedimentos excepcionais, que excedem o interesse da abordagem proposta neste artigo.

### 3.3 Pressuposições da argumentação dedutiva

Algumas observações relevantes, acerca da dedução, não foram feitas até agora. O poder de justificação da argumentação dedutiva é grande, e é possível, em alguns casos, que ela aja de maneira conclusiva (MACCORMICK, 2009, p. 23), no entanto, ela depende de pressuposições, e não dá respostas acerca de como pode ser estabelecida, com segurança, a sua premissa maior, ou ainda, a legitimidade da decisão.

É preciso que se tenha consciência dessas limitações antes de prosseguir, pois elas serão o que ditará, essencialmente, a necessidade de uma justificação de segunda ordem, adicional ao silogismo, que deverá se servir de métodos argumentativos para o estabelecimento das premissas que compõem o argumento dedutivo.<sup>25</sup>

Em todos os exemplos tratados, bem como para toda a exposição acerca da argumentação dedutiva, implicitamente foi feita uma pressuposição, ou um postulado inicial: assume-se que a função judicial é a de aplicar as normas de direito.<sup>26</sup> Isso posto, se para aplicar as normas de direito é necessário definir quais são as normas de direito,<sup>27</sup> o direito deve ser, ou ao menos incluir, um conjunto de normas identificáveis por referência a critérios comuns de reconhecimento (MACCORMICK, 2009, p. 68-69).

Isso acontece porque a argumentação dedutiva não explica *porque* os juízes *devem*<sup>28</sup> aplicar *normas válidas de direito*. A argumentação apresentada pres-

---

<sup>25</sup> Isto é, a necessidade de se buscar argumentos para identificar a validade da norma em questão, a sua pertinência ao caso, a verdade dos fatos e a possibilidade de que esses fatos correspondam aos fatos operativos da norma eleita, e não de outras concorrentes. Essas etapas devem ser superadas para que, após, possa-se adotar a argumentação por silogismo. Como observado, uma argumentação que fixe as premissas não substitui o silogismo, mas o antecede.

<sup>26</sup> Frederick Schauer (2009, p. 318-319), por exemplo, observa que mesmo que algumas regras pareçam arbitrárias, quando postas de forma legítima e promulgadas, deveriam ser reconhecidas e aplicadas pelos juízes.

<sup>27</sup> Nesse ponto, convém esclarecer: não se postula que o direito seja simetricamente correspondente às normas positivadas, mas que *existam* normas positivadas que põe o direito de maneira clara em determinados casos. Assim, não se faz oposição à crítica de Streck, de que “‘descobrir’ hoje que o direito não é igual à lei e dar a isso um grau de invenção crítica é subestimar e ignorar o ponto central do positivismo normativista. Por certo Kelsen acharia uma tolice alguém sustentar que texto é igual à norma ou que a lei é a única e plenipotente fonte do direito. Quando Kelsen diz que lei vigente é válida, está se referindo ao plano da *ciência do direito*, e não ao plano da *aplicação do direito* feita por juízes, promotores, advogados etc.” (STRECK, 2010, p. 169-173 *passim*).

<sup>28</sup> Esse é um problema que não será enfrentado no presente artigo, e que será resolvido através do apelo aos critérios de identificação da normatividade de um dado ordenamento jurídico. Em um positivismo epistêmico, como o de Kelsen, por exemplo, se poderia dizer que há um “dever descritivo” do juiz em aplicar o direito – ainda assim sujeito a críticas sobre “como uma ordem jurídica [...] poderia emergir de fatos *sem nenhum conteúdo normativo intrínseco*” (FARIA, 2004, p. 12). Outras teorias jurídicas procurarão recorrer a outros instrumentos para fundamentar a normatividade, inclusive através do apelo a teorias morais ou políticas.

supõe (a) uma “tese de validade”, de que o sistema jurídico dispõe de critérios, sustentados pela aceitação social, que atestam pela existência de uma norma como obrigatória, atribuindo-se a ela a qualificação de “norma válida” (MACCORMICK, 2009, p. 78-79); e pressupõe (b) o dever judicial de aplicar as normas válidas de direito, para solucionar controvérsias, como fundamento da legitimidade do poder judicial (MACCORMICK, 2009, p. 69).

Os dois pressupostos suscitados, tese de validade e dever judicial, básicos da argumentação dedutiva (à qual convergem as demais), pertencem à teoria do direito e assim justificam a essencialidade desta para a argumentação jurídica. O argumento que justifica essas pressuposições, no entanto, está além da dedução (e do corte teórico enfrentado neste artigo).

### 3.4 Limites da argumentação dedutiva

“É uma verdade muito óbvia que nem todas as normas jurídicas, nem mesmo todas as normas legisladas ‘em forma verbal fixa’, podem dar sempre uma resposta clara em cada questão prática que surja” (MACCORMICK, 2009, p. 83). Os inúmeros possíveis problemas estarão sujeitos a soluções interpretativas (que precederão a dedução), e serão abordados de forma exemplificativa.

Muitas vezes, uma norma pode parecer imediatamente aplicável ao caso, mas uma ambiguidade faz com que dela possam ser extraídos comandos normativos simetricamente opostos. Isto é, “quando a linguagem normativa começa a ser ambígua e a mostrar zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o intérprete não só deva deduzir, senão que também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação (LORENZETTI, 2011, p. 172). As normas só podem ser aplicadas (e submetidas à argumentação dedutiva) após a solução do problema de ambiguidade que se apresente no caso concreto (MACCORMICK, 2009, p. 86).

Outros casos, no entanto, oferecerão dúvidas mais amplas sobre a possibilidade de se aplicar uma regra geral, ou um conjunto de regras gerais, ao caso particular. Isto é, quando os conceitos normativos, abertos, não se referem a um suporte fático especial que permita sua direta dedução (LORENZETTI, 2011, p. 172).

Pode-se chegar à conclusão que nenhum dispositivo legal existente cubra adequadamente, ou sirva para justificar uma decisão no caso concreto. Uma decisão que ampare/rejeite os interesses de eventuais litigantes deverá envolver, em algum sentido, a afirmação ou negação de uma proposição geral que sirva de fundamento jurídico para a decisão (MACCORMICK, 2009, p. 89), ou seja, deverá conter uma etapa (anterior à dedução) de interpretação da norma que permita sua posterior aplicação (LORENZETTI, 2011, p. 173).



Esse fundamento jurídico, contudo, não pode ser particular e individual para esse caso. Casos futuros, idênticos ou muito similares, deverão estar sujeitos ao mesmo tratamento (art. 926, NCPC). Não obstante, a eleição de um *fundamento legal* para reger o caso, na inexistência de uma norma que prescreva determinada consequência legal para o caso concreto, não poderá ser justificada por meio de uma dedução (MACCORMICK, 2009, p. 91).

### 3.5 Apreciação crítica: o silogismo, enquanto método de justificação, é obsoleto?

Como determinar, então, se uma decisão está *justificada*? “As idéias [sic] de justificação e justiça estão intimamente relacionadas, não apenas no nível etimológico. Justificar um ato x consiste em demonstrar que é certo e justo fazer x”. Normalmente, no cotidiano dos tribunais não se procura responder o que é a coisa certa a fazer, mas sim o que é o certo a fazer de acordo com a lei (MACCORMICK, 2009, p. 94).<sup>29</sup>

Se de um lado a justificativa corresponde à correção de um ato em relação ao ordenamento jurídico, a fundamentação, por outro lado, tem um requisito adicional: o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes ao longo de um processo democraticamente estabelecido. Para tanto, retoma-se: (a) impõe-se ao juiz informar as partes acerca das questões de fato e de direito que poderão compor a justificativa da decisão; (b) oportunizada a manifestação das partes, deverá o juiz, para fundamentar a sua decisão de forma democrática (e adequada ao contraditório), enfrentar os argumentos suscitados no corpo de sua fundamentação. Fundamentada está a decisão que enfrenta o contraditório, e demais requisitos do art. 489.

No âmbito da justificação, é prudente ponderar, está um sério ponto de contato entre teoria do direito, teoria da decisão e teoria da justiça, que não será aprofundado sob pena de desvirtuar-se o escopo do trabalho. Este ficará restrito a adotar (e pressupor) critérios mínimos de justiça formal, que sirvam para pos-

---

<sup>29</sup> Nesse ponto, convém apontar que, para Lorenzetti (2011, p. 174), a lei injusta é um outro obstáculo à justiça formal e à justificação dedutiva. O obstáculo, contudo, não se opõe à argumentação esposada neste artigo conquanto a *justiça formal* ora postulada não exige, ou mesmo ampara-se em uma neutralidade moral em todo o processo de decisão (senão apenas no âmbito da dedução), e reconhece que a maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos conta com sistemas institucionais de controle legislativo (e interpretação normativa) com base em postulados constitucionais fundamentais, razões de política ou de moral, que servem de guia para legisladores e intérpretes. A existência dessa etapa de controle ou interpretação antecede, mas de forma alguma afasta, a argumentação dedutiva.

tular a obrigatoriedade das normas do sistema jurídico em circunstâncias normais (aí outro importante e delicado ponto de contato, entre filosofia moral e filosofia política).

Sob essa ótica, e pressupondo que as normas democraticamente produzidas sejam *suficientemente justas*,<sup>30</sup> e de maneira geral as normas postas do direito realmente fornecem bases razoavelmente sólidas de justiça,<sup>31</sup> a preocupação passa a ser de que os juízes façam “justiça de acordo com a lei”. De fato, na maior parte das vezes, os debates travados nos processos dizem respeito justamente à observância (ou não) das normas de direito vigentes (MACCORMICK, 2009, p. 94).

Como uma conclusão não pode ser mais convincente do que as suas premissas, o ponto sensível da argumentação dedutiva está no estabelecimento das premissas. Se as circunstâncias do caso particular corresponderem aos fatos operativos previstos na norma de direito, ou seja, se o caso particular for um exemplar da norma geral, a conclusão será a consequência normativa dessa norma.

A conclusão deve, para que se chame o argumento de dedutivo, estar contida nas premissas. Essa é a caracterização do argumento válido. Assim, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão certamente será. Dizer que uma norma é verdadeira, que existe, equivale a dizer que é válida. Se o dever do juiz é aplicar normas válidas de direito, o argumento dedutivo é capaz, eficaz e definitivamente, de gerar boas justificativas, demonstrando qual norma está sendo aplicada, e como.

O que não se pode perder de vista é que o argumento dedutivo exige, primeiramente, que sejam estabelecidas suas premissas (o que pode ser objeto de problematização pelos agentes envolvidos no processo – ressaltando-se a importância do contraditório), essa situação não nega a sua utilidade – ou mesmo sua essencialidade –, na verdade só demonstra que as outras formas de argumentação são *complementares* à argumentação dedutiva, ora que convergirão em direção a esta assim que cumprirem seus propósitos, de fixar as premissas do argumento “definitivo”, silogístico.

<sup>30</sup> A adoção de normas postas por uma maioria, seja através de procedimentos de legislação democráticos, ou através da aceitação social de uma regra como obrigatória, em suma, através de critérios de reconhecimento é, pressupostamente, a melhor forma disponível de garantir uma legislação justa e eficaz. Essas normas serão suficientemente justas (ou menos injustas) quando a maioria das pessoas que participam dessa democracia favoreceriam essa norma (RAWLS, 2002, p. 395-396). A posição de Rawls, ora apresentada, não serve para afirmar que cada aplicação de cada norma será um ato de justiça, mas serve para indicar que a aplicação da norma posta pela maioria é um *bom ponto de partida* para decisões justas.

<sup>31</sup> Pela existência de normas estabelecidas, viabiliza-se o Estado de Direito, virtude das sociedades civilizadas que permite aos cidadãos certeza jurídica, segurança, previsibilidade da ação estatal e previsão de anulação das atuações anormais, esses bens servem, conjuntamente como uma base de valores morais desejáveis (MACCORMICK, 2008, p. 17-22).

#### **4 Argumentação por particularização e por universalização**

Como frisado, o caso particular deve ser interpretado, ter analisados os seus elementos e identificados aqueles que podem ser os fatos operativos de uma ou mais normas do ordenamento jurídico. No entanto, “qualquer incidente envolvendo duas ou mais pessoas será diferente de qualquer outro [...], no que diz respeito ao lugar e ao tempo, mas também [...] em relação às pessoas e outras circunstâncias”, e uma decisão que aspire à correção deverá levar em consideração todas as particularidades do caso, para tanto fazendo uso de uma capacidade para o julgamento prático, intuição, senso moral ou outra virtude<sup>32</sup> de sabedoria prática (MACCORMICK, 2008, p. 106-107). Isto é, o julgador deve perceber os fatos operativos como fatos operativos de uma norma. (MICHELON, 2010).

Reconhecer certa relevância às virtudes decisórias como elementos de papel importante na tomada de decisão, no entanto, leva ao receio de subjetivismos nas decisões tomadas pelos operadores do sistema jurídico, ainda que todos os juízes devessem ter uma certa sabedoria. Uma forma de superar esse problema é a identificação de um elemento, da tomada de decisão (subjetiva) que possa ser compreendido, e demonstrado, objetivamente. Daí a importância da justificação, da demonstração das razões pelas quais um ato é realizado (ou uma decisão é tomada) (MACCORMICK, 2008, p. 106-107; MICHELON, 2010).

O contraditório pousa no cerne da teoria da decisão (e de suas implicações enquanto demandante de certa sabedoria prática) quando se dá atenção ao ambiente não cooperativo que cerca o processo. Não se crê no mito da imparcialidade do julgador, ou da sua blindagem a elementos anímicos, no desinteresse do juiz no julgamento de modo absoluto. O juiz é um agente processual inserido no mundo, com formação prévia e com propensões cognitivas produzidas durante o processo. Assim, cabe ao sistema processual o emprego de mecanismos de fiscalidade ao exercício do poder de decidir. O contraditório, novamente, aparece como elemento viabilizador do debate processual, indutor de uma fundamentação democrática da decisão, essa formada também pelas partes e pertencente não à intimidade do juiz, mas à publicidade processual. (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEORORO JR., 2015, p. 94-101 *passim*).

A justificação, veiculada na fundamentação da decisão, tem justamente como função demonstrar que o juiz transcendeu suas reações imediatas quanto à situação posta, em direção a uma apreensão moral ponderada, de racionalização da reação passional (de perceber os fatos, se simpatizar com uma versão

---

<sup>32</sup> “*Virtue is a settled disposition or habitus that allows you to do, perceive or think certain things effortlessly and intelligently*” (MICHELON, 2010, p. 4).

ou parte, de ressentir um réu etc.) (MACCORMICK, 2008, p. 115), direcionando-se novamente para uma simetria de posições subjetivas, em que o “os princípios constitucionalizados do processo exigirão do juiz que mostre de forma ostensiva como formou sua decisão” (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JR., 2015, p. 101).

Se a incidência da norma no caso concreto é a identificação desse caso como um exemplar de fato operativo da norma, a justificação deve demonstrar ostensivamente, no plano processual, como o julgador “percebeu” que aquele caso concreto é um exemplar de fato operativo da dita norma. Essa percepção é justamente a sabedoria prática que se espera do julgador (e, na verdade, de qualquer pessoa em certa medida), isso porque a sabedoria prática é o sentido que permite que as coisas sejam vistas como coisas<sup>33</sup> e constitui fator determinante para definir o “quadro perceptivo” de um indivíduo. (MICHELON, 2010, p. 23).

O quadro perceptivo funciona como uma zona de *clareza conceitual* (uma espécie de *zona de conforto* para a contextualização das coisas<sup>34</sup>). Quando um estímulo é percebido pelos sentidos, a sabedoria prática atribui contexto a esse estímulo, dando-lhe sentido. Ao redor dessa zona de conforto, é projetada uma “percepção conceitual periférica” que, por sua vez, é a habilidade de distinguir, entre os estímulos percebidos, elementos anômalos<sup>35</sup> relevantes ao contexto do quadro perceptivo. (MICHELON, 2010, p. 24).

Daí uma conclusão preliminar de importância ao jurista: uma “rigidez perceptiva”, que prejudique o uso da percepção conceitual periférica, torna o julgador deficiente para relacionar fatos e normas, bem como para identificar elementos anômalos relevantes à questão jurídica posta. Essa limitação do juiz é mitigada a partir do momento em que ele é compelido, por força da nova lei processual, a enfrentar os argumentos trazidos pelas partes, provavelmente fundados como condensação argumentativa da percepção dos advogados que postulam os interesses de seus clientes no processo.

Essa contextualização prestigia o valor da sabedoria prática no debate processual como instrumento capaz de identificar elementos estranhos em casos particulares, que levam o julgador a questionar a adequação das categorias jurí-

<sup>33</sup> Isto é, que dá sentido (valor semântico) à coisa percebida pelos sentidos pela combinação de elementos contextualizadores (MICHELON, 2010, p. 15). A troca de papel moeda em um estabelecimento comercial por bens alimentícios não é um mero fato observável, mas uma compra e venda realizada no mercado. Graças ao aspecto perceptivo da sabedoria prática.

<sup>34</sup> O autor, inclusive, utiliza-se oras do termo “*zone of conceptual clarity*” e oras do termo “*comfort zone*” (MICHELON, 2010, p. 23).

<sup>35</sup> A não entrega do papel moeda ao dono do estabelecimento, por exemplo, poderia significar um elemento estranho ao contrato de compra-e-venda simples, fazendo com que o observador perceba-o como um furto, ou como uma transação com pagamento diferido.

dicas em aplicação. Assim, esse quadro de percepção se apresenta como recurso para explicar de maneira mais satisfatória como juízes e partes relacionam universais e particulares, leis e fatos. (MICHELON, 2010, p. 27-28).

Oportunamente se constata, uma vez que o direito positivo influencia seriamente o quadro perceptivo dos juristas, e conseqüentemente sua percepção conceitual periférica – que se torna uma percepção eminentemente (ainda que não exclusivamente) *jurídica*: a subjetividade é uma forma de integração com o mundo que não é necessariamente refratária ao escrutínio crítico, nem deveria ser pensada como uma ameaça ao Estado de Direito. Se algo, é uma condição para sua realização. (MICHELON, 2010, p. 28-29).

A questão nevrálgica, a ser retomada, é que essa subjetividade seja exercitada em um plano de debate democrático, balizador dessa simetria de subjetividades, em que o contraditório efetivo mitigue a discricionariedade judicial pela comparticipação dos agentes processuais na formação da decisão (NUNES, 2008).

A particularização, contudo, não soluciona o problema de forma autônoma, pois não se sustenta se não for realizada sob os mesmos critérios para casos similares e, se limitada à fase de particularização, não serve como *justificativa* para a decisão. Isso acontece porque a argumentação jurídica deve tratar de dar uma justificativa objetiva para a ação. (MICHELON, 2010. p. 7).

Para que possa justificar uma decisão, de forma objetiva, a argumentação por particularização precisa enfrentar duas etapas essenciais: (a) a demonstração clara da relação dos elementos particulares do caso concreto com o direito vigente. Nesse diapasão, observa-se que o NCPC acrescentou, aos elementos da decisão (art. 489, I, bem como §1º, I, II, V e VI), uma séria exigência de identificação do caso que não se limita à identificação de suas particularidades, mas estende-se à sua relação com as normas gerais de direito que podem/devem incidir no caso; e (b) que os elementos particularizados atendam à mesma racionalidade argumentativa aplicável, isto é, universalizável, a outros casos similares, como atendimento a um critério mínimo de justiça formal.

A fim de conformarem-se ao conceito de justiça formal, aqueles que atuam no sistema jurídico devem aderir às implicações operacionais da norma de que casos semelhantes deveriam ser decididos de modo semelhante.<sup>36</sup> Esta é uma

---

<sup>36</sup> Em uma breve síntese sobre justiça e argumentação, Barzotto observa que a justiça racionaliza as relações submetendo-as à igualdade na forma de generalização de predicados, que tem por finalidade o estabelecimento de classes. Todos aqueles enquadrados em uma categoria essencial serão os semelhantes, que deverão ser tratados de forma semelhante, porque possuem as mesmas classes de predicados. A aplicação do direito trata-se de afirmar a inclusão de um indivíduo (particular) em uma classe (universal), para que seja tratado como os demais dessa classe (igualdade) (BARZOTTO, 2010, p. 113-114).

coerção básica exercida pela justiça enquanto virtude formal. A escolha entre se obedecer a essa coerção nas questões de condução das relações humanas é, normalmente, a escolha entre o racional e o arbitrário. (MACCORMICK, 2009, p. 97).

As universalizações criadas, no âmbito da argumentação por tal método, são excepcionáveis. Ou seja, passíveis de argumentação que indique um elemento anômalo, uma surpresa, uma circunstância que não poderia estar prevista na universalização (MACCORMICK, 2008, p. 124), essa é uma consequência de sua objetividade e é o campo propício para o desenvolvimento do efetivo contraditório na seara da argumentação por universalização.

Ora, a política jurisprudencial proposta pelo NCPC, na forma do art. 927, §1º, é a de estabilização e de uniformização, tanto vertical quanto horizontal, da jurisprudência dos tribunais. Nesse âmbito, o contraditório dinâmico não se desenvolve como mera participação na formação de decisões unipessoais, ganhando destaque no estabelecimento dos elementos universalizáveis (da generalização de predicados), que formam a *ratio decidendi* para a decisão de casos futuros (ou sobrestados em incidentes de uniformização), em que o debate processual democrático deverá ocupar-se das consequências jurisprudenciais-normativas dos elementos argumentativamente universalizados na causa piloto.

De forma concomitante, também é no pleno exercício do contraditório que as partes e o juiz poderão apontar a anomalia do caso concreto e a impossibilidade da sua categorização como exemplar de um enunciado sumulado, demanda repetitiva ou jurisprudência dominante, a que deva ser aplicada outra norma pela existência de diferença essencial, identificada no seio da argumentação por particularização, operando-se um afastamento desse precedente decisório, pela distinção do caso ou, ainda, pela superação do entendimento. (BAHIA, NUNES, PEDRON e THEODORO JR., 2015, p. 127-133 passim).

No âmbito dos argumentos por particularização e universalização, portanto, percebe-se um amplo espaço para o desenvolvimento do contraditório, conquanto não são apenas passíveis de debate (e preconiza-se aqui um debate de caráter processual democrático, capaz de subsidiar a fundamentação judicial) os elementos do caso concreto, particulares e/ou universalizáveis, mas também os critérios de racionalidade para sua eleição, as consequências jurídicas da universalização e, talvez de maneira especialmente relevante no NCPC, a específica relação de compatibilidade/anomalia entre o caso concreto e os enunciados jurisprudenciais que se formam no ordenamento.

As questões de uniformização e estabilização jurisprudencial, cumpre ressaltar, muito embora constituam elemento obrigatório da fundamentação decisória, por exigência do art. 489, deverão sempre ser levadas de volta às partes para que se oportunize a manifestação das partes, sob pena de negativa da prestação jurisdicional, decorrência do art. 10 do diploma novel.

## **5 Argumentos sobre a interpretação**

No tópico anterior foi analisada a justificação com base em casos particulares, essencial para a fixação da premissa menor da argumentação por silogismo, concluindo-se que os elementos particulares, para que se atenda a critérios básicos de justiça formal, deverão ser universalizados e categorizados – com o emprego de recursos da razão prática –, para que sejam reservados tratamentos iguais a categorias iguais. Isso posto, ainda não foi dada resposta à indeterminação da premissa maior (norma válida de direito) da argumentação por silogismo.

Como observado anteriormente, “a lógica, por si só, não dispõe de ferramentas para determinar ou garantir a veracidade das premissas, por isso a interpretação”. “Aplicar o Direito envolve sempre interpretá-lo” (MACCORMICK, 2008, p. 161). Ora, se cada norma é composta por elementos linguísticos dotados de valor semântico, esse valor semântico deverá ser interpretado para que a norma faça sentido.

No corpo do presente artigo, far-se-á uma enumeração sumária dos campos de argumentação de bases interpretativas mais aceitos, com a subsequente análise do ambiente para o exercício do contraditório, sem que haja aqui, frise-se, a pretensão de exaurir as formas argumentativas úteis ou mesmo necessárias para uma justificação mais robusta da decisão.

### **5.1 Categorias de argumentos interpretativos**

Muitos argumentos interpretativos que podem ser formulados e empregados como elementos de justificação para uma interpretação ou outra das normas de um sistema jurídico. Contudo, existe uma presunção (que se confirma pela análise da prática jurídica) de que certos tipos de argumentação são particularmente eficazes e aceitos como elemento de convencimento e justificação.

Destacam-se, como mais invocados ou mais aceitos como legítimos: (a) argumentos linguísticos, que se valem do contexto linguístico para favorecer uma interpretação em face de outra; (b) argumentos sistêmicos, que procuram no caráter sistemático do ordenamento jurídico o melhor sentido ao texto em consideração; e (c) argumentos teológico-avaliativos, que buscam valer-se da finalidade da norma para avaliar se uma interpretação é melhor que outra. Argumentos baseados na intenção legislativa tendem a gravitar entre esses três categorias, ora que o legislador pode pretender certo significado linguístico aos termos normativos, certa função no sistema à norma criada, ou ainda certa finalidade a ser alcançada com a norma em questão, e não serão qualificados como uma categoria autônoma. (MACCORMICK, 2008. p. 161-165).

### 5.1.1 Argumentos linguísticos

Argumentos linguísticos são aqueles que remetem ao “sentido claro” das palavras com base em uma dada linguagem, tomada em um contexto. Ora, cada palavra tem, ou pode ter, mais de um significado disponível. O significado “claro” de uma palavra é tomado no contexto de uma oração, essa contextualizada em um texto, por sua vez contextualizado em um gênero de escrita, de sua finalidade e implicações.

Esse tipo de argumento carrega certo peso porque a autoridade normativa tem um aspecto *composicional* das expressões textuais utilizadas. Respeitar essa autoridade implica restringir a atribuição de novos sentidos ao texto legal, por parte dos juízes, de maneira retrospectiva e em face dos cidadãos. Observar esse princípio, portanto, consiste em resguardar um princípio fundamental de justiça (e de moralidade interna do sistema normativo), o que não é mero “formalismo” (MACCORMICK, 2008, p. 167-169).

### 5.1.2 Argumentos sistêmicos

A argumentação de base linguística pode, como visto, possuir sentido e mesmo valor, a ênfase desses, contudo, está no contexto. Para as normas, existe sempre um contexto legal para cada material jurídico dotado de autoridade, e a lei é inevitavelmente um elemento do sistema jurídico como todo. Assim, os argumentos sistêmicos são aqueles que apresentam uma compreensão aceitável do texto visto como parte de um sistema jurídico.<sup>37</sup>

Uma primeira forma de argumentação sistêmica é baseada na “harmonização contextual”, segundo a qual cada norma deve ser analisada em um contexto mais amplo, da lei inteira, ou de um conjunto de leis relacionadas,<sup>38</sup> de maneira que o contexto dê uma base de sentido aos termos utilizados.

Uma segunda forma de argumentação sistêmica é aquela “a partir de precedentes”. Essa argumentação tenta identificar quais aspectos de um (ou mais) caso(s) anterior(es) são simultaneamente vinculantes e persuasivos, de maneira que a nova decisão deverá se adequar ao corpo estável de decisões orientadas em um mesmo sentido.

<sup>37</sup> Faz-se aqui breve comentário à estrutura teórica de cognição do ordenamento como derivação coerente de princípios básicos de justiça formal e institucional, formulada por Neil MacCormick, que não será enfrentada substancialmente por limitação do recorte metodológico adotado no presente artigo, mas que serve de inspiração à estrutura argumentativa apresentada.

<sup>38</sup> “Ampla defesa” e “distribuição do ônus probatório”, por exemplo, têm sentidos completamente diferentes no direito contratual sobre direitos disponíveis e no direito de família quando da regulação da guarda.



Uma terceira forma de argumentação sistêmica é “por analogia”. Se um enunciado normativo for significativamente análogo a uma disposição similar de outras leis, ou outro código, há um bom fundamento para que a interpretação siga essa analogia, tratando-se o sentido do dispositivo em questão de maneira uniforme à analogia invocada, que às vezes poderá ter o sentido de seus termos originários estendidos ou alterados. Essa forma argumentativa poderá incorporar elementos daquela por precedentes quando esses servirem para demonstrar interpretações anteriores sobre os termos da norma análoga ou da analogia em si.

Uma quarta forma de argumentação sistêmica é por meio de “argumentos conceituais”. Quando o direito positivo incorpora elementos de carga conceitual doutrinária<sup>39</sup> (ilícito, propriedade, emprego etc.), é justificado que se argumente em consideração pela consistência desse conceito através das normas de um ramo do direito.

Uma quinta forma de argumentação sistêmica é a partir de “princípios gerais”. Na dúvida sobre o sentido de uma norma, deve-se favorecer a interpretação que melhor se adequa ao princípio que rege a questão. Havendo conflito entre eles, será necessário demonstrar a prioridade de um em detrimento do outro, no contexto do caso em análise.

Uma sexta, e derradeira, forma de argumentação sistêmica é “a partir da história”. Essa forma de argumentação estabelece o caráter contextual do sentido e da interpretação da norma através de uma compreensão historicamente desenvolvida, prezando pela manutenção de um sentido historicamente estabelecido.

Nenhuma comunicação linguística é completamente compreensível senão através de um contexto de enunciação, que se pressupõe. No caso dos comandos normativos, o próprio sistema jurídico acaba servindo como parte do contexto que permite a interpretação da norma, seja por qual das formas exemplificadas acima. Argumentos de diferentes tipos podem ser combinados ou podem se amparar entre si, formando linhas argumentativas persuasivas, ainda que não possam ser demonstradas de maneira dedutiva em favor da posição adotada ao final.

Os argumentos sistêmicos tendem a ser amparados por um ideal geral de *coerência*, uma vez que sistemas jurídicos não comportam compromissos únicos ou isolados de princípios e/ou determinação de políticas. Ao invés disso, comportam uma multiplicidade de normas de muitas espécies, que exprimem uma pluralidade de princípios e decisões políticas públicas. Essa qualidade, de respeitar a coerência racional e a inteligibilidade do Direito, enquanto instituição concreta, dá à argumentação sistêmica um valor objetivo importante para a justificação jurídica (MACCORMICK, 2008, p. 170-175).

---

<sup>39</sup> Boa-fé processual, por exemplo, não é a mesma boa-fé contratual.

### 5.1.3 Argumentos teleológicos-avaliativos

Leis são editadas e promulgadas com o objetivo de reformar o Direito, essa ideia dá a impressão de que algum aspecto dele precisava ser corrigido, ou que o sistema jurídico carecia da incorporação formal de valores socialmente relevantes (que demandaram essa alteração do direito). A argumentação que demonstra que uma interpretação da norma permite que ela alcance melhor às finalidades a que está proposta parece uma razão óbvia para se preferir essa interpretação.

Também se poderia observar, por meio de uma argumentação, que uma determinada interpretação da norma pode causar graves injustiças ou grandes danos, de forma imediata e óbvia, o que daria claros motivos para se preterir essa interpretação em favor de outra.

Essa forma de interpretar os textos normativos pressupõe que se possa identificar os objetivos da norma, ou pelo menos os valores e finalidades que o legislador buscou inculcar no texto legal, e que deverão ser alcançados na sua aplicação pelo juiz de direito (ou então, evitando interpretações que certamente não podem condizer com uma legislação razoável e minimamente justa). Se assume que as normas são o fruto de uma atividade racional e teleológica,<sup>40</sup> conduzida por finalidades políticas estruturadas sobre alguma concepção de justiça e de bem comum, atribuindo-se, assim, uma intenção *objetiva* (e contestável, senão contestada) à autoridade legislativa (abstratamente reconhecida), através de um esforço do intérprete.

Há ainda, de outro lado, casos em que a intenção *subjetiva* da lei pode ser ouvida, quando processos judiciais levam em conta debates legislativos, posicionamentos das pessoas responsáveis pela elaboração da norma, relatórios das comissões e outros materiais pré-legislativos (MACCORMICK, 2008, p. 170-182 *passim*).

A identificação das intenções/finalidade legislativas não é livre de críticas, como as de Dworkin. Se é difícil conhecer a intenção de amigos, inimigos e amantes, quais as esperanças de identificar a intenção de estranhos, de outra época, talvez já mortos? Não apenas são mínimas, mas se olvida que talvez os legisladores jamais pudessem ter cogitado a o caso concreto que está demandando o esforço interpretativo. Englobam ainda a “vontade do legislador” aqueles congressistas que votaram em virtude de alianças políticas, política eleitoral, ou

<sup>40</sup> Não é contrária à sustentação de MacCormick que algumas normas possam ter fins utilitários, e que esses fins possam figurar como aspecto objetivo a ser alcançado pela norma, e garantido pela sua interpretação. Cabe observar que não há mal algum que determinadas normas tenham finalidades utilitárias, porque eficiência e praticidade nas relações sociais podem ser vistas, de forma autônoma, como um bem jurídico desejável.

mesmo aquelas pessoas que tinham o poder de veto, e deixaram de usá-lo. Deve ser considerada também a vontade de novos políticos que integram o legislativo e que, podendo promulgar lei revogatória, não o fizeram? (DWORKIN, 2002, p. 382-383).

Concorda-se com Dworkin aqui, essa não é uma boa forma de decidir. No entanto, só até onde vai a intenção do *legislador*. Não saber qual a finalidade de cada um dos membros do corpo legislativo durante a promulgação da Consolidação de Leis Trabalhistas, por exemplo, não extirpa as normas de suas finalidades. A norma é criada por um ato de vontade legislativo, mas a partir daí ela passa a existir de forma autônoma. Ademais, “a produção de leis pertence ao legislador como uma entidade ideal, não a qualquer de suas partes ou facções”. Dessa maneira, os argumentos voltados para a interpretação de finalidades das normas deverão ser entendidos como aquelas finalidades extraídas da norma, como fruto de um processo racional de implementação de remédios sociais, de um legislador como entidade ideal, não de indivíduos (MACCORMICK, 2008, p. 181-183).

## 5.2 Argumentos conflitantes

Argumentos sobre a interpretação são complexos, aparecem em grandes números e podem apontar para várias direções diferentes. Uma justificação deverá apontar qual interpretação prevalecerá e por qual razão, que explique como a conclusão alcançada é apropriada. De forma correspondente, o juiz que pretende atender ao dever de informação/consulta deverá, sob pena de violação do contraditório, submeter as possíveis direções argumentativas sobre a interpretação do direito cabíveis no caso concreto, para que se as partes possam se manifestar sob essas linhas argumentativas e, assim, esteja afastada a decisão surpresa (art. 10, NCPC).

Existe aqui uma espécie de fórmula procedimental, oriunda de sabedoria prática interpretativa, chamada *Regra de Ouro*: A interpretação das normas deverá ser em suas próprias palavras, tomadas em um contexto linguístico normal, salvo quando assim aplicadas elas resultarem em algum absurdo, anomalia, ou inconveniência tão grande e evidente, que esteja justificada a aplicação fora da sua significação ordinária.

Isto é, deverá ser favorecida a leitura do texto à luz da sintaxe e da semântica convencionais. Se essa interpretação linguística for confirmada pelo contexto sistêmico (se desaparecer a incerteza e não houver *absurdo*<sup>41</sup> a ser re-

---

<sup>41</sup> Esse que será um conflito evidente com o senso comum, com valores jurídicos de boa política ou algum princípio reconhecido de justiça. Não se fala aqui de princípios jurídicos de escopo interpre-

solvido), não existe a necessidade de se adotar uma argumentação teleológico-avaliativa. No entanto, isso não quer dizer que essa última forma argumentativa fique reservada para utilização somente após a falha dos demais tipos de argumento: a consideração desses argumentos é capaz de demonstrar a existência de um absurdo que afaste a conclusão vinculante *prima facie* do sentido linguístico da norma.

Os argumentos sobre a interpretação têm, como se observou em caráter sumário, certos valores subjacentes. A interpretação linguística busca resguardar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e evitar a reconstrução judicial retroativa da composição legislada (que é dotada de autoridade). Por sua vez, a interpretação sistêmica serve para que se preserve a coerência e a integridade do sistema jurídico, como uma unidade racional. A interpretação teleológico-avaliativa, por fim, preza pelo respeito a determinados valores, princípios e finalidades que deveriam ser resguardados na aplicação das normas. Estes valores/princípios/finalidades, contudo, parecem estar mais sujeitos à divergência, daí se sugere a preferência aos argumentos linguísticos e sistêmicos.

Não se pode perder de vista, no entanto, que não se está tratando, nesse ponto, de interpretar “O Direito”, como todo,<sup>42</sup> mas sim de interpretar partes do direito em um contexto de aplicação prática. As formas de argumentação interpretativa tratadas pressupõem que a interpretação de textos legais dotados de autoridade pode ser considerada como um tópico do arrazoamento decisório, em que se possa interpretar uma norma dentro de um contexto contido. Essas noções, portanto, devem ser aparelhadas pelas demais formas de justificação apresentadas. (MACCORMICK, 2008. p. 182-187).

Para além da justificação, e dentro do interesse do contraditório dinâmico, contudo, está o interesse na fundamentação da decisão. Ora, se o NCPC veda a decisão surpresa, com base em fundamento a respeito do qual não exista manifestação das partes (art. 10), é ilegítima a prestação jurisdicional que contemple qualquer argumento acerca da interpretação do direito, salvo se oportunizada às partes a oportunidade de manifestação sobre a matéria.

---

tativo de ramos do direito, mas de princípios básicos de justiça que permitam o Estado de Direito, como o respeito às liberdades individuais básicas ou a vedação de distinções arbitrárias entre concidadãos.

<sup>42</sup> O que afasta as espécies de interpretação aqui apresentadas da interpretação construtiva proposta por Dworkin, em que (corre-se aqui o risco de simplificar demasiadamente), à vista de todo o direito, a cada caso deverá ser eleita a interpretação que melhor se justifique enquanto, simultaneamente, melhor se adequa à história institucional do direito estabelecido, inclusive nas dimensões de ajuste e valor, através de critérios de imparcialidade processual e justiça substantiva (MOTTA, 2014. p. 113 e 120).

Nesse tema, cabe ainda observar que, portanto, a própria proposição de existência de normas jurídicas fica sujeita ao contraditório, que deve, acaso inexista manifestação prévia das partes, ser provocado pelo juiz, em respeito ao caráter participativo do processo e ao interesse de aproveitamento da própria tutela jurisdicional.

## **6 Considerações finais**

A exposição desenvolvida ao longo do trabalho trilhou dois caminhos paralelos e de interesse mutuamente cooperativo. De um lado, por meio da argumentação jurídica, busca-se a identificação de elementos para uma decisão justificada, que faça uso legítimo do poder estatal na forma de julgamento, pela adequada identificação do caso concreto e da sua categorização como exemplar de um comando normativo, esse a ser legitimamente aplicado.

O escopo da argumentação jurídica, nesse cenário, é predominantemente epistemológico, conquanto seus critérios de racionalidade passam pela cognição do fato e do direito, voltando-se para a fundamentação da decisão como um momento de consolidação da cognição realizada. Justificar, no âmbito da argumentação jurídica, é demonstrar racionalmente a justeza de uma proposição jurídica (normalmente da decisão) como adequada correspondência entre fato e direito. A finalidade imediata da justificação parece ser a fundamentação, enquanto a mediata, por sua vez, a decisão boa/persuasiva.

O contraditório, diferentemente da argumentação jurídica, não se apresenta como um critério de racionalidade e, desta forma, não tem natureza epistemológica. Ele tem caráter de direito/garantia, e a sua concretização proporciona à parte a fruição da pretensão material de participação no debate processual, que a partir daí passa a ser democrático. Sua finalidade imediata também parece ser a justificação, a mediata, contudo, parece ser a comparticipação processual em um formato democrático.

A fundamentação da decisão, ponto de encontro para o qual convergem justificação e contraditório, mostra-se como instituto verificação de concretização de ambos os anteriores. Só se pode verificar a justeza da decisão se a fundamentação vier revestida dos seus critérios de racionalidade, concluindo-se pela correção da decisão; e só se pode verificar a efetividade do contraditório quando a fundamentação é fruto do debate processual, concluindo-se como concretização do aspecto democrático do processo.

A relação entre fundamentação e contraditório no espectro do processo civil, é viabilizadora, uma vez que permite que as partes, conjuntamente com o juízo, em um ambiente de comparticipação, mitigador de seus esforços não cooperativos, zelem pela correção da decisão, pela sua legitimidade, e pela adoção de critérios suficientes de racionalidade, já vez que é uma não decisão (ou decisão nula) aquela que não enfrenta os argumentos trazidos pelas partes na sua fundamentação.

Concomitantemente, no processo, o contraditório dialoga com a argumentação jurídica enquanto (a) a argumentação jurídica é instrumento de exercício do contraditório; (b) o contraditório é condição para o desenvolvimento dialético da argumentação jurídica; e (c) o contraditório efetivo é condição para que a argumentação jurídica empregada pela parte seja enfrentada na decisão.

Exposta essa análise, pode-se partir para algumas conclusões sobre o contraditório dinâmico entre a justificação argumentativa e a fundamentação democrática da decisão. O contraditório é veiculado através da argumentação, visando a concretização da comparticipação e do debate democrático, verificável na fundamentação decisória. Ele figura como elemento central do policentrismo processual e, quando concretizado com efetividade, é capaz inviabilizar o protagonismo judicial, dando às partes a oportunidade efetivamente atuar na construção de uma prestação jurisdicional democrática.

Dessa maneira, o princípio do contraditório, aparente no Direito Processual Civil recém instituído como verdadeira garantia constitucional, mostra-se não como causa de mudança doutrinária, mas como sintoma dessa transformação, resultado do emprego de uma visão policentrista e comparticipativa do processo civil. Nesse cenário, não é possível a subsistência do protagonismo, e mesmo do solipsismo, judicial, porque o aproveitamento da prestação jurisdicional demanda o direito de participação efetiva das partes na formação da decisão (exigência expressa do art. 489, §1º), vedando a decisão surpresa, isto é, dissociada da oportunidade de manifestação das partes (exigência expressa do art. 10).

Paradoxalmente, o desafio que se põe ao Processo Civil agora é, na verdade, o cumprimento do direito por parte dos órgãos jurisdicionais, sob pena de ineficácia do constitucional contraditório e dos seus benefícios inerentes, deturpação da separação de poderes pela derrogação de legislação constitucionalmente válida pelo judiciário, e persistência do protagonismo judicial no processo.

## Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2016.
- . Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2015.
- . 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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2016.
- BRUM, Guilherme Valle. *Discricionariedade Judicial e Políticas Públicas: coerência, consistência e consequências na interpretação do direito*. 2013. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.
- DELFINO, Lúcio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial. *Revista Consultor Jurídico*. mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>>. Acesso em: 14 mai. 2016.
- DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil Comparado – CPC/73 para o NCPC e NCPC para o CPC/73*. São Paulo: Editora Atlas. 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- . *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- . *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FARIA, Paulo. Prefácio a Claudio Fortunato Michelon Jr., Aceitação e objetividade. São Paulo, 2004.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
- . *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MICHELON, Claudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- . But to live inside the law, you must be honest. *Research Paper Series*, n. 2, 2013. p. 5.
- . MacCormick's institutionalism between theoretical and practical reason. *Working Paper Series*. N. 12, 2010.
- . Practical wisdom in legal decision-making. *Working Paper Series*. n. 13, 2010.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêutica-mente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 290 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – UNISINOS, São Leopoldo, 2014.

NUNES, Dierle et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015.

NUNES, Dierle. Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. *Revista Consultor Jurídico*, out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 163-186.

SCHAUER, Frederick. Rules, rationality, and the significance of standpoint. *Queen's Law Journal*, v. 35, p. 305-325, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, v. 15, p. 158-173, jan./abr. 2010.

\_\_\_\_\_. As notícias não são boas. Judiciário não cumpre o CPC: Is it the law?. *Revista Consultor Jurídico*, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-12/senso-incomum-noticias-nao-sao-boas-judiciario-nao-cumpra-cpc-is-it-the-law?>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 163-186. p. 169 e 172-173.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.