

Teoria da argumentação jurídica em confronto com o populismo judicial

Theory of legal argumentation in confront with the judicial populism

Emerson Gabardo¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR/Brasil)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR/Brasil)
emerson.gabardo.br@gmail.com

Ana Cristina Aguilar Viana²

Universidade Federal do Paraná (UFPR/Brasil)
anacristina_av@hotmail.com

Dione Jesabel Wasilewski³

Universidade Federal do Paraná (UFPR/Brasil)
ppgdufpr@gmail.com

Resumo

Na obra “Os onze”, Felipe Recondo e Luiz Weber retratam os bastidores do Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Segundo os autores, os onze guardiões da Constituição fazem uso da opinião pública como fundamento, distanciando-se das razões substanciais que deveriam embasar as decisões. Esse problema se encaixa no que é denominado pela doutrina como “populismo judicial”. A hipótese do artigo é que mediante o uso “metapositivista” de teóricos da argumentação jurídica, a Corte brasileira realmente atua de forma populista. A metodologia do trabalho é descritiva e lógico-dedutiva. A investigação analisa a bibliografia a respeito do tema, abordando criticamente a teoria da argumentação jurídica. O artigo descreve a evolução do pensamento jurídico que conduziu à adoção do uso de argumentos persuasivos e das técnicas da razão prática na solução das

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, Terceiro Andar, Centro, 80020-300, Curitiba, Paraná, Brasil.

² Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, Terceiro Andar, Centro, 80020-300, Curitiba, Paraná, Brasil.

³ Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Auditora-fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, Terceiro Andar, Centro, 80020-300, Curitiba, Paraná, Brasil.

questões jurídicas, em complemento à utilização dos postulados da razão teórica. O texto relata a defesa realizada por Theodor Viehweg e Chaïm Perelman do uso da tópica e da retórica no Direito para, em seguida, apresentar a temática desenvolvida por Robert Alexy concernente ao discurso jurídico como modalidade específica de discurso prático. Ao final, analisa a colaboração de Aulis Aarnio ao estudo da relação entre linguagem e Direito com o objetivo de interpretação do ordenamento jurídico e obtenção de uma resposta racional para o caso concreto. Ao fim, conclui que estas teorias podem ser utilizadas como parâmetro para uma crítica ao populismo judicial, encarnado nos “onze” do STF.

Palavras-chave: Argumentação jurídica, Fundamentação de decisões, Populismo judicial, Metapositivismo, Supremo Tribunal Federal.

Abstract

In the book “Os onze,” Felipe Recondo and Luiz Weber portray the Supreme Federal Court’s backstage in Brazil. According to the authors, the eleven guardians of the Constitution make use of public opinion as a basis for their decisions, distancing themselves from the substantial underlying reasons. This problem fits into what is referred to by the doctrine as “judicial populism.” The article hypothesizes that, through the “metapositivist” use of legal argument theorists, the Brazilian Court really acts in a populist way. The work methodology is descriptive and logical-deductive. The investigation analyzes the bibliography on the subject, critically addressing the theory of legal argumentation. The article describes the legal thinking evolution that led to persuasive arguments and the techniques of practical reason in the solution of legal questions, in addition to the use of the theoretical reason postulates. It reports the defense made by Theodor Viehweg and Chaïm Perelman of the use of topic and rhetoric in law, then presenting the theme developed by Robert Alexy regarding legal discourse as a specific modality of practical discourse. In the end, it analyzes the collaboration of Aulis Aarnio in the study of the relationship between language and law to interpret the legal system and obtain a rational answer for the specific case. It concludes that these theories can be used as a parameter for criticism of judicial populism, embodied in the “eleven” of the STF.

Keywords: Legal argumentation, Reasons for decision, Judicial populism, Metapositivism, Brazilian Supreme Court.

Introdução

Na obra “Os onze”, Felipe Recondo e Luiz Weber retratam os bastidores do Supremo Tribunal Federal – a Corte Constitucional brasileira. Segundo o livro, os onze guardiões da Constituição não raro fazem uso da opinião pública como fundamento de suas decisões, distanciando-se, e muito, de razões substanciais vinculadas ao ordenamento positivo. São vários os relatos ao longo da obra que evidenciam a relação das decisões do Tribunal mais

importante do país com os anseios da opinião pública.⁴ A doutrina pondera que o messianismo (Salgado, 2018), antes exercido no Parlamento e/ou Executivo, desloca-se dos outros poderes e se aloja naquele que até pouco tempo atrás era tratado como “mera boca da lei”, o Poder judiciário. Trata-se do populismo judicial, que é conhecido por flertar com o moralismo, utilizando-se de jargões populares para o âmbito das fundamentações jurídicas, bem como se distanciando do caráter normativo racionalista do Direito.⁵

A hipótese fundamental da presente investigação científica é a de que este “comportamento hermenêutico” dissocia-se completamente do positivismo e vai além do chamado “pós-positivismo”, que se caracteriza fundamentalmente pelos fenômenos da constitucionalização, do reconhecimento da força normativa dos princípios e do retorno da aproximação da moral com o Direito (Duarte e Pozzolo, 2006). É um pós-positivismo à brasileira que pode ser alcunhado como um autêntico “metapositivismo”, cujas principais características seriam: a subjetividade, a equidade, o pragmatismo, e a moral extraível do senso comum como substrato axiológico – o moralismo (Gabardo, 2017). Em alguns casos, este metapositivismo que sustenta o populismo judicial vem acompanhado de um patrimonialismo disfarçado, da inversão da solidariedade e do seletivismo judicial. Por consequência, amplifica-se a insegurança jurídica, o Lawfare (Zanin, Martins e Valim, 2019) e, em um último grau, a situação de exceção (que se aproxima do estado de exceção propriamente dito). Este quadro é problemático, produzindo efeitos nefastos ao Estado de Direito, o que caracteriza um processo gradual de decadência democrática (Daly, 2019).

Diante disso, o presente ensaio tem como premissa a necessidade de ser resgatada a racionalidade da argumentação jurídica, o que, por hipótese, implica a crítica ao populismo judicial. A metodologia do trabalho é descritiva e lógico-dedutiva. A investigação realizada propugna pela análise da bibliografia a respeito do tema, abordando criticamente a teoria da argumentação jurídica e o comportamento judicial contemporâneo.

⁴ No mesmo sentido, ilustrando essa disfuncionalidade do judiciário brasileiro, Lênio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper citam atuação do Ministro Luís Roberto Barroso, que foi responsável pela mudança de orientação da jurisprudência do STF no sentido de que a condenação criminal transitada em julgado não provocaria cassação automática do mandato de ocupante de cargo eletivo, sendo necessária a manifestação da respectiva Casa Legislativa. Com base nessa decisão, no “caso Donadon” (AP 396), a Câmara dos Deputados, exercendo a prerrogativa reconhecida pelo Supremo, decidiu por não cassar o mandato do deputado. Essa decisão repercutiu de forma negativa na opinião pública, no Congresso e na imprensa, e acabou por ser questionada no MS32326, que foi distribuído para relatoria do próprio Ministro Barroso. Embora o texto da Constituição Federal fosse claro e já houvesse decisão do STF amparando a prerrogativa da casa legislativa, o Ministro concedeu liminar contrária ao seu próprio posicionamento anterior, suspendendo os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados (Streck, Tassinari, Lepper, 2015).

⁵ Thomas Bustamante apresenta exemplos sintomáticos dessa atuação abusiva ao tratar de pronunciamentos realizados fora dos autos. Dentre eles, cita o seguinte exemplo: “No dia 06 de setembro de 2017, após a repercussão de uma divulgação, pela Procuradoria-Geral da República, de gravações dos empresários Joesley Batista e Ricardo Saudi, executivos do grupo J&F, proprietário da JBS, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, pediu a palavra no início de uma sessão do Plenário do Supremo Tribunal Federal para se manifestar sobre o conteúdo dessas gravações. Realizou, sentado na cadeira do Plenário do STF, vestindo a toga que os magistrados utilizam ao proferir os seus julgamentos, diante do plenário, um enquadramento jurídico da conduta dos acusados e sugeriu expressamente ao Procurador-Geral da República que pedisse a prisão dos dois acusados. Não havia qualquer pedido de prisão formulado; não havia nenhuma petição, nenhum pedido de providências. [...] Como de costume, a sessão foi transmitida ao vivo pela TV Justiça e repercutiu em todos os telejornais daquela noite. [...] O Ministro do Supremo Tribunal Federal, do alto de sua autoridade, realiza não só uma interpretação abstrata da lei, como acontece em alguns casos de *obiter dictum* abusivo, mas também um enquadramento do fato à norma, é dizer, uma operação básica de subsunção, descrevendo detalhadamente as ilicitudes que considera presentes e a consequência (prisão) a ser engendrada. Do ponto de vista prático, ele não apenas é capaz de gerar razões para o Ministério Público pedir a prisão dos acusados, mas também realiza um pré-julgamento baseado nas notícias de jornal que foram veiculadas no dia anterior, violando de maneira grosseira o princípio do devido processo legal.” (Bustamante, 2018, p. 734)

Em uma primeira parte, o artigo descreve a evolução do pensamento jurídico que conduziu à adoção do uso de argumentos persuasivos e das técnicas da razão prática na solução das questões jurídicas, em complemento à utilização dos postulados da razão teórica que por muito tempo limitou a racionalidade jurídica (Teixeira, 2012). Posteriormente, é analisada a defesa que Theodor Viehweg e Chaïm Perelman fazem do uso da tópica e da retórica no Direito. Em seguida, é descrita a abordagem de Robert Alexy sobre o discurso jurídico como modalidade específica de discurso prático e, finalmente, a colaboração de Aulis Aarnio ao estudo da relação entre linguagem e Direito para fins de interpretação do ordenamento jurídico e obtenção de uma resposta racional. Ao fim, estas teorias são utilizadas como parâmetro para uma crítica ao populismo judicial, encarnado nos “onze” do STF.

O momento que antecede a teoria da argumentação: Theodor Viehweg e a tópica jurídica

A história recente do Direito registra esforço realizado no século XIX pelo positivismo jurídico formalista e pela teoria geral do Direito em reafirmar sua cientificidade pela equiparação do raciocínio jurídico à lógica das ciências naturais (Hachem, 2011). Este modo de pensar o Direito tinha por pressuposto a dicotomia entre as estruturas cognitivas que confeririam objetividade ao conhecimento (razão, lógica, realidade) e aquelas que incorporariam nele elementos subjetivos (imaginação, paixão, valor). A pretensão de cientificidade implicava a ideia de que os fatos poderiam ser apreendidos pelo sujeito tal como são e que, pela adoção de critérios objetivos, a verdade seria alcançada. Ao sujeito caberia a descrição da realidade e do Direito que é, não havendo espaço para que as respostas fossem influenciadas por suas experiências e valores pessoais (Costa, 2011).

Em confronto com desafios impostos pela realidade, entretanto, esse modelo se mostrou incapaz de repudiar ordens totalitárias e garantir a estabilidade social prometida pela modernidade. A consequência foi o restabelecimento das noções de moral e justo como preocupações próprias do Direito. Todavia, num primeiro momento, esse neopositivismo ainda trata a decisão jurídica como imune às peculiaridades concretas do indivíduo – a moral e os valores devem ser extraídos do sistema jurídico, cuja natureza é objetiva, como defende Ronald Dworkin (2004). Nesta nova abordagem, a verdade já não pode ser alcançada, mas a decisão é vinculada ao sistema normativo, agora não somente composto por regras, mas por princípios. O operador já não exerce uma atividade mecânica de reprodução do texto legal, mas participa ativamente, interpretando-o a fim de obter a decisão. Se esta decisão deve ser considerada a única possível, ou se várias soluções são admissíveis a partir do ordenamento, este passa a ser um assunto controvertido, gerando debates acalorados em distintas teses de superação ao positivismo, tal como ocorre com Carlos Santiago Nino (Gabardo e Salgado, 2008).

Essa mudança de paradigma trouxe, contudo, novos desafios, já que a discricionariedade franqueada ao operador do Direito na tratativa com valores e princípios não implica autorização para o arbítrio. O texto legal, agora, já não é mais tomado como unívoco ou

definitivo, mas como um primeiro esboço, repleto de sentido a ser compreendido pelo intérprete a partir do sistema como um todo. Torna-se, assim, mais complicada a obtenção de suficiente legitimação das decisões, o que implica a necessidade de criação de parâmetros que permitam aferir a correção do percurso que liga o texto legal à solução apresentada para o caso concreto.

Essa necessidade abriu caminho para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, que pretende evidenciar como, no discurso jurídico, aos métodos da razão teórica (lógico-formal), se associam os mecanismos da razão prática. Isso implica a compreensão da elaboração de argumentos de natureza persuasiva, a identificação do justo e moral por critérios racionais e a valorização do uso dos princípios, máximas, valores e tópicos jurídicos (Rosa, 2015).

Não é possível compreender como se desenvolveu a teoria da argumentação jurídica sem a análise da obra “Tópica e jurisprudência” de Theodor Viehweg, publicada inicialmente em 1953 (Bustamante, 2005). Nela, o autor defende o resgate do modo de pensar tópico como o adequado para o raciocínio jurídico. Sua proposta implica a combinação do método tópico antigo ou retórico, herdado da antiguidade, ao método novo ou crítico, desenvolvido por Descartes (Atienza, 2016). Neste último, são realizadas deduções em cadeia a partir de uma verdade inquestionável (*primum verum*), enquanto a tópica propõe a troca de opiniões desenvolvidas por raciocínios silogísticos tendo como ponto de partida não uma verdade, mas um sentido comum e verossímil (*sensus communis*).

A percepção das peculiaridades do raciocínio jurídico é viabilizada pela sua identificação com um dos seguintes modos de pensar: o sistemático e o problemático. O primeiro tem como foco o sistema, selecionando problemas que possam ser resolvidos por ele e eliminando aqueles que não encontram nele uma resposta; o segundo coloca ênfase no problema e, a partir dele, busca um sistema (deduções) que o solucione. Neste caso, como o procedimento é referenciado pelo problema, as soluções devem ser construídas de maneira vinculada às suas circunstâncias históricas e situacionais, de forma que as respostas encontradas não podem ser tidas por universais.⁶

A tópica constitui uma “técnica de pensar problematicamente”, razão pela qual é classificada como uma modalidade de pensamento em que “*el punto de arranque es un problema concreto, una situación de la vida real*” (Amado, 1987, p. 161). Conceito essencial a esse modo de pensar é o de “problema”, que corresponde ao caso difícil, à questão que, aparentemente, oferece mais de uma solução e que exige do sujeito um repertório preliminar que lhe dê condições de isolar o aspecto que demanda a identificação de uma resposta única.

Nesse contexto, a tópica é a arte de identificar premissas (tópicos) que orientem o pensamento na busca de soluções ao problema apresentado (Rosa, 2015). Os tópicos são verdades pré-estabelecidas, cuja validade está assentada em sua gênese: a opinião da maioria,

⁶ “Enquanto o positivismo jurídico primava pela dimensão sistêmica do direito, deixando em segundo plano as particularidades do caso concreto e focando na proposição normativa previamente estabelecida, fruto de considerações sobre o comportamento humano, a tópica, qual técnica do pensamento orientada por problemas, questiona a regularidade desse comportamento e passa a depositar mais confiança no poder discricionário do decisor, em sua capacidade de julgar de forma justa” (Almeida, 2012, p.103).

ou dos mais sábios ou mais famosos (Moura, 2014). Posto de outra forma, por tópicos devem ser compreendidas as “premissas compartilhadas que têm uma presunção de plausibilidade ou que, pelo menos, impõem a carga da argumentação a quem os questiona” (Atienza, 2016, p. 216).

O que dá sentido e torna necessária a ciência jurídica (jurisprudência) é uma aporia, um problema fundamental para o qual não existe uma resposta clara, embora constantemente buscada pelo Direito: a definição do que é justo aqui e agora. A peculiaridade da jurisprudência não reside no fato de que tem origem em um problema, mas em sua permanência (do problema) e na qualidade dos instrumentos que servem à busca da solução. O raciocínio jurídico se desenvolve em duas etapas: a primeira, “pré-lógica”, em que são identificadas as premissas; a segunda, “lógica”, em que as conclusões são derivadas das premissas adotadas. Assim, a identificação das premissas precede necessariamente o emprego da lógica e se dá em um processo equivalente ao método tópico (Amado, 1987). Essa constatação é considerada uma das principais virtudes da teoria de Viehweg, já que permite identificar certos aspectos do raciocínio jurídico que não podem ser explicados a partir de uma abordagem limitada à lógica formal.⁷

Em consequência, embora a solução justa para o caso em análise tenha necessariamente por ponto de partida o texto normativo, já não há pretensão de que este seja dotado de racionalidade ou de que seja capaz de oferecer uma única resposta. A racionalidade passa a ser um atributo do raciocínio jurídico desenvolvido de forma argumentativa, em um processo necessariamente intersubjetivo, que se vale de elementos de comunicação para construir consensos em relação ao resultado alcançado.

A vinculação às características do problema (pensamento problemático) e o caráter mutável das respostas evidenciam a adequação dessa metodologia a um sistema que admite, ou mesmo exige, a compatibilização das soluções às mudanças experimentadas na realidade. Essa abordagem confere maior flexibilidade ao Direito e valoriza a atividade do intérprete, já que a “atividade jurisprudencial deixa de ser uma descoberta para se tornar uma construção” (Bustamente, 2014, p. 153).

A argumentação em Perelman e os percalços do raciocínio jurídico

Os estudos de Chaïm Perelman também contribuíram para o desenvolvimento de um modelo de racionalidade que procura ser mais adequado às especificidades do raciocínio jurídico. Para tanto, o autor resgata a técnica desenvolvida na antiguidade grega, denominada retórica, em que a arte da persuasão e do convencimento não têm por escopo encontrar uma verdade absoluta, mas buscar soluções através da discussão do que é preferível, plausível ou razoável (Rosa, 2015).

⁷ Segundo Atienza (2016, p. 50), a tópica “permite ver que não há apenas problemas de justificação interna, o que, por certo, não deve levar tampouco a pensar que a lógica formal não tenha nenhum papel na justificação externa”. Os conceitos de justificação interna e externa serão tratados à frente neste texto.

Sua obra “Tratado da argumentação: a nova retórica” tem a pretensão de ser uma ruptura com o pensamento de Descartes, que reduziu a razão e o raciocínio à lógica formal, definida como o estudo de meios de prova utilizados nas ciências naturais. Essa ruptura decorre da ampliação da razão, pela inclusão do raciocínio dialético ao lado do raciocínio lógico-formal (analítico). O primeiro (dialético) adota como premissas “opiniões geralmente aceitas” e, a partir delas, desenvolve argumentos direcionados a obter a adesão do auditório. O segundo é baseado no silogismo formal, no qual as premissas são consideradas verdadeiras e necessárias, conduzindo à conclusão por um processo de inferências válidas (Perelman e Olbrechts-Tyteca, 2014).

A “nova retórica” tem por especificidade, ainda, o rompimento com a distinção feita por Aristóteles entre a dialética, como recurso utilizado na discussão com um único interlocutor, e a retórica, como a técnica argumentativa própria dos oradores, que se dirigem a um grupo não dotado de saber especializado (Sousa, 2000). Os recursos discursivos apresentados têm por objetivo a adesão dos espíritos pelo emprego de técnicas de convencimento e persuasão, o que pressupõe a existência de um contato intelectual, viabilizado por uma linguagem comum, além do prévio conhecimento daqueles que se pretende influenciar. Esse conjunto de pessoas é identificado como auditório e é em função dele que a argumentação deve se desenvolver.

As proposições são classificadas de acordo com seu nível de “aceitação”, que pode ser “necessária” ou “não necessária” conforme se trate, respectivamente, de uma proposição evidente ou não evidente. As proposições evidentes (necessárias) seriam consideradas “racionais” e poderiam ser demonstradas, enquanto as não evidentes (não necessárias) seriam “razoáveis” segundo o grau de aceitação gerada pela argumentação empregada. Seriam típicas proposições de aceitação não necessária as de índole valorativa, que não se submetem a deduções logicamente corretas (Wintgens, 1993).

A argumentação retórica nos moldes propostos tem por peculiaridade a relação com o auditório. Convencimento e persuasão são diferenciados em função do nível de aceitação gerado nele (auditório). Convencer é mais do que persuadir, pois implica obter não apenas a adesão do espírito, mas também a disposição para a ação. A argumentação persuasiva seria aquela adequada a um auditório particular, enquanto a convincente seria válida para todo ser dotado de razão (Atienza, 2016). As pessoas racionais formariam o auditório universal, um grupo ideal cuja adesão a um juízo de valor faz com que seja atribuída a ele natureza objetiva (Aarnio, 1990).

Como as decisões judiciais implicam a adoção de uma solução entre as possíveis, seu labor seria afeto ao campo do raciocínio dialético. A escolha realizada pelo órgão de decisão não se assenta em um conjunto de premissas de que se extraiu uma conclusão lógica, mas do conjunto de argumentos que a justificam. Essa justificação corresponde à motivação da decisão e evidencia sua conformidade com o Direito. Por outro lado, como não é obtida meramente por uma dedução lógica, está sujeita à *“integridad y responsabilidad de quien decide, si fuese impersonal, siempre la decision sería la misma cualquiera que fueram los valores o la personalidad del juez”* (Rosa, 2015, p. 325).

As técnicas argumentativas são empregadas através de duas ordens de processo: por ligação ou por associação. Nos argumentos que se apresentam de forma associativa, a

conclusão deriva da adesão às premissas, o que faz com que elementos originariamente independentes passem a ser solidários. De maneira oposta, naqueles que adotam a forma dissociativa, são separados elementos previamente presumidos ou desejados, como os ligados pela linguagem ou tradição.⁸

Os processos por associação (nexos) se apresentam em três formas: os quase lógicos, os fundados na estrutura do real e os que visam fundar uma estrutura do real. Quase lógicos são os que se aproximam, mas não se confundem, com argumentos lógicos ou matemáticos. Servem de exemplo a comparação, a identidade, a probabilidade, a inclusão da parte no todo, a divisão do todo em partes e os argumentos de comparação. Os fundados na estrutura do real são definidos como os conformes à estrutura das coisas, estando vinculados à causalidade ou à intenção. São ligados por sucessão (como o vínculo causal, os fins e o meios, o argumento da direção e a superação) ou por coexistência (como o argumento de autoridade, ligação simbólica, argumentos concernentes às diferenças de grau e de ordem).

Os que visam fundar uma estrutura do real estabelecem um modelo a partir de um caso ou, conforme definição dada por Atienza, os que tomam “como fundamento o caso particular ou a semelhança de estruturas existentes entre elementos pertencentes a domínios distintos (analogia)” (Atienza, 2016, p. 65). Estão divididos entre argumentos fundamentados pelo caso particular (exemplo, ilustração, modelo e antimodelo) e raciocínio por analogia.

Os argumentos por dissociação, por sua vez, estão segregados entre a “ruptura de ligação” e a “dissociação de noções”. A primeira tem por objetivo demonstrar o equívoco na associação entre determinados elementos e opera afirmando a irrelevância de alguns fenômenos para outros que estão em causa e aos quais estavam erroneamente ligados. Esta ausência de ligação é comprovada pelo exame individualizado de certas variáveis, pelo emprego da experiência ou pela modificação de determinadas condições. Já a dissociação tem por pressuposto a unidade de elementos no âmbito de uma mesma concepção e se concretiza pela alteração dos dados conceituais utilizados como fundamento de argumentação. Neste caso, não há apenas uma separação dos elementos, mas modificação em suas estruturas.⁹

A despeito do esforço empreendido para a identificação deste percalço argumentativo, Perelman destaca o risco inerente à segregação de articulações que fazem parte de um mesmo discurso. Isso porque poderia haver comprometimento do sentido e do alcance de um argumento isolado, quando ele é analisado fora do contexto em que está inserido. A força argumentativa está, assim, não nos elementos tomados de forma isolada, mas na interação que se dá entre eles, ou entre eles e a situação argumentativa, eles e sua conclusão, ou entre os “argumentos contidos no discurso e aqueles que têm este último por objeto” (Perelman e Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 523).

⁸ Entende-se por processos de ligação “esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa, seja estruturá-los, seja valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro”. Já os processos de dissociação são definidos como “técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento”. (Perelman e Olbrechts-Tyteca, 2014, p. 215)

⁹ Atienza (2016, p. 73) oferece a seguinte ilustração: “Um exemplo de utilização de um argumento de dissociação é a introdução, por um jurista, de uma distinção com o propósito de conciliar normas que de outra forma, seriam incompatíveis (a mesma função que cumpriam os *distinguo* da teologia escolástica).”

São as condições em que ocorre a interação que determinam a escolha dos argumentos, sua amplitude e sua ordem. Isso porque o orador deve se guiar pela “força dos argumentos”, noção que tem por referência a intensidade de adesão dos ouvintes (força persuasiva). Neste ponto, fica mais uma vez evidenciada a relevância que assume o auditório como condicionante na escolha dos argumentos e no modo de apresentá-los. Sob outro aspecto, a relevância das interações é reforçada pelo fato de que a própria adesão e, por consequência, a força dos argumentos que lhe deram origem, pode ser utilizada como fator argumentativo.

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Os avanços da filosofia da linguagem, que contaram com as contribuições de Perelman e Viehweg, forneceram as bases para que um conjunto de autores tratasse das peculiaridades do raciocínio jurídico. Entre eles, é destacada a contribuição de Robert Alexy, para quem o discurso jurídico, como discurso voltado para o agir humano, é um caso especial do discurso prático. Além de prático, é normativo, já que busca orientar esse agir.

O desafio desse discurso é se fazer racional, qualidade necessária para que seja considerado correto. Ou seja, há identidade no discurso entre a racionalidade e a correção. A racionalidade é obtida pelo recurso à construção argumentativa, procedimento que confere veracidade aos juízos de valor e de dever, objetivando-os. Por essa razão, contesta a afirmação de que a necessidade de valorações implicaria uma abertura indiscriminada para a incidência de convicções morais subjetivas (Alexy, 2017).

A verdade, como atributo que condiciona a racionalidade e a correção, não é algo ínsito à natureza das coisas, mas uma construção discursiva, obtida de forma consensual. É, assim, uma produção cultural humana sempre provisória, já que historicamente construída.¹⁰ Essa constatação não autoriza que lhe seja negada cientificidade, já que esta não se vincula ao caráter inequívoco e incontestável da resposta, mas sim ao consenso que lhe dá origem, alcançado segundo regras e critérios que permitam a justificação e comprovação da premissa de que parte o sujeito. Essas características tornariam a resposta racional e objetiva e, por consequência, universal (Alexy, 2017).

O modelo racional de discurso de Alexy tem por característica a submissão dos participantes a regras básicas que circunscrevem a discussão aos limites da racionalidade. A racionalidade conduz a um resultado que é aceitável e legítimo, já que obtido pelo convencimento e não pela manipulação. O discurso jurídico é um caso especial de discurso prático em geral, e se diferencia dele pela sua pretensão de correção e por sua vinculação a um determinado ordenamento jurídico, que lhe atribui a peculiaridade de ser um discurso institucionalizado (Klatt, 2020). A racionalidade e a universalidade são critérios que tornam legítimas e passíveis de controle a legislação e as decisões judiciais.

Em função da pretensão de correção, tanto o sistema jurídico considerado como o conjunto de normas gerais e abstratas, como as normas individuais e concretas, buscam na

¹⁰ Aqui evidencia-se a influência de Habermas, para quem o conceito de verdade deve ser analisado sob uma perspectiva pragmática, aproximando-se da ideia de consenso (Bustamante, 2005).

generalidade e na justificação a aplicação correta do Direito. A justificação é uma abertura à crítica, já que cria oportunidade para que sejam apresentados novos argumentos. A generalidade tem por escopo situar os interlocutores no mesmo plano, o que evita o uso da coerção como instrumento persuasivo.

Alexy faz uma incursão na “metaética”, disciplina relativa à linguagem normativa e à linguagem moral no âmbito da Filosofia Analítica. Rejeita a ideia que nega natureza lógica à argumentação moral sob a justificativa de que não tem por referência fatos, mas se limita à pretensão de influenciar pessoas. Essa rejeição está fundamentada na circunstância de que, embora os argumentos produzam pressão psicológica, faz-se necessário distinguir entre estes efeitos e o significado das palavras, bem como a sua capacidade de argumentar a respeito dos enunciados (Alexy, 2017). Para tanto, o significado está condicionado à existência de consenso sobre sua correção ou falsidade, enquanto o argumento só existe como tal se puder ser valorado como válido ou inválido, o que também depende da existência de regras ou convenções.

A linguagem moral não se esgota na função descritiva, tendo também por finalidade dirigir comportamentos. Por isso, o discurso moral é regido por regras cuja formulação é considerada a mais relevante tarefa do discurso prático racional. Sob o ponto de vista empírico ou analítico, essa atividade consiste na análise das regras dos jogos de linguagem que existem de fato; sob o ponto de vista normativo, por outro lado, realiza-se a justificação e fundamentação dessas regras.

Em relação à Teoria do Discurso Prático Racional Geral, o discurso é definido como “um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições”. Esse discurso será prático se tiver por objeto a correção de proposições normativas (Alexy, 2017, p. 175). A teoria do discurso racional é uma modalidade de teoria normativa do discurso, que procura estabelecer e fundamentar critérios para a sua racionalidade. Sua natureza é formal, uma vez que a adequação da resposta é garantida pela observância de um procedimento decisório argumentativo (Bustamante, 2005), estabelecido por um conjunto de regras que serão descritas de forma bastante sumária, a fim de ilustrar a questão.

O primeiro conjunto de critérios constitui as regras fundamentais, que objetivam fixar as condições básicas para que se dê a comunicação linguística. Estão nesta categoria os seguintes princípios: princípio da não-contradição, aplicável a todo discurso científico ou moral; regra da pretensão de sinceridade; princípio da univocidade ou do uso comum da linguagem; princípio da universalidade. As regras da razão, por outro lado, definem as condições de racionalidade do discurso. Estão alicerçadas em uma “regra geral de fundamentação”, que decorre do caráter persuasivo dos discursos práticos e que exige do indivíduo, quando demandado, a demonstração de suas razões. Essa regra se divide em três subregras: da igualdade das partes, da universalidade e da não coerção (Rosa, 2015).

O conjunto seguinte trata da carga da argumentação, é dotado de caráter técnico (Atienza, 2016) e objetiva limitar sua extensão, evitando sucessivas discussões acerca das premissas utilizadas (Bustamante, 2005). Estas regras estão relacionadas à presunção de igualdade; à necessidade de que sejam expostas razões quando houver a intenção de se questionar uma

regra ou norma tida como válida pela comunidade de falantes (regra derivada do princípio da inércia de Perelman); à carga argumentativa (um interlocutor não está obrigado a fornecer novas razões enquanto não forem apresentados argumentos contrários àquelas já fornecidas, o que evita interferências desnecessárias) e a exigência de “justificação de todas as afirmações normativas utilizadas no discurso prático” (Bustamante, 2005, p. 81).

São então apresentadas duas formas de se fundamentar uma proposição normativa singular. A primeira adota como referência uma regra tida como válida e tem como pressuposto o cumprimento das condições de sua aplicação; a segunda se ampara em suas consequências, o que pressupõe a existência de uma regra que torna obrigatória ou boa a produção dessas consequências. As regras de fundamentação orientam a utilização das regras anteriores, já que estas deixam em aberto um campo amplo de forte indeterminação (Atienza, 2016). As primeiras consistem em variantes do princípio da universalidade. De forma simplificada, estas regras podem ser assim expressas: todos devem estar submetidos às consequências decorrentes das regras; estas consequências devem ser aceitas por todos (consenso); a regra se aplica de forma aberta e geral (Rosa, 2015).

Ainda que observadas todas essas regras, não seria possível garantir a obtenção de um acordo racional ou evitar a adoção de diferentes concepções morais dos falantes. Por isso, as concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua origem histórico-crítica, bem como de sua formação histórica individual. Para este último critério, não são aceitas regras derivadas exclusivamente de condições de socialização não justificáveis. Por outro lado, partindo do pressuposto de que sua finalidade é apresentar respostas para questões reais, o discurso racional deve respeitar o limite do que é realizável.

O discurso prático não é capaz de resolver todas as questões, seja porque são exclusivamente fáticas, seja pela existência de problemas de linguagem. Para essas circunstâncias, as regras de transição autorizam que qualquer falante recorra a outras modalidades discursivas: ao discurso teórico, ao discurso de análise da linguagem ou ao discurso da teoria do discurso. Ainda assim, a teoria geral do discurso prático não fornece garantia de obtenção de um acordo para cada questão debatida, ou mesmo de que a solução encontrada seja definitiva e irrevogável (Bustamante, 2005). Essas limitações explicam a existência do discurso jurídico, dotado de caráter vinculante e poder coercitivo. O discurso jurídico é, assim, uma espécie do discurso prático geral, que tem por característica essencial a função de justificar uma modalidade específica de enunciado normativo: as decisões jurídicas.

Outra peculiaridade do discurso jurídico reside na adoção de regras que lhe são específicas e que se destinam a promover sua justificação interna e externa. A primeira delas (interna) constitui a parte da fundamentação jurídica decorrente de enunciados de autoridade, a segunda, (externa) corresponde aos juízos individuais (Klatt, 2020). A justificação interna está relacionada à verificação da correção do silogismo realizado. A decisão deve ser um resultado lógico das premissas utilizadas, que são extraídas de regras válidas do Direito, de enunciados decorrentes de aplicação de métodos empíricos ou da argumentação jurídica desenvolvida segundo formas e regras da justificação dita externa. A questão nesse ponto é de justiça formal, que garanta a efetividade do princípio da universalidade. Para tanto, exige que o discurso argumentativo seja construído com o

emprego de expressões cuja aplicação permita a construção de consensos. A justificação externa está relacionada à verificação da correção das premissas adotadas e utiliza as regras da argumentação prática em geral, da argumentação empírica, da interpretação, da argumentação dogmática, do uso de precedentes e das modalidades especiais de argumentos jurídicos (Bustamante, 2005; Rosa, 2015).

Os cânones da interpretação são formas de argumentação cuja função é viabilizar que, do enunciado de uma norma geral e abstrata, seja extraída uma norma concreta. Nesse sentido, são cânones os métodos de interpretação reunidos em seis grupos: semântico, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico. Esses cânones, com exceção do semântico, têm aplicabilidade em diferentes contextos, do que serve como exemplo o conflito entre normas e as restrições ao seu uso.

Alexy adverte que o emprego de diferentes formas de argumentação pode levar a diferentes resultados (Alexy, 2017). Em função disso, apresenta algumas regras com a finalidade de solucionar esse problema: a primeira determina que os argumentos vinculados à literalidade da lei ou à vontade do legislador têm precedência sobre os demais; a segunda, que o peso dos demais argumentos deve ser ponderado; a terceira, que todos os argumentos possíveis devem ser considerados. É destacada também a importância da dogmática e sua vinculação com o uso dos precedentes, o que conferiria estabilidade para o discurso e justiça formal.

A linguagem e o Direito em Aulis Aarnio

De forma contemporânea a Alexy, outros autores se dedicaram a investigar e discutir o problema da racionalidade, interpretação e argumentação no discurso jurídico. Dentre eles, destaca-se o pensamento de Aulis Aarnio, que será analisado sob os seguintes aspectos: a relação entre linguagem e Direito, as peculiaridades da interpretação jurídica e a pretensão de racionalidade da interpretação.

No que diz respeito ao Direito e à linguagem, Aarnio afirma que os textos jurídicos constituem uma forma específica de linguagem. Em consequência, a compreensão do Direito pressupõe o conhecimento das suas regras, o que implica a necessidade de domínio do significado e do alcance das expressões linguísticas. Sob esse ponto de vista, não há diferença entre o discurso jurídico e o discurso literário, razão pela qual as dificuldades características da interpretação em geral (ambigüidades, obscuridades) são também problemáticas para a interpretação jurídica.

O texto *“Sobre la ambigüedad semántica em la interpretación jurídica”* estabelece um paralelo entre o texto literário e o texto jurídico, em especial quanto à existência, em ambos, de lacunas que os impedem de fornecer uma compreensão inequívoca ao enunciado. Essas lacunas decorrem de ambigüidades semânticas, que obrigam o intérprete a se utilizar de outros recursos para solucionar a questão apresentada. A lacuna não está no texto, mas nos assuntos tratados por ele (Aarnio, 1987). Existem, por outro lado, peculiaridades que diferenciam o texto jurídico do literário. Embora ambos se assemelhem a um quebra-cabeças

a ser montado, no texto literário há um conhecimento prévio da forma final a ser alcançada, enquanto o discurso jurídico demanda a reconstrução do seu significado pela solução de ambiguidades e preenchimento de lacunas, sem que se saiba qual é a forma a ser atingida. A segunda diferença está na peculiaridade de que uma interpretação só pode ser tida como jurídica se utilizar pelo menos uma fonte com autoridade (Rosa, 2015).

Essas fontes se revelam em expressões linguísticas que têm a norma por conteúdo. Nesses termos, a norma é o resultado da reconstrução do enunciado normativo, o que remete à questão acerca da possibilidade de, em face de um determinado caso concreto, se extrair uma única norma do texto. As várias interpretações autorizadas pelo texto jurídico são designadas como “alternativas semânticas possíveis”. Não é viável atribuir a elas o valor de falso/verdadeiro, mas é possível, através da adoção de critérios jurídicos ou semânticos, identificar nesse universo aquela que possa ser considerada a “resposta correta”, assim compreendida a que revela coerência com o todo que lhe dá significado.

Da mesma forma como Perelman destacou a importância do auditório, Aarnio considera a reação do leitor como um fator determinante na interpretação. Em paralelo ao “auditório universal”, posto como um modelo ideal na nova retórica, Aarnio almeja um tipo ideal de leitor, definido como aquele que tem a máxima competência para entender os pontos-chaves da obra (texto jurídico). A interpretação não pode ser valorada como verdadeira ou falsa, já que não existe uma realidade com a qual possa ser comparada. “*En su lugar, estamos tratando con una reconstrucción interpretativa, que crea su propia realidad.*” (Aarnio, 1987, p. 109)

Considerando que a comunicação é o resultado de uma interação social e que a própria interpretação jurídica é tida como um fenômeno dessa ordem, o resultado do processo interpretativo deve ser um significado que obtenha um nível mínimo de adesão do auditório ou comunidade jurídica (aceitabilidade geral). Essa interação envolve quem edita o texto jurídico, dotado de autoridade pelo poder social, quem o interpreta, e a comunidade. A necessidade de aceitabilidade se explica pela expectativa do cidadão de que não haja arbitrariedade na solução das questões submetidas por ele à autoridade pública. Essa garantia é uma decorrência da adequação da decisão à moral e ao Direito, conjugada pelo respeito aos critérios de racionalidade que lhe conferem certeza e previsibilidade.

A fundamentação das decisões judiciais é uma exigência própria do Estado de Direito que, em sua versão moderna de Estado do bem-estar social, confere ao cidadão expectativa de proteção contra arbitrariedades. Uma das principais garantias é a certeza jurídica, que torna previsíveis as respostas judiciais, que devem estar não apenas conformes o Direito, mas também satisfazer critérios de justiça, pois “*en el moderno Estado de bienestares [es] imposible una separación estricta entre Derecho y moral*” (Aarnio, 1990, p. 26). Nesse sentido, o raciocínio silogístico já não se mostra suficiente, sendo necessário justificar moralmente a premissa normativa adotada.¹¹

Justificar é propor argumentos derivados das fontes do Direito que tornam legítimas e aceitáveis as decisões estatais. Sob esse aspecto, é proposto no processo de justificação uma distinção semelhante à apresentada por Alexy: um aspecto interno, ligado à estrutura lógica

¹¹ A respeito da relação entre Democracia e fundamentação racional das decisões judiciais, ver Leal (2017).

do raciocínio jurídico, que se realiza por meio de um silogismo que tem como premissa a base normativa; e um aspecto externo, pelo qual são apresentadas as justificativas para a escolha de uma premissa entre as possíveis (Rosa, 2015).

A racionalidade dos diálogos que viabilizam a interação subjetiva é uma regra básica da vida social. Esse padrão racional, entretanto, não está isento de dificuldades, já que a expectativa de racionalidade do discurso está baseada em um modelo ideal (não em seres reais), que não pode garantir a total aderência da comunidade (Rosa, 2015). Adicionalmente, esse discurso não é capaz de produzir uma única resposta bem fundamentada. Entre as respostas possíveis, deve ser eleita como correta aquela que decorre do princípio da maioria.

O autor conclui que não é possível se aspirar à obtenção de uma resposta correta, mas a melhor resposta possível. Entretanto, o modelo sugerido permite que a solução seja o resultado de um processo livre de manipulação ou coerção, gozando de igualdade de participação, liberdade para discussão e crítica dos argumentos apresentados. Em certa medida, esta concepção pode ser considerada uma boa representante da utopia habermasiana construída na segunda metade do século XX (Habermas, 2004).

A teoria da argumentação e o populismo judicial

O resgate da tópica e da retórica são importantes para a análise do atual contexto do comportamento hermenêutico do Poder Judiciário. Já é bastante consensual que o método exclusivamente subsuntivo é insuficiente para que, no confronto entre um fato e uma norma geral e abstrata, seja extraída uma resposta que atenda às expectativas da sociedade. Por outro lado, o reconhecimento da insuficiência da subsunção não implica a aceitação de arbítrio e instabilidade das decisões. É inevitável a aplicação de juízos de valor em complemento à lógica formal (Bustamante, 2005), mas isso não representa o abandono da objetividade do discurso. Significa, apenas, admitir que a pretensão de correção ou a “verdade” na solução da controvérsia pode ser o resultado de um consenso transitório (Alexy, 2017).

Nesse contexto, a proposta de autores como Perelman, Alexy ou Aarnio tem o mérito de sugerir regras ao discurso racional que tenham por objetivo estabelecer critérios a serem observados na tomada de decisões, de forma a permitir tanto a estabilidade do sistema como o seu controle social. O abandono do método lógico-subsuntivo tradicional implica uma abertura do sistema, gerando instabilidade e imprevisibilidade; por outro lado, as regras procedimentais visam encaminhar o discurso para a direção contrária – rumo à previsibilidade e à racionalidade do resultado.

O discurso jurídico tem como peculiaridade o fato de que suas premissas estão limitadas às normas que integram o Direito vigente (argumento de autoridade), razão pela qual a sua racionalidade está vinculada à comprovação de que elas foram extraídas desse sistema. Assim, a fundamentação construída através das estruturas discursivas próprias da argumentação racional confere legitimidade às decisões e proteção contra o arbítrio. A utilização da argumentação, por outro lado, é uma resposta à necessidade de fixar o lugar e a justificativa da

valoração dentro do discurso jurídico, circunstância a que se subordina o caráter científico da jurisprudência (Alexy, 2017).

A despeito disso, e da advertência de Alexy de que a decisão não pode ser um ato de vontade, mas o resultado de uma motivação racional, a análise da jurisprudência atual no Brasil revela uma degeneração desse modelo. É possível identificar um número expressivo de decisões judiciais que, valendo-se da força persuasiva de estruturas típicas da retórica e da amplitude conferida por princípios com alto grau de abstração, constroem fundamentações totalmente dissociadas do ordenamento jurídico, em um movimento a que se convencionou chamar de “populismo judicial”.¹²

O que em outros países do mundo restringiu-se a um ativismo judicial inerente ao contexto conflituoso entre procedimentalismo e substancialismo (Coura e Paula, 2018), no Brasil redundou em um autêntico “populismo judicial” (Salgado, 2018). É interessante como o momento vivenciado pela hermenêutica predominante na operação jurídica é imbricado ao momento vivenciado pelas instituições na atividade política. A decadência da democracia é conexas à erosão do Estado de Direito. Esta é uma realidade preocupante.

A flexibilização das leis positivas é uma das características da forma de governo típica da ideologia totalitária. Como bem descreve Hannah Arendt, o desafio à legislação posta no ordenamento pretende ter uma forma superior de legitimidade que, por inspirar-se nas próprias fontes de justiça, pode dispensar legalidades menores (Arendt, 1989). Na prática, todavia, sua justiça é parcial, pois não consegue se desvencilhar da seletividade oligárquica que está arraigada em qualquer regime de poder não-democrático. E isso não é uma novidade histórica. No período pré-nazista, a famosa “jurisprudência dos interesses”, repleta de boas intenções, se mostrou mais repressiva que a justiça imperial que lhe precedeu. E como explica Lionel Richard (1988), era um Judiciário de “Dois pesos e duas medidas”.¹³ Uma de suas preocupações era justamente atender aos anseios da maioria do povo.

Populismo é o termo utilizado para designar um fenômeno que tem origem na crise de representatividade decorrente da incapacidade do sistema político de responder às necessidades e interesses da população. Está diretamente relacionado ao dilema da democracia representativa, explicado verticalmente pela desigualdade de acesso ao poder político e, horizontalmente, pela dicotomia entre interesses que são fortemente representados no processo de tomada de decisão e aqueles fracamente representados. O populismo consiste, assim, na promessa de dar voz àqueles que jamais a tiveram no processo político e de responder às necessidades apresentadas por essa parcela da população (Alterio, 2019). A ideia, por si mesma, não tem qualquer respaldo no ordenamento positivo brasileiro, bem como contraria os pressupostos básicos da separação de poderes, do princípio democrático e do Estado de Direito (Schier; Flores, 2017). Ademais, na esfera prática, torna-se uma proposta

¹² O texto “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos” oferece exemplos de decisões recentes dessa natureza com grande impacto para o direito e a vida política do país (Salgado, 2018).

¹³ “Quase sempre esses processos eram dirigidos contra tendências de esquerda. Por ofensa aos princípios republicanos ou por insultos contra a República, os jornalistas de esquerda incriminados entre 1919 e 1933 foram uma boa dezena. Não houve uma só condenação de jornalista nazista, embora, do outro lado de imprensa nacional-socialista, os ataques antirrepublicanos e os excessos racistas fossem diários.” (Richard, 1988, p. 269)

perigosa, pois não é demonstrado qualquer critério válido para o aferimento da “opinião pública”.

Sendo um poder por natureza e de fato destituído de representatividade, de onde vem, então, a legitimidade de suas decisões? Tradicionalmente, em situação de normalidade democrática e prevalência do Estado de Direito, essa legitimidade resulta da vinculação das decisões da autoridade judicial às normas produzidas prévia e objetivamente pelos poderes políticos: Executivo e Legislativo (Lima; Gomes Neto, 2018). A motivação das decisões é, assim, o elo que atesta esse seu *pedigree*. É necessário, entretanto, reconhecer que a legalidade da decisão constitui forma de superar o déficit relativo à ausência de submissão do Poder Judiciário ao processo eleitoral. Esta vinculação à lei não evita, todavia, que a discricionariedade da decisão reflita o contexto de seus operadores, estando, por isso, limitada à realidade experimentada por estes. Este fato, por si só, não é um vício do sistema, como bem explicado pelos autores da teoria da argumentação já analisados.

Ao contrário, a decisão que recorre à opinião pública como suporte, utilizando o apelo popular como disfarce para sua inadequação com o ordenamento jurídico, é incompatível com a estrutura do discurso e os critérios de legitimação das decisões jurídicas propostos por uma teoria da argumentação racional. Restou claro que a teoria da argumentação jurídica restringe a eleição das premissas às possibilidades conferidas pelo Direito, a partir do qual são identificadas respostas plausíveis entre as quais será selecionada a melhor decisão possível. A adesão do auditório, embora seja relevante, não é um critério válido de escolha da decisão. As decisões que ignoram o Direito posto para se pautar na opinião pública representam usurpação dos poderes autorizados a legislar.¹⁴

Se o grau de aderência do auditório (opinião pública) é utilizado para suprimir essa fase de identificação (justificação externa), perde-se a referência ao argumento de autoridade (conformidade com o Direito). Nesses casos, há o sacrifício do que é “juridicamente relevante” em benefício de “valorações moralmente corretas” (Alexy, 2017). A resposta assim oferecida, como discurso jurídico, é despida de adequada aspiração à racionalidade, distanciando-se dos mecanismos que oferecem segurança contra o arbítrio e constituindo ameaça à segurança jurídica e à estabilidade social. O resultado é a decisão tomada com base nas preferências subjetivas da autoridade que detém o poder de dar a última palavra.

O espaço de atuação do populismo é o político e seu conteúdo é indeterminado, já que pode estar associado a diferentes ideologias, como as formas liberais ou socialistas de governo (Tushnet, 2019). Assim compreendido, é possível afirmar que, em sua origem, o termo não seria adequado à esfera de atuação do Poder Judiciário, que não tem natureza política. A despeito disso, esse mecanismo de ação foi incorporado pelo Poder Judiciário brasileiro, o que provoca um duplo déficit democrático. O primeiro aspecto desse déficit é uma decorrência da natureza desse poder que não passa pelo escrutínio popular (Pscheidt, 2016). O segundo se refere aos mecanismos de seleção dos seus membros, que exigem um repertório compatível com um padrão sociocultural e de educação inacessíveis para grande

¹⁴ Para uma leitura contemporânea da questão relativa à separação dos poderes, ver: Lima; Villas Bôas Filho (2018); Cichelero; Ferri; Nunes (2018); Avila; Melo (2018).

parte da população. Ou seja, é um poder de fato ocupado por uma casta pouco representativa (Rezende, 2018). A legitimação pela recorrência aos pressupostos do Estado de Direito é, portanto, a única forma do Judiciário conquistar legitimidade – o afastamento deste vínculo hermenêutico racional formal em busca de fontes materiais diretas é uma deturpação do sistema.

O fato de constituir uma casta pouco representativa não tem impedido que os onze guardiões se visualizem enquanto mestres iluministas e justifiquem suas decisões na retórica de “realizar justiça”. Uma expressão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso elucida essa visão: “Tudo o que é correto, justo e legítimo deve encontrar um caminho no Direito” (Barroso, 2014). Como se vê, há uma mudança de paradigma e a incorporação de dilemas morais – subjetivos – no âmbito das decisões judiciais, o que solidifica esse momento de populismo judicial inverso à racionalidade positivista tradicional e também contrário à racionalidade das teorias da argumentação. Como explica Eneida Desiree Salgado, “em nome de um princípio e de uma leitura moral, pede-se o afastamento de uma regra constitucional” (Salgado, 2018, p. 209). O curioso é que esse discurso moral se fundamenta justamente em autores da teoria da argumentação jurídica, tal como Alexy. Amparando-se nas teorias da argumentação jurídica, procede-se atualmente no Brasil uma verdadeira metapositivização do Direito – algo insustentável do ponto de vista da análise científica do Direito por consistir em autêntica incongruência lógica com as teorias analisadas (e, obviamente, com o sistema constitucional).

Ou seja, é por meio do uso metapositivista (nem positivista, nem pós-positivista) de teóricos da argumentação jurídica que a corte constrói o populismo judicial. Distanciando-se materialmente, mas fazendo uso formal, das teorias da argumentação. Por intermédio de uma leitura moral subjetiva, transmutam-se justificativas moralistas em judiciais. Busca-se, com isso, apoio representativo direto da opinião pública, produzindo, deste modo, uma atuação judicial populista e, em por consequência, seletiva e patrimonialista.

Não é sem razão que na realidade brasileira do século XXI o órgão central de implantação dos mecanismos de exceção seja o Poder Judiciário – esta é uma das características nucleares de uma importante estratégia de poder contemporânea – o *Lawfare*, quando o Direito é utilizado como verdadeira arma de guerra contra adversários políticos (Kittrie, 2016). Trata-se de um mecanismo fomentado pela atual crise da democracia como instituição. Vários autores contemporâneos têm abordado o tema a partir de uma perspectiva cética, como é o caso de David Runciman.¹⁵ Regras decisivas para o bom funcionamento da democracia tais como a “tolerância mútua” e da necessidade de uma “reserva institucional” estão desgastadas. Sem líderes e Poderes instituídos que realmente cumpram as regras objetivamente estabelecidas e sem uma sociedade que as valorize, a morte da democracia torna-se um triste vaticínio (Levitsky e Ziblat, 2018), renunciado pela corrosão do Estado de Direito.

Por meio do uso metapositivista de teóricos da argumentação jurídica que os tribunais fomentam o populismo judicial. Distanciam-se, mas fazendo uso, das teorias da argumentação,

¹⁵ O autor afirma que a democracia, ao alcançar seu apogeu, deu início a um processo de declínio que pode levar ao seu fim (Runciman, 2018).

por meio de uma leitura moralista. São adotadas justificativas típicas do senso comum como judiciais, atentas ao que entendem aleatoriamente como opinião pública – sem qualquer critério, todavia, para a sua apuração. Desse modo, infla-se o argumento judicial (Araújo, 2018), construindo pontes que seriam típicas da democracia direta. Esse movimento não é recente e pode ser observado em momentos paradigmáticos, como aquele em que o então Presidente do STF, Joaquim Barbosa, afirmou que o STF precisava ouvir as ruas (Gazeta do Povo, 2012), até a mais recente manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso, ao afirmar que o STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade (Revista Consultor Jurídico, 2019).

Esse populismo, como se vê, é diametralmente oposto à argumentação jurídica e se encaixa naquilo que Alexy chamou de “aderência de auditório”, que é usada para suprimir a parte de identificação, que corresponde à justificação. Trata-se, em suma, do sacrifício do juridicamente relevante pelo benefício de “valorações moralmente corretas”. A ausência de racionalidade, o subterfúgio do auditório e o metapositivismo compõem a marca da Corte Suprema brasileira, evidenciando a existência de um populismo judicial que, na realidade, acaba se dispersando em todo o Poder Judiciário – haja vista que os magistrados de instâncias inferiores se sentem legitimados a repetir este comportamento hermenêutico desviante.

Conclusões

Não é escopo da presente investigação defender a adoção da razão prática ou de alguma das teorias da argumentação ora analisadas como método hermenêutico. Aliás, é possível que a razão prática e as teorias apresentadas não configurem o melhor ponto de partida teórico para uma adequada hermenêutica constitucional. Este não é o ponto. No que diz respeito à teoria da argumentação jurídica, a pretensão deste texto se esgota em descrever a evolução do pensamento tendente a resgatar a razão prática como técnica adequada de argumentação no desenvolvimento de um discurso jurídico que se pretende racional, sem estar limitado às regras da lógica formal. Essa finalidade descritiva não impede que seu conteúdo seja adotado como parâmetro para problematizar a realidade observada na fundamentação das decisões judiciais atuais, ou seja, do populismo judicial realizado com amparo em um metapositivismo. De fato, ao contrário das aparências, as teorias da argumentação apresentadas não oferecem respaldo para o atual comportamento hermenêutico do Supremo Tribunal Federal (e do Judiciário como um todo).

A teoria da argumentação jurídica pode ser utilizada como uma estrutura para filtrar a racionalidade do discurso jurídico. Como ressalta a teoria de Alexy, ela tem a pretensão de possibilitar um resultado decorrente de um processo desprovido de manipulação e que apresenta um posicionamento discutido e justificado. A releitura dos trabalhos que tiveram por mérito explicitar o funcionamento dessas técnicas, permite afirmar a legitimidade das decisões, sem que para isso seja necessário renunciar aos valores compartilhados pela sociedade. Isso mostra que mecanismos aptos a promover o controle das decisões jurídicas

existem, especialmente em um ambiente que reconhece a interferência da discricionariedade do agente na produção dessas decisões.

No entanto, demonstrou-se haver um sequestro das teorias racionalistas, sendo as mesmas incorporadas ao ordenamento num pós-positivismo à brasileira, conhecido como metapositivismo. Tal mecanismo sustenta o populismo judicial, que é o comportamento hermenêutico messiânico do Poder Judiciário em suas relações com a opinião pública. Consequentemente, distancia-se da argumentação racional que, paradoxalmente, é usada como fundamento meramente aparente de decisões subjetivas dos magistrados.

A moral, embora extraída do senso comum, é utilizada com base nos teóricos da argumentação jurídica, o que demonstra o simulacro dessas decisões. Isto é, sob o argumento de uma decisão racional, são introduzidas decisões sustentadas pela “aderência do auditório”, isto é, a opinião pública. Houve um tempo em que a construção racional de decisões era relegada ao momento em que o Poder Judiciário exercia o papel de mera “boca da lei”. Hoje, de boca da lei transformou-se na pretensa “boca do povo”. Neste contexto, o Direito passa a ser um instrumento do poder e não o contrário, como se esperaria de um sistema submisso aos pressupostos do Estado de Direito. Resta observar, tal como adverte Eneida Desiree Salgado, que “se o medo do discurso moral, contrário à Constituição, vinha relacionado com o agir do Poder Executivo e, de maneira mais fraca, do Poder Legislativo e dos partidos políticos, agora a preocupação é com os salvadores da pátria togados” (2018, p. 212).

Referências bibliográficas

- AARNIO, A. 1987. Sobre la ambigüedad semântica em la interpretación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, **4**:109-117.
- AARNIO, A. 1990. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, **8**:23-38.
- ALEXY, R. 2017. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro, Forense.
- ALMEIDA, J. C. 2012. Theodor Viehweg: jurisprudência, pensamento problemático e o retorno à tópica jurídica. *Revista Direito e Liberdade*, **14**(2):99-116.
- ALTERIO, A. C. 2019. Reactive vs structural approach: A public law response to populism. *Global Constitutionalism*, **8**(2):270-296.
- AMADO, J. A. G. 1987. Tópica, derecho e método jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. **4**:161-188.
- ARAÚJO, L. H. D. 2018. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):129-150.
- ARENDT, H. 1989. *As origens do totalitarismo*. Traduzido por Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras.
- ATIENZA, M. 2016. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária.

- AVILA, A. P. O.; MELO, K. C. C. 2018. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):83-108.
- BARROSO, L. R. 2014. *Há uma crise de litigiosidade no Brasil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/209644/ministro-barroso-ha-uma-crise-de-litigiosidade-no-brasil>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- BUSTAMANTE, T. R. 2004. Tópica e argumentação jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. **41**:153-166.
- BUSTAMANTE, T. R. 2005. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro, Renovar.
- BUSTAMANTE, T.R. 2018. Obter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. *Revista Direito GV*, **14**(2):707-745.
- CICHELERO, C. A.; FERRI, C.; NUNES, E. B. 2018. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):15-40.
- COSTA, P. 2011. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: C. Petit (org.), *Paixões do jurista: amor, memória, melancolia, imaginação*. Curitiba, Juruá.
- COURA, A. C.; PAULA, Q. C. 2018. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, **116**:63-112.
- DALY, T. 2019. Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro, March 11. This paper was prepared for the 14th International Human Rights Researchers' Workshop: Democratic Backsliding and Human Rights. *Law and Ethics of Human Rights (LEHR) Journal*, **2-3**. Retrieved from: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3350098> Access: 20 May 2020.
- DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. 2006. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo, Landy.
- DWORKIN, R. 2004. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: H. H. Koh; R. Slye (Comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona, Gedisa.
- GABARDO, E. 2017. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **17**(70):65-91.
- GABARDO, E.; SALGADO, E. D. 2008. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do Direito e da moral: uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, **48**:65-186.
- GAZETA DO POVO. 2012. Justiça tem de ouvir a voz das ruas, diz Barbosa ao assumir o STF. *Das Agências*. 22 nov. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-tem-de-ouvir-a-voz-das-ruas-diz-barbosa-ao-assumir-o-stf-2ra0ztbdbkq8srj8uh51p7h5xq/> Acesso em: 21 jun. 2020.
- HABERMAS, J. 2004. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Martins Fontes.
- HACHEM, D. W. 2011. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, **11**(46):199-219.

- KITTRIE, O. F. 2016. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. New York, Oxford University Press.
- KLATT, M. 2020. La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. **43**:219-252.
- LEAL, F. 2017. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”. In: O. V. Vieira; R. Glezer (org.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro, FGV.
- LEVITSKY, S.; ZIBLAT, D. 2018. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Zahar.
- LIMA, F. D. S.; GOMES NETO, J. M. W. 2018. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):221-247.
- LIMA, F. R. S.; VILLAS BÔAS FILHO, O. 2018. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. *Revista de Investigações Constitucionais*, **5**(1):189-220.
- MOURA, G. de S. S. 2014. *Crítica ao uso da tópica de Viehweg na argumentação jurídica: um repensar a partir da teoria discursiva do Direito e da Moral de Habermas*. Riga, Novas Edições Acadêmicas.
- PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. 2014. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes.
- PSCHEIDT, K. R. 2016. Constitucionalismo judicial: o desvio democrático. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, **7**(2):36-48.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. 2019. Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade. *Elemento Externo*, 2 de abril. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade> Acesso em: 21 jun.
- REZENDE, M. C. de M. 2018. *Democratização do Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo, Contracorrente.
- RICHARD, L. 1998. *A república de Weimar*. Tradução de Jonatas Batista Neto. São Paulo, Companhia das Letras.
- ROSA, Y. C. 2015. Derecho y argumentación. El puesto de la razón em la fundamentación de las decisiones judiciales. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, **1**:325-361.
- RUNCIMAN, D. 2018. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo, Todavia.
- SALGADO, E. D. 2018. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, **117**:193-217.
- SCHIER, A. C. R.; FLORES, P. H. B. 2017. Estado de Direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, **4**(2):59-77.
- SOUSA, A. 2000. *A persuasão: estratégias para uma comunicação influente*. Covilhã, Portugal. Mestrado em Ciências da Comunicação. Universidade da Beira Interior, 128 p. Disponível em: https://www.academia.edu/7327914/A_PERSUASÃO_Estratégias_para_uma_comunicação_inf

luente_Índice_e_Introdução_INTRODUÇÃO_I PARTE_RETÓRICA_DISCURSO_OU_DIÁLOGO?fs=rwbcr-1167913371 Acesso em: 23. out. 2019.

STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. 2015. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, **5**(2):51-61.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. 2012. *Revista Direito GV*, **8**(1):37-58.

TUSHNET, M. 2019. Varieties of populism. *German Law Journal*, **20**:382-389. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.27> Acesso em: 04 nov. 2019.

WINTGENS, L. J. 1993. Retórica, razonabilidad y ética: un ensayo sobre Perelman. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, **14**:195-206.

ZANIN, C.; MARTINS, V.; VALIM, R. 2019. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo, Contracorrente.

Submetido: 01/07/2020

Aceito: 05/01/2021