

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Márcio Henrique Guimarães Baulino

O QUE TORNA UMA DECISÃO JURÍDICA FUNDAMENTADA?

A busca pela legitimação do conteúdo decisório

Belo Horizonte

2020

Márcio Henrique Guimarães Baulino

O QUE TORNA UMA DECISÃO JURÍDICA FUNDAMENTADA?

A busca pela legitimação do conteúdo decisório

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Júlio Aguiar de Oliveira.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B346q Baulino, Márcio Henrique Guimarães
O que torna uma decisão jurídica fundamentada?: a busca pela legitimação do conteúdo decisório / Márcio Henrique Guimarães Baulino. Belo Horizonte, 2020.
133 f.

Orientador: Júlio Aguiar de Oliveira
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Habermas, Jürgen, 1929- - Crítica e interpretação. 2. Direito - Filosofia. 3. Argumentação jurídica. 4. Decisão (Direito). 5. Legitimidade (Direito). 6. Direito processual constitucional. 7. Tribunais superiores - Brasil. I. Oliveira, Júlio Aguiar de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Márcio Henrique Guimarães Baulino

O QUE TORNA UMA DECISÃO JURÍDICA FUNDAMENTADA?

A busca pela legitimação do conteúdo decisório

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Professor Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas
(Orientador)

Professor Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – PUC Minas
(Banca Examinadora)

Professor Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro – Faculdade Milton Campos
(Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 20 de março de 2020.

*A meus pais, por toda a confiança em mim depositada.
E aos amigos, cujos incentivos nunca faltaram...*

AGRADECIMENTOS

A esta universidade e a excelência de seu corpo docente, cuja integridade e entusiasmo no exercício do mister oportunizaram despertar as afinidades intelectuais que hoje persigo; especialmente aqueles professores que se propuseram a enfrentar correntes de pensamento majoritárias, despertando e inspirando o pensamento crítico.

Um singular agradecimento ao meu orientador, o Professor Júlio Aguiar de Oliveira, cuja colaboração, apoio e confiança tornou possível a elaboração deste trabalho.

E a todos com quem tive a oportunidade de conversar, formal ou informalmente, sobre os mais diversos assuntos na tentativa de elevar ao máximo as possibilidades especulativas da linguagem. Estes debates foram, com toda a certeza, decisivos na elaboração da linha de raciocínio aqui proposta.

A todos vocês, o meu muito obrigado.

*[...] eu mesmo não acredito que alguém, alguma vez, tenha olhado para o mundo com mais profunda suspeita, e não apenas como eventual advogado do Diabo, mas também, falando teologicamente, como inimigo e acusador de Deus; e quem adivinha ao menos em parte as consequências de toda profunda suspeita, os calafrios e angústias do isolamento, a que toda incondicional diferença do olhar condena quem dela sofre, compreenderá também com que frequência, para me recuperar de mim, como para esquecer-me temporariamente, procurei abrigo em algum lugar — em alguma adoração, alguma inimizade, leviandade, cientificidade ou estupidez; e também por que, onde não encontrei o que precisava, tive que obtê-lo à força de artifício, de falsificá-lo e criá-lo poeticamente para mim (— que outra coisa fizeram sempre os poetas? Para que serve toda a arte que há no mundo?). Mas o que sempre necessitei mais urgentemente, para minha cura e restauração própria, foi a crença de não ser de tal modo solitário, de não ver assim solitariamente — uma mágica intuição de semelhança e afinidade de olhar e desejo, um repousar na confiança da amizade, uma cegueira a dois sem interrogação nem suspeita, uma fruição de primeiros planos, de superfícies, do que é próximo e está perto, de tudo o que tem cor, pele e aparência. Talvez me censurem muita "arte" nesse ponto, muita sutil falsificação de moeda: que eu, por exemplo, de maneira consciente-caprichosa fechei os olhos à cega vontade de moral de Schopenhauer, num tempo em que já era clarividente o bastante acerca da moral; e também que me enganei quanto ao incurável romantismo de Richard Wagner, como se ele fosse um início e não um fim; também quanto aos gregos, também com os alemães e seu futuro — e talvez se fizesse toda uma lista desses também... Supondo, porém, que tudo isso fosse verdadeiro e a mim censurado com razão, que sabem vocês disso, que podem vocês saber disso, da astúcia de autoconservação, da racionalidade e superior proteção que existe em tal engano de si — e da falsidade que ainda me é necessária para que continue a me permitir o luxo de minha veracidade? (NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para os espíritos livres*. Trad. de Paulo César de Souza. Companhia de Bolso, 2005; p. 04).*

RESUMO

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, verdadeira inovação foi apresentada à comunidade jurídica no tocante ao dever de motivação das decisões judiciais. Foram estipuladas objetivamente condições em que o legislador entendeu por bem taxar as decisões de não-fundamentadas. Diante da situação, e apontando para o sentido inverso, questiona-se qual o fator elementar de definição das decisões judiciais como fundamentadas. Na busca pela resposta, reconhece-se a não-evidencialidade dessa condição de fundamentabilidade, e, portanto, a necessidade de construção intersubjetiva de condições que possam conduzir a comunidade a um juízo objetivo quanto a questão. Em primeiro lugar é abordada a proposta de Habermas em legitimar o discurso prático pelo consenso racional em torno de pretensões de validade argumentativamente sustentadas. Dadas as dificuldades apontadas na própria tentativa de definição de um tal consenso, além mesmo das contribuições extraídas da Teoria da Improbabilidade da Comunicação, de Niklas Luhmann, e da Teoria da Irracionalidade Racional, de Bryan Caplan, chega-se ao ponto de reconhecer a insustentabilidade da proposta habermasiana porque erguida sob bases demasiado especulativas. Após, reconhece-se a necessidade de eleição de autoridades com poder decisório para por fim aos conflitos sociais, que não se resolvem tão somente pela argumentação. Uma vez que essa autoridade detém uma inevitável discricionariedade para proferir juízos, reconhece-se que a forma mais aproximada de controle dessa atuação – porque nunca um controle efetivo – é a consagração de garantias processuais constitucionais, de tal forma que às partes seja concedida oportunidade de influir na tomada de decisão final. A exigência no sentido de que a decisão seja fundamentada se vincula ao direito de ampla defesa recursal, de modo que é considerada fundamentada a decisão assim reconhecida pelos Tribunais Superiores quando não a reformam. Aludidos Tribunais, por sua vez, em se tratando de última instância jurídica, exercem o mister na prolação de decisões cuja fundamentabilidade é já presumida absolutamente.

Palavras-chave: Discurso. Fundamentação. Juízo Prático. Habermas. Legitimidade. Processo Constitucional.

ABSTRACT

With the 2015 Civil Procedure Code coming into force, a real innovation about the duty of decision motivation was presented to the law community. Conditions were objectively stipulated by which the legislator could fix decisions as unfounded. Given the situation, and going to the opposite direction, it is questioned what is the nuclear element that define the court decisions as grounded. In the search for the answer, it is recognized that this grounding condition is not self-evident and, therefore, a need for intersubjective construction of conditions that can lead the community to an objective judgment on the issue. First, Habermas's proposal on legitimation of practical discourse is approached by rational consensus surrounded by argued validity claims. Given the difficulties pointed out in the very attempt to define such a consensus, in addition to the extra contributions of Niklas Luhmann's Theory of Improbability of Communication and Bryan Caplan's Theory of Rational Irrationality, they come to the point of recognizing the unsustainability of the Habermasian proposal because constructed on too speculative grounds. Then emerge the need for selection of decision-making authorities to end social conflicts, which will not be resolved by argument alone. Since this authority has an inevitable liberty in his wilnesses, then it is recognized that a constitutional procedural processes is the closer form of supervision - because never effective supervision – so that the parties can try to influence the final decision-making. The use of a reasoned decision must be linked to the broad right of defense, so that it is considered to be reasoned by a higher court, when it is not reformed. Alluded to Courts, in turn, in case of treatment of the last legal instance, the decisions must be reasoned as absolutely presumed.

Keywords: Constitutional Process. Habermas. Legitimacy. Practical Judgment. Reasoning. Speech.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL	21
2.1 Princípio	21
2.2 Garantia	23
2.3 A natureza jurídica	25
3 RAZÕES DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	29
3.1 Razões endoprocessuais	29
3.2 Razões extraprocessuais	31
4 A PÓS-MODERNIDADE E A DESCONSTRUÇÃO DA AUTORIDADE	37
4.1 Crise epistemológica da verdade	42
4.1.1 <i>A historicidade do ser e o pluralismo</i>	47
4.2 Crise metodológica da validade	53
5 TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO DISCURSO	59
5.1 Teoria da Ação Comunicativa de Jurgen Habermas	59
5.2 As dificuldades enfrentadas por uma crença na possibilidade de consenso	65
5.2.1 <i>Teoria da Improbabilidade da Comunicação de Niklas Luhmann</i>	69
5.2.2 <i>Teoria da Irracionalidade Racional de Bryan Caplan</i>	77
5.2.3 <i>Como lidar com o comportamento sabotador?</i>	86
5.3 Uma suposta Teoria Burocrática da Legitimidade em Hans Kelsen	91
6 ANÁLISE DAS REPERCUSSÕES PRÁTICO-PROCESSUAIS DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	99
6.1 A relação do dever de fundamentação com o Devido Processo Legal	100
6.2 O livre convencimento motivado	104
6.3 As hipóteses de não-fundamentação da sentença	111
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
8 REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca apresentar uma investigação que se inicia em torno do discurso público, da intersubjetivação do indivíduo enquanto dotado de linguagem, na tentativa de revelar as curiosidades e limitações próprias dessa capacidade discursiva que nos é dada como fenômeno constante.

O enfoque será depositado especialmente na exploração da capacidade dos indivíduos na formulação de juízos de valor cuja validade possa aspirar um reconhecimento público.

Singularmente no caso das decisões judiciais, há uma obrigação constitucionalmente imposta no sentido de que sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Este mandamento traz consigo, por certo, a necessidade de institucionalização de uma instância responsável pela avaliação do desempenho dos Órgãos Judiciários no atendimento do referido dever constitucional. Aqui é possível a identificação de dois problemas, muito embora a princípio o segundo possa parecer derivar diretamente do primeiro.

Um problema atinge a lógica institucional da separação dos poderes do Estado, sobretudo quanto à pretensão de controle recíproco do exercício das atividades estatais. Isso porque o Órgão Judiciário, responsável pela fiscalização da legalidade dos atos praticados pelos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição, é responsável também, como competente que é, pela fiscalização de seus próprios atos, já que não sofre de outra instituição qualquer tipo de controle externo das atividades.

Porém, na tentativa de fiscalizar o exercício de sua própria atividade, notadamente o cumprimento do imperativo constitucional de fundamentação das decisões, o Órgão Judiciário, cuja divisão hierárquica pode ser expressa, de forma genérica, na forma de Juízes de Direito, Tribunais Estaduais e Tribunais Superiores, submete os julgamentos proferidos pelas instâncias inferiores à apreciação das instâncias superiores, falseando, à primeira vista, aquela impressão incongruente de auto-avaliação institucional. É aí que se evidencia o segundo problema.

Quando apreciada pelas instâncias superiores, as decisões jurídicas proferidas em primeiro (Juízes de Direito) e segundo grau (Tribunais Estaduais) de jurisdição estão sujeitas à um parecer, um parecer de caráter decisório, no tocante ao cumprimento, ou não, do mandamento constitucional. Como toda decisão, este

parecer prolatado nas instâncias superiores também está sujeito ao dever de fundamentação. Não há, todavia, e aqui reside o núcleo do segundo problema, outra instância para a qual o cidadão possa recorrer na busca da fiscalização do exercício da atividade destas instâncias superiores, pelo que resta ao jurisdicionado se contentar com a arbitrariedade do juízo nesse ponto.

Toca-se no assunto da arbitrariedade porque, embora sujeitas formalmente ao dever de fundamentação das decisões, cuja razão de ser, aqui se defende, é justamente a possibilidade de fixação do objeto de impugnação recursal, as instâncias superiores, para além das quais não há apelo jurídico, não esbarram no menor constrangimento caso deixem de fazê-lo, pois que detêm a autoridade conferida institucionalmente para o proferimento da *última palavra* em qualquer situação de conflito social.

O que se pretende dizer com isso é que, devido à ausência de um método suficientemente elaborado para permitir a oferta de um resultado certo, válido e objetivo na solução dos conflitos discursivos realizados no interior da linguagem, a solução que se tem admitido, muito embora passando despercebida pelos comentadores, é a da designação de um procedimento democraticamente institucionalizado ao final do qual uma autoridade, em cuja competência estará presumida a correção e validade dos atos, assumirá a função jurisdicional.

Por quê, pode-se perguntar, há de ser presumida a correção e a validade do juízo de valor oferecido pelo julgador quando da atividade jurisdicional? É o que será abordado nos capítulos que seguem.

A princípio, buscar-se-á a identificação da natureza jurídica do dever de fundamentação das decisões judiciais, se princípio ou garantia constitucional, tendo em vista a ausência de uma corrente majoritária na doutrina do Direito no tocante a essa questão.

Após, far-se-á uma análise das razões apontadas pela ciência jurídica para a existência do mandamento constitucional, razões estas de origem essencialmente endoprocessuais, mas que, para atender a uma expectativa social pungente, transbordam-se para o campo extraprocessual.

Mais adiante, evidenciar-se-á aquilo que se convencionou chamar de crise pós-moderna da autoridade, trazendo à baila suas repercussões no campo epistemológico e metodológico da investigação filosófica.

A seguir, esboça-se os aspectos gerais de uma das principais teorias jurídicas

modernas que pretendem superar a crise antes apontada, cuja especificidade está na presunção inicial de que a busca pelo entendimento comum conduzirá os sujeitos do discurso ao consenso racional, no qual residiria então o único fundamento de autoridade admitido; além de contrapor-la à outras teorias que desbancam o papel unificador exercido pelo consenso, ou mesmo a própria possibilidade de exercício de algum papel pelo tal consenso discursivo.

Por fim, a necessidade da institucionalização de uma epistemologia que se revela, em última instância, burocrática, a qual não se pode evitar sem assumir as consequências da anarquia social, resgata a Teoria Pura do Direito e o papel decisivo concedido às autoridades burocráticas na definição da realidade.

O último capítulo deixa de lado a abordagem estritamente teórica empreendida pelo autor ao longo de todo o trabalho e apresenta considerações a respeito das consequências prático-processuais do dever de fundamentação das decisões jurídicas no dia a dia do jurista brasileiro, sobretudo com relação à aplicabilidade do art. do Código de Processo Civil brasileiro, recentemente sancionado.

2 A NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Preliminarmente há que se ressaltar uma certa controvérsia na doutrina, até mesmo em razão da pouca importância conferida à questão aqui suscitada, no que concerne à definição da natureza jurídica do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Isso acontece porque o dispositivo referente ao dever de fundamentação das decisões não se encontra inserido no rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos estipulados no art. 5º, da Constituição da República¹, nem tampouco consta expresso em outro segmento do Título II do referido documento, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Sua previsão está no inciso IX, do art. 93 da Constituição da República, notadamente no capítulo III, referente ao Poder Judiciário; e também no art. 11, do Código de Processo Civil brasileiro. Daí ser comum a utilização indiscriminada dos referenciais *princípio* e *garantia* pela doutrina do Direito sem, contudo, se aprofundar no estudo da natureza mesma deste instituto.

É o que reconhece Cândido Rangel Dinamarco, cuja imperiosa lição acerca das garantias constitucionais nos é apresentada por Rogério Bellentani Zavarize:

A tutela constitucional do processo não seria efetiva se os princípios, que são as linhas mestras, não ganhassem eficácia mediante as correspondentes garantias. As *garantias constitucionais* são preceitos dotados de sanção significando que sua observância afetará a validade ou a eficácia do ato. Por tal razão, geralmente os dispositivos constitucionais reveladores de grandes princípios são encarados como garantias, sendo usual o uso indiferente dos vocábulos princípio e garantia para designar a mesma ideia².

Dessa forma, na tentativa de situar juridicamente o dever constitucional de fundamentação das decisões dentro do gênero ao qual merece pertencer, imperioso esboçar, de início, as definições de *princípio* e *garantia*.

2.1 Princípios

Com relação à espécie de norma conhecida como *princípio*, pode-se destacar na doutrina jurídica uma extensa variedade de definições. Manuel Atienza e Juan Ruiz

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

² ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 24/25.

Manero, por exemplo, elencam ao menos oito tipos de princípios em seu trabalho sobre a temática, cada um deles compreendidos sob um certo aspecto³.

Riccardo Guastini, por sua vez, citado em obra de Humberto Ávila, sustenta que a doutrina não deveria sequer buscar uma definição unitária dos princípios jurídicos, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores os utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos, e não somente a um só⁴.

O mesmo Ricardo Guastini, agora referenciado por Paulo Bonavides, anuncia diversas características assumidas pelas normas a que se convencionou chamar princípios⁵. Aqui será feita referência somente às mais relevantes delas, quais sejam: o alto grau de generalidade; o alto grau de indeterminação; o caráter programático e a elevada hierarquia nas fontes do Direito.

Ressaltando alguns desses atributos distintivos, Cármen Lúcia Rocha afirma que a indeterminação característica das normas conhecidas como *princípios* permite que sua aplicação possa ser modulada de acordo com o momento histórico vivenciado pelas instituições do país, ou ainda segundo a disposição ideológica do povo pelo qual é aceito e assumido juridicamente⁶. É que sua vagueza e larga abertura, assegura Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, permite hospedar as grandes linhas na direção das quais se deve orientar o ordenamento jurídico.

Seu caráter eminentemente programático, por outro lado, se revela na expressão dos valores principais de uma dada concepção de Direito, naturalmente abstratos e abrangentes⁷. Walter Claudius Rothenburg, cuja obra traz a definição fornecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, caracteriza o *princípio* como:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente

³ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre princípios e regras*. Revista de Direito da Faculdade de Guanambi; Vol. 04, nº 01, 2017.

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº 215, Rio de Janeiro, 1999; p. 154.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 266/267.

⁶ ROCHA, Cármen Lúcia. *Apud*. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 25.

⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 18.

por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁸.

Ainda sob uma outra perspectiva é a famigerada definição proposta por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pioneira de descrição dos *princípios* como mandamentos de otimização, ou seja, como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Seriam caracterizados os *princípios*, nesse sentido, por “*poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]*”⁹.

Tecidas tais considerações genéricas acerca das definições dos princípios jurídicos, far-se-á necessário esclarecer o que seria uma garantia jurídica para, ao final, decidir em qual espécie de norma se enquadraria o dever de fundamentação das decisões judiciais.

2.2 Garantias

Paulo Bonavides, referência brasileira no estudo do Direito Constitucional, lembra bem da lição de Carlos Sánchez Viamonte, cuja definição de *garantia* seria a de uma “*instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política*”¹⁰.

Referido autor, agora valendo-se da lição de Jorge Miranda, admite que os direitos representam só por si certos bens, enquanto as garantias se destinariam a assegurar a fruição desses bens. E continua dizendo que:

os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos¹¹.

⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 14.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011; p. 90/91.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 543.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 544.

Semelhante distinção é expressa por Rui Barbosa quando assegura que “*uma coisa são as garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial*”¹². Para o eternamente consagrado jurista brasileiro:

a acepção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos *direitos* reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*”¹³.

Nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho, “*as garantias constitucionais (garantias fundamentais) são meios desenvolvidos pela técnica jurídica moderna, de sorte a controlar a regularidade constitucional dos atos estatais em geral (gênero) e do ato jurisdicional (espécie) em particular*”¹⁴.

Logo, percebe-se que as garantias configuram normas cuja diferenciação dos princípios seria no sentido de que, parafraseando Ronald Dworkin¹⁵, sua aplicação se daria na forma de *tudo-ou-tudo*. É que devido ao caráter assecuratório das garantias, sua aplicação nem pode ser modulada de acordo com o caso, nem muito menos afastada por alguma razão outra. Ao contrário, deve-se entender a aplicação das garantias como uma constante, cuja interrupção só se daria pela revogação mesmo da norma.

Não se mostraria suficiente a previsão constitucional de direitos fundamentais se não houvesse a implantação de um sistema de garantias que protegesse a efetividade desses direitos. Esse sistema de proteção se define procedimentalmente, dentro daquilo que a ciência jurídica costuma chamar de tutela constitucional do processo, cuja abordagem será reservada à outra oportunidade.

¹² BARBOSA, Rui. *Apud.* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 545.

¹³ BARBOSA, Rui. *Apud.* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013; p. 547.

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Apud.* DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direto*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 73.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

2.3 A natureza jurídica

Face ao que foi dito, cabe agora fixar a natureza jurídica do mandamento constitucional aqui comentado.

Inicialmente, cumpre asseverar que o simples fato de o dever de fundamentação das decisões judiciais estar previsto no texto da Constituição da República não o torna, por isso mesmo, um princípio do ordenamento jurídico. Nesse caso, cabe observar, o dever de fundamentação das decisões judiciais poderia estar previsto nas legislações processuais ordinárias do país, como aliás sempre esteve¹⁶, em razão de seu conteúdo intrinsecamente processual, sem que qualquer prejuízo prático ou teórico fosse apontado. O fato de a previsão adquirir caráter constitucional após a promulgação da Constituição de 1988 parece mais uma tentativa legislativa de empregar maior abrangência ao comando normativo, já que, previsto na Lei Máxima, vincularia todo e qualquer código de hierarquia infraconstitucional; do que um suposto reconhecimento nele das características inerentes aos princípios do ordenamento jurídico.

Isso porque, se constante à toda e qualquer regulamentação decisória do país, ou seja, de toda legislação processual infraconstitucional, o dever de fundamentação das decisões judiciais teria a mesma força normativa e o mesmo efeito prático que hoje tem como norma constitucional.

A elevação ao patamar se deu, acredita-se, tão somente por questões de eficiência e generalidade. Em última instância, por economia processual.

Neste mesmo sentido, considerando as definições apresentadas alhures para os princípios do ordenamento, não parece o dever de fundamentação se adequar a nenhuma delas. Primeiro porque sua compreensão não implica tamanho pluralismo conceitual, como parece ser de regra dentro daquele grupo de normas. Segundo porque, de maneira geral, não tem conteúdo abstrato, não tem o caráter programático e sua aplicação não sofre, por fim, qualquer tipo de mitigação.

Muito ao contrário, o dever de fundamentação das decisões judiciais parece já se aproximar das definições apresentadas para as garantias constitucionais.

¹⁶ Rogério Bellentani Zavarize registra que, até a promulgação da atual Constituição, o dever de fundamentação constava no inciso II do art. 458, do Código de Processo Civil de 1973 (ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 37).

Mas cabe o questionamento acerca do que se prestaria, afinal, o dever de fundamentação das decisões a assegurar. Garantiria o que, especificamente, se assim o fosse considerado? A imparcialidade da decisão? Sua legalidade? A resposta a estas questões parece apontar no sentido de que o dever de fundamentação das decisões judiciais pelos magistrados seria garantia substancial da fixação dos pontos decisórios que permitiriam sua posterior impugnação em via de recurso, ou seja, a garantia de que, insatisfeitas com o provimento jurisdicional, as partes do processo poderiam recorrer à instância judiciária superior a fim de buscar a avaliação do material argumentativo então disponibilizado pelo julgador.

Essa compreensão, no entanto, só vale para a fundamentação das decisões judiciais de baixas instâncias, já que, no caso das instâncias últimas, por não haver a possibilidade de recurso à avaliação de nenhuma instância maior, a decisão do julgador será suficiente e absoluta. Em outras palavras, incontestável.

Apesar deste último fator, a correta interpretação jurídica do instituto parece indicar mesmo a natureza de *garantia* constitucional.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho, trata-se de uma

garantia consistente, de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo [...] e de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos e provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se¹⁷.

Num outro giro, para Piero Calamandrei, o dever de fundamentação das sentenças seria uma garantia de justiça, já que, reproduzindo o itinerário lógico percorrido pelo juiz para chegar à sua conclusão, pode-se facilmente encontrar, através dos fundamentos, a altura do caminho em que o magistrado eventualmente tenha se desorientado¹⁸.

Rosemiro Pereira Leal apresenta distinta compreensão acerca da natureza jurídica do dever de fundamentação das decisões. De acordo com o autor, o mandamento se apresenta como um *requisito indispensável* à validade da jurisdição. Sustenta, ainda, preferir a expressão requisitos à princípios porque:

¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Apud*. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 74/75.

¹⁸ CALAMANDREI, PIERO. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. de Ary dos Santos. 4ª Edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora; 1971, p. 143.

requisitos equivalem a condições que não causam a formação da estrutura lógica do processo, por serem qualidades externas e anteriores ao procedimento judicial e ao processo que definem os atributos legalmente exigidos ou conferidos pela lei para legitimar a atividade jurisdicional¹⁹.

Daniel Nobre Moreli tende a seguir o mesmo caminho quando afirma que “*a motivação das decisões judiciais, tendo em vista a imposição constitucional, é requisito de validade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário*”²⁰.

Rosemiro ainda aponta para as diferenças apresentadas entre as qualidades dos princípios e as características contidas no dever de fundamentação judicial. Mas, ainda assim, acredita-se que a classificação de *garantia constitucional* melhor se adequa ao instituto do que a de *requisito indispensável à validade da jurisdição*.

Dessa forma, em se tratando de verdadeiro instrumento destinado a permitir o amplo alcance da acessibilidade ao poder jurisdicional, considera-se correto dizer que a fundamentação das decisões é uma garantia individual, e não um direito²¹.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; p. 116.

²⁰ MORELI, Daniel Nobre. *A garantia constitucional da motivação e a sentença no novo código de processo civil*. In: *O Novo Processo Civil*. Org. José Anchieta da Silva. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: LEX EDITORA; 2012, p. 156.

²¹ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p 44.

3 FINALIDADES DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Cabe analisar, nesse momento, a importância ou as finalidades identificadas pela ciência jurídica para o fato de o legislador constituinte ter fixado o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Certo é que a intencionalidade do legislador é, em última instância, inacessível a tudo que é externo à sua própria consciência. Apesar disso, imperioso é o trabalho da ciência jurídica na tentativa de esboçar as finalidades pretendidas à norma que impõe o dever de fundamentação às decisões judiciais, mormente para que sejam possíveis avaliações da sua eficácia e efetividade no plano social.

Na esteira desse raciocínio pode-se dizer que, de uma maneira geral, as decisões judiciais devem ser fundamentadas por razões que podem ser analisadas sob dois aspectos: são eles o endoprocessual e extraprocessual.

Tal qual a própria nomenclatura já adianta, tratam-se, por um lado, das finalidades intrínsecas ao processo judicial, enquanto por outro se referem a algo tal como as expectativas sociais em torno da prestação jurisdicional.

3.1 Finalidades endoprocessuais

Com relação ao aspecto endoprocessual, pode-se dizer que são duas, intimamente ligadas, as finalidades endoprocessuais do dever de motivação das decisões judiciais.

Na perspectiva das partes diretamente envolvidas na lide, tem-se a materialização daquilo que poderá, posteriormente, ser objeto de impugnação recursal. É a fundamentação que garante as condições para que os sujeitos do processo possam contestar o ato decisório e requerer nova apreciação pelo Órgão Judiciário.

Nesse sentido, Maria Thereza Gonçalves Pero aduz que “*consiste essencialmente em permitir que as partes exercitem o seu direito de recorrer, partindo do conhecimento das razões do julgado, além de ainda facilitar o controle das decisões e a uniformização da jurisprudência pelas instâncias superiores*”²².

²² PERO, Maria Thereza Gonçalves. *Apud*. ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 53.

Por outro lado, na perspectiva própria do Órgão Julgador, a fundamentação do dispositivo decisório possibilita o exercício da atividade fiscalizatória, do controle de legalidade do Poder Estatal aqui consubstanciado na própria atividade jurisdicional. É como defende o próprio Rogério Bellentani Zavarize, para quem:

o juiz de primeiro grau, ao elencar os motivos tomados em consideração para determinada decisão, fornece informações precisas e objetivas aos julgadores em grau de recurso, que permitem, com segurança, verificar as conclusões do magistrado²³.

Isso porque, uma vez exposto o raciocínio praticado pelo magistrado, torna-se possível a averiguação, em sede recursal, da coerência do dispositivo decisório para com os fundamentos que lhe ensejaram, em um controle que se poderia chamar formal. Conhecendo as razões pelas quais o julgador de primeiro grau adotou determinada posição, sustenta Zavarize, a parte poderá manejar, sem cerceamento, o sistema recursal²⁴.

Já com relação a um eventual controle de conteúdo da decisão, também possível nas instâncias superiores, tem-se que a possibilidade mesmo de exercício desse controle não se deve tanto à atividade argumentativa que lhe precede, já que com ela não guarda qualquer relação. Como restará exposto nos capítulos que seguem, o controle de conteúdo da atividade jurisdicional não é tanto guiado pela racionalidade argumentativa, como se pretende, nem tampouco se orienta por métodos capazes de suscitar objetividade, mas é um controle mais pautado pelas condições subjetivas do julgador, que poderá, ou não, concordar com as premissas tomadas por referência na argumentação da decisão que lhe é posta a avaliar.

Sendo assim, como garantia que se encontra intimamente ligada ao *devido processo legal*, o dever de fundamentação das decisões tem como finalidade endoprocessual possibilitar o acesso amplo ao duplo grau de jurisdição, seja na perspectiva das partes, seja na perspectiva do próprio Órgão Julgador. Tal somente pode ocorrer quando o julgador evidencia os fundamentos que sustentam seu juízo e permite que a instância recursal analise a validade e correção da atuação do juiz. É a lição de :

²³ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 61.

²⁴ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 172.

A motivação das decisões judiciais, além servir para proporcionar a controle do raciocínio adotado pelo legislador, permite à parte desenvolver a sua atuação recursal, num sistema de dialeticidade, levando a atividade intelectual desenvolvida pelo julgador e expressa na fundamentação para análise da instância superior²⁵.

Para outro comentador:

A motivação é instrumento destinado a servir de conexão entre a sentença e a sua impugnação, servindo, assim, às partes, que, conhecendo as razões da sentença, podem decidir se vão ou não impugná-la, e com que fundamentos, além de servir ao juízo superior, que apreciará a impugnação, e que poderá exercer melhor seu trabalho se conhecer as razões que levaram a sentença recorrida a ser proferida²⁶.

E, na medida em que corresponde a um controle vertical da atuação do juiz²⁷, pois que realizado pelo próprio Órgão Judiciário, como já mencionado em outra passagem, há que se registrar que esse controle não alcança aquelas instâncias últimas de poder decisório. A razão de assim ser, acredita-se, restará evidenciada mais a frente.

3.2 Finalidades extraprocessuais

Aqui encontramos algumas dificuldades.

É que as finalidades extraprocessuais do dever de fundamentação das decisões podem ser resumidas, em suma, num conjunto de expectativas sociais, e nada além disso. No entanto, o que mais se tem encontrado na doutrina do Direito é a tentativa mesmo de se fazer normativas tais expectativas.

A exemplo podemos tomar a afirmação de Alexandre Freitas Câmara no sentido de que:

A motivação da sentença é garantia de controle externo da atuação do juiz, o qual é exercido pelo povo, em verdadeiro controle difuso da atividade judiciária, a fim de se permitir a verificação da exatidão e legalidade da decisão. [...] Esta exigência democrática de fundamentação decorre da necessidade de legitimação do exercício do poder. Ocorre que, enquanto os

²⁵ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB-RS, 2015; p. 376.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18ª Ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 2008, p. 414/415.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18ª Ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 2008, p. 415.

demais agentes do Estado (legisladores e administradores) são legitimados a priori para exercer suas funções, o que se dá pelo voto, o juiz é um legitimado a posteriori, eis que a legitimidade para exercer o poder que lhe é conferido só pode ser verificada após o efetivo exercício²⁸.

Aqui se discorda em peso da afirmativa doutrinária. Parece-nos que não é pelo fato de o procedimento utilizado para a eleição dos sujeitos que ocupam os cargos do Órgão Judiciário ser diverso daquele utilizado na seleção dos ocupantes dos cargos nos Órgão Legislativo e Administrativo que o exercício destes últimos seria mais legítimo, já *a priori*, que o daqueles outros. Mesmo porque a distinção efetuada quanto ao processo eleitoral para a ocupação dos cargos de competência jurisdicional se deve tão somente à necessidade de se exigir a garantia de independência político-ideológica do sujeito no exercício da atividade forense. É simplesmente por essa razão que os juízes são eleitos por *concurso público de provas e títulos*, conforme preceitua o inciso I, do art. 93, da Constituição da República, enquanto os congressistas e os governadores (em sentido amplo) são elegidos pelo sufrágio universal, determinação constante no *caput* do art. 14, também da Constituição da República.

A distinção quanto à legitimidade para o exercício dos cargos nos Órgãos Legislativo, Administrativo e Judiciário, apontada pelo comentado autor não passa de um desígnio da sua arbitrariedade que não se sustenta racionalmente.

Nota-se, por outro lado, um certo excesso de outros comentadores do Direito quanto às expectativas aventadas em relação aos efeitos produzidos pela garantia de fundamentação das decisões judiciais. Quando Isabella Carolina Miranda sustenta, por exemplo, que “*a legitimidade dos atos e decisões que toma o Estado só se verifica quando o povo (ou comunidade jurídica) participa fiscalizando, aprovando, modificando e até mesmo rejeitando as determinações das autoridades públicas*”, tem-se que o idealismo já ultrapassou, e muito, os limites da razoabilidade.

Ora, o tom do discurso apresentado pela autora dá a entender que ela realmente sustentaria a ideia de que “o povo”, entidade abstrata que si só, teria a capacidade, ou, melhor que isso, a competência para *aprovar, modificar* e até *rejeitar* as decisões jurídicas. Com efeito, assim não pode ser.

Dizer-se que há uma expectativa metajurídica de justiça e clamor social em torno da correção dos atos proferidos a título decisório pelo Órgão Judiciário é uma

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18ª Ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 2008, p. 414/415.

coisa; pretender instituir um controle externo à atividade jurisdicional, sobretudo em nome de uma entidade abstrata e intangível como “o povo”, aí a situação já é bem diferente, pois que contrariaria a própria ideia de independência funcional que permeia a eleição dos juízes por concursos públicos de provas e títulos.

Nesse sentido é a advertência de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Na esteira de doutrina moderna, científica e seriamente comprometida com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, não pode haver decisões jurisdicionais apoiadas nas noções vagas, imprecisas e fluídas de *justiça* e de *equidade*, vale dizer, ‘ao alvedrio judiciário’, buscando alcançar aquilo que, sob atecnia e de forma indefinida, costuma-se qualificar de *ideal de justiça* ou de *decisão justa*, construídas pelos devaneios inconsequentes dos adeptos do direito livre ou do direito alternativo, ‘que transformam o juiz no grande justiciero do caso concreto, sujeitando-se, apenas, ao farol da justiça’, segundo crítica procedente de Humberto Theodoro Júnior, ou, em outros termos, ‘convertendo o direito em esdrúxulo recinto de decisão personalista de um juiz clarividente’, conforme censura inquestionável de Rosemiro Pereira Leal²⁹.

Falar-se em finalidade extraprocessuais da atividade jurisdicional é falar em controle externo dessa atividade. E falar em controle externo é torná-la essencialmente política e desvinculada dos padrões da exigência maior de legalidade que deveria compor seu núcleo de sentido.

Ora, se nem os ocupantes dos cargos sujeitos à eleição periódica (congressistas e governantes), já que assumidamente políticos, são sujeitos a qualquer tipo de controle externo no tocante à discricionariedade própria do exercício das suas funções³⁰, não seriam os ocupantes vitalícios dos cargos de competência

²⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 125.

³⁰ No âmbito administrativo, a atuação é discricionária quando, “*diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996; p. 176). E, nesse sentido, “*o Poder Judiciário não pode promover o controle do mérito administrativo, no sentido de não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas*”. (MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 73). Já no âmbito legislativo, a discricionariedade própria ao Poder Constituinte é definida por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco como inicial, ilimitada (ou autônoma) e incondicionada. “*É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico. É o ponto de começo do Direito. Por isso mesmo, o poder constituinte não pertence à ordem jurídica, não está regido por ela. Decorre daí a outra característica do poder constituinte originário – é ilimitado. Se ele não se inclui em nenhuma ordem jurídica, não será objeto de nenhuma ordem jurídica. O Direito anterior não o alcança nem limita a sua atividade. Pode decidir o que quiser*” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015; p. 104). Ainda segundo os autores, “*sem a força legitimadora do êxito do empreendimento constituinte não há falar em poder constituinte originário [...]. É por isso, também, que os estudos sobre o poder constituinte originário costumam se referir à eficácia atual, como traço distintivo desse ente. Quem atua como poder constituinte originário ‘deve-se consistir numa força histórica efetiva, apta para realizar os fins a que se propõe’. Não é quem quer ou pensa estar legitimado para tanto que*

decisória no Órgão Judiciário, eleitos meritocraticamente em concurso público de provas e títulos, aqueles cuja atuação deveria ser controlada.

É por isso que Rogério Bellentani Zavarize aponta, com bastante sabedoria para o fato de que a preocupação com o convencimento dos destinatários deve ser comedida. Segundo o autor:

É importante convencer que os elementos argumentativos e probatórios foram apreciados e se chegou a uma decisão transparente e imparcial. É um convencimento no aspecto formal, mostrando que há uma fundamentação adequada, porque, no plano de fundo, ou seja, na questão do acerto da decisão, alcançar tal convencimento é tarefa mais árdua³¹.

Somente aqueles exageradamente otimistas e ingênuos poderiam acreditar e defender que o simples fato da decisão judicial ser fundamentada, exercício, a saber, meramente procedimental, implicaria na sua correção e justeza.

Alguns vão dizer ainda, como é o caso de José Augusto Delgado³² e José Carlos Barbosa Moreira³³, cujas lições são lembradas pelas palavras de Rogério Bellentani Zavarize, que o juiz estaria obrigado a convencer, quando decide, não somente as partes do processo, mas ainda a opinião pública, como forma de garantir a fiscalização da função jurisdicional.

Alegações nesse sentido, aliás compartilhadas por Sérgio Nojiri³⁴ e João Baptista Herkenhoff³⁵, são de todo levianas, pois que interligam a legitimidade do provimento jurisdicional à um estado psicológico íntimo das partes. Nenhum procedimento, ou até mesmo instituição, se sustentaria sobre tamanho subjetivismo.

Comentários muito mais lúcidos acerca do assunto podem ser encontrados, por exemplo, na lição de Camilo Zufelato, para quem:

É evidente que o tema da fundamentação das decisões judiciais vai muito além de uma discussão meramente técnico-processual, não somente porque se estende para o campo constitucional das garantias processuais, mas,

será poder constituinte originário, mas 'quem está em condições de produzir uma decisão eficaz sobre a natureza da ordem' (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015; p. 105). Vê-se, portanto, que aqui também não há nenhuma possibilidade de controle externo da atividade legislativa, porque ilimitada por natureza.

³¹ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 55.

³² ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 54.

³³ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 57.

³⁴ NOJIRI, Sérgio. *Apud ZAVARIZE, Rogério Bellentani. A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 51.

³⁵ HERKENHOFF, João Baptista. *Apud ZAVARIZE, Rogério Bellentani. A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 52.

igualmente, por representar uma ideia muito cara para a ciência do direito, vale dizer, a tentativa de racionalização do exercício do poder [...]³⁶.

O autor prossegue, em interessante consideração, afirmando que “a extensão da imposição às decisões na seara administrativa, como preceitua o art. 93, X, da CR, reafirma o caráter extraprocessual e de interesse público do dever de fundamentação das decisões”³⁷.

Com efeito, o que se extrai da discussão em torno das finalidades extraprocessuais do dever de fundamentação das decisões judiciais é que não passam, na grande maioria das vezes, de meras expectativas criadas no interior da consciência dos indivíduos, talvez de forma a amenizar a angústia de saber que o Órgão Judiciário não suporta, de forma alguma, qualquer controle externo à sua atividade.

³⁶ ZUFELATO, Camilo. *Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir*. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010; p. 480.

³⁷ ZUFELATO, Camilo. *Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir*. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010; p. 481.

4 A PÓS-MODERNIDADE E A DESCONSTRUÇÃO DA AUTORIDADE

A crise das ideologias nas sociedades ocidentais no período subsequente às duas grandes guerras mundiais acentuou decisivamente o questionamento da capacidade da razão humana de oferecer compreensões do mundo através de esquemas totalizantes. A dificuldade em se fornecer padrões seguros e objetivos que pudessem servir de base para uma escolha ideal entre valores feriu gravemente não só o pensamento filosófico, mas toda a pesquisa científica.

A tomada de consciência dessa situação marcou o início do período que se convencionou chamar de pós-modernidade, caracterizado exatamente pela incredulidade perante o metadiscurso filosófico, com todas as suas pretensões atemporais e universalizantes³⁸.

Nas palavras de Hilton Japiassú a pós-modernidade representa, mais do que um conceito histórico-sociológico, *“um estilo de pensamento. [...] trata-se de uma atitude intelectual, não só de desconfiança da Razão, mas de ceticismo quanto ao seu poder e às suas apregoadas possibilidades de tudo ‘iluminar’”*³⁹.

Os primeiros reflexos desta postura desconstrutivista começaram a ser notados no campo das artes, sobretudo nas diversas críticas que surgiram em relação ao ideal estético e à aristocracia esteta que, ao longo de toda a Era Moderna, foi responsável pela definição do gosto e de todo juízo artístico, controlava os mecanismos de classificação e segregação e os mecanismos de imposição das definições de realidade⁴⁰. Em outras palavras, à autoridade que monopolizava o discurso da *verdade*.

A arte pós-moderna é notável, assegura Bauman, por sua ausência de estilo; por seu caráter deliberadamente eclético, pelo uso de estratégias que buscam questionar a própria ideia de estilo, escola, regra, pureza do gênero - tudo aquilo que sustentava o julgamento crítico na era da arte modernista⁴¹.

Quando se começa, porém, a ignorar todo um padrão de excelência e estilo,

³⁸ BARBOSA, Wilmar do Valle. *Tempos pós-modernos*. In: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 08.

³⁹ JAPIASSÚ, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Letras & Letras, 1996; p. 177.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; p. 186.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; p. 180.

ou seja, todas as regras outorgadas, e se percebe que, ainda assim, seria possível a aferição de um resultado, começa-se com o questionamento sobre o valor desse resultado, sobretudo em comparação com aquele socialmente padronizado. No entanto, a tentativa de valoração desse resultado “produzido fora dos padrões” pressupõe a estipulação mesmo de alguns padrões. Sem um ideal de referência, nada pode ser avaliado

A postura desconstrutivista vem justamente de forma a denunciar o caráter dominador e autoritário da própria existência de tais padrões ideais, pois que, funcionalmente, sua tarefa seria exclusivamente produzir semelhança e diferença. A semelhança como algo positivo, a diferença com teor negativo. Em última instância, visa a segregação.

A noção de verdade pertence à retórica do poder. Ela não tem sentido a não ser no contexto da oposição – adquire personalidade própria somente na situação de desacordo, quando diferentes pessoas se apegam a diferentes opiniões, e quando se torna o objeto da disputa de *quem está certo e quem está errado* – e quando, por determinadas razões, é importante para alguns ou todos os adversários demonstrar ou insinuar que é o *outro lado* que está errado. Sempre que a veracidade de uma crença é asseverada é porque a aceitação dessa crença é contestada, ou se prevê que seja contestável. A disputa acerca da veracidade ou falsidade de determinadas crenças é sempre simultaneamente o debate acerca do direito de alguns de *falar com a autoridade* que alguns outros deveriam *obedecer*; a disputa é acerca do estabelecimento ou da reafirmação das relações de superioridade e inferioridade, de dominação e submissão, entre os detentores de crença⁴².

No mesmo sentido fala Michel Foucault. Para o pensador francês:

Há um combate “pela verdade” ou, ao menos, “em torno da verdade” – entendendo-se, mais uma vez, que por verdade não quero dizer “o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a fazer aceitar”, mas “o conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder”; entendendo-se também que não se trata de um combate “em favor” da verdade, mas em torno do estatuto da verdade e do papel econômico-político que ela desempenha⁴³.

Indo além das considerações de Foucault, o professor francês Francis Wolff vê a figura do intelectual pós-moderno encurralada entre dilemas que chamou trágicos, destacando a relevância adquirida atualmente pelo discurso num embate que não

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998; p. 143.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. de Roberto Machado. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979; p. 13.

mais se faz *pelo* poder, nem tampouco *contra* o poder, mas *de* poder.

Eis aí, portanto, o intelectual diante de um segundo dilema: que fazer de seu próprio *savoir-faire* de intelectual, o que ele possui enquanto intelectual — seu poder de análise das ideias, sua aptidão a transmiti-las pela palavra, sua capacidade de argumentação e sua força de persuasão? Das duas, uma: ou esse *savoir-faire* é impotente — e sendo assim é inútil —, ou então possui por si só uma verdadeira capacidade de se impor a todos os outros — mas, sendo assim, não cabe denunciá-lo justamente como uma nova forma de poder, o poder intelectual? E, novo problema: quem pode denunciar esse poder dos intelectuais a não ser outros intelectuais? O que é preciso fazer então? Utilizar a força das ideias e do verbo a favor do (ou contra o) poder, ou então denunciá-la como uma nova forma de poder — poder tanto mais pernicioso por não ser mais o da coerção ou da força, mas por revestir-se dos prestígios simbólicos do saber e da autoridade da razão. [...] o intelectual parece preso numa armadilha, seja quanto à finalidade ou quanto aos meios de sua ação. Quanto à finalidade da ação: ele deve ao mesmo tempo exercer seu poder crítico e denunciar essa crítica como um novo poder. O que ele deve fazer, então? Além disso, quanto aos meios, como fazer? Num certo sentido, é preciso que ele se faça ouvir, e, portanto deve ter acesso à cena pública ou mesmo midiática; mas, num outro sentido, o que ele pretende atacar é essa mesma cena pública, esse mesmo teatro da mídia, esse mesmo poder que ele exerce, muito embora afirme atacá-lo. E ele não pode consumir-se em criticar o poder dos intelectuais sem tornar vã sua própria crítica intelectual⁴⁴.

É a partir da tomada de consciência desses dilemas que surge o já popular *argumento do lugar de fala*, que surgiu como uma forma de descolonização epistemológica e protesto contra as identidades sociais. Nas palavras de Djamila Ribeiro, o argumento busca evidenciar como poder e identidades funcionam juntos a depender de seus contextos e como o colonialismo, além de criar, deslegitima ou legitima certas identidades⁴⁵.

Ocorre que, como advertido por Wolff, aqueles que empunham as bandeiras do desconstrutivismo acabam por ter de fazer uso, no seu mister, das mesmas armas com as quais as relações de poder por eles atacadas foram construídas — os discursos; e quanto a isso a razão nada pode fazer.

Como se tem percebido nos últimos anos, desde a crise da estética, a autoridade universal avocada pela razão não deixa de ser, ela própria, de uma certa forma, também metafísica, pois que presente somente na consciência íntima e inacessível de cada indivíduo. Seja com as propostas idealistas, seja com as empiristas, a fonte de autoridade da *verdade*, embora agora acessível a cada ser

⁴⁴ WOLFF, Francis. *Dilema dos intelectuais*. In *O silêncio dos intelectuais*. Organização de Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; p. 64. O dilema é resumido pelo autor da seguinte forma: “Ter o saber do poder ou denunciar o poder do saber?”.

⁴⁵ RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento/Justificando, 2017; p. 20.

humano diretamente, perdeu seu substrato socialmente integrante em razão mesmo de ter-se retraído demais na individualidade da consciência. Distanciou-se totalmente do espaço público do discurso.

Logo, se todo ser humano racional passa a ser considerado autoridade *a priori* para legitimação do que seria *verdadeiro*, e se essa legitimação não é suficiente para a garantir a hegemonia pública de uma *verdade universal*, já que a transposição da consciência para ambiente público se dá por meio do discurso, e este igualmente acessível a todos, nasce então a carência por uma legitimação *a posteriori* da verdade que se manifesta nesse discurso.

“Após os metarrelatos, onde se poderá encontrar a legitimidade?” É como indaga Wilmar do Valle Barbosa, em texto introdutório para *A condição pós-moderna*⁴⁶. Alguns autores vão sustentar, de forma até mesmo contrafactual, pode-se dizer, que uma possível saída para a tentativa de legitimação *a posteriori* do *discurso verdadeiro* seria pelo consenso obtido através de uma argumentação racional permeada por condições ideais de discurso. Habermas é o principal deles. Mas esta eventual solução encontrada na crença supostamente unificadora da razão é ilusória, mítica⁴⁷, pois credita a legitimação epistemológica do discurso a um consenso futuro de cuja existência não se pode ter garantia⁴⁸. Zygmunt Bauman percebe a questão:

Falando sem rodeios, a teoria institucional da arte (como uma teoria institucional de qualquer outro domínio de valor) soa o dobre fúnebre para o sonho de controle dos filósofos. O que foi posto no lugar dos princípios absolutos aos quais somente eles tinham acesso e os quais somente eles eram capazes de operar foi a entidade evasiva, difícil de manejar e imprevisível do ‘consenso’⁴⁹.

O escritor alerta que a dificuldade criada pela pós-modernidade em relação às definições de autoridade no sentido consensual não advém do consenso em si mesmo considerado, mas antes do fato de que “o tipo de consenso que agora parece possuir

⁴⁶ BARBOSA, Wilmar do Valle. *Tempos pós-modernos*. In: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 17.

⁴⁷ WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In: *A crise da razão*. Organização de Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 1996; p. 69. O autor ainda sustenta que “*não foi a razão que veio substituir de maneira inteiramente uniforme o mito, mas racionalidades diversas e conflituais*” (Idem).

⁴⁸ “*Seria pelo consenso, obtido por discussão, como pensa Habermas? Isto violentaria a heterogeneidade dos jogos de linguagem*” (BARBOSA, Wilmar do Valle. *Tempos pós-modernos*. In: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 17).

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; p. 191.

a autoridade que atribui reputação não é o dos filósofos”. O acordo de outras áreas, não filosóficas, “também deve se apresentar e não há como ter certeza de que ele possa ser obtido só pela força do argumento”⁵⁰. Isto significa, como reconhece Hans Albert, “que uma autoridade irracional é substituída por outras instâncias com funções dogmáticas semelhantes, mas o esquema da justificação autoritária foi, em última análise, conservado”⁵¹.

Eis aqui o germe daquilo que provocou a crise de todos os postulados metodológicos da razão. Se não era mais possível demonstrar público-discursivamente a superioridade estética de uma obra sobre outra sem recorrer a padrões localizados histórico-socialmente, como bem reconhece Gadamer⁵², haveria mesmo motivo para se continuar falando em estética como um valor? A mesma questão se aplica à verdade, conforme parece ter sido reconhecido por Jean-François Lyotard:

Com a ciência moderna, duas novas componentes apareceram na problemática da legitimação: de início, para responder à questão: como provar a prova?, ou, mais geralmente: quem decide sobre o que é verdadeiro? Desvia-se da busca metafísica de uma prova primeira ou de uma autoridade transcendente, reconhece-se que as condições do verdadeiro, isto é, as regras do jogo da ciência, são imanentes a este jogo [...] ⁵³.

Uma melhor evidenciação desta crise vai depender de um percurso que, coincidentemente ou não, deságua em uma crise também epistemológica.

É o que se propõe demonstrar a seguir.

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; p. 192.

⁵¹ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976; p. 33.

⁵² “É claro que a validade do belo não se deixa derivar e comprovar a partir de um princípio universal. Ninguém duvida de que as questões de gosto não podem ser decididas através de argumentação e demonstração” (GADAMER, Hans- Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª Ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997; p. 93).

⁵³ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 54. Nesse sentido, interessante a colocação de José Raimundo Maia Neto: “*Tanto Foucault e Derrida, como Rorty e Feyerabend, de uma maneira ou outra rejeitam a tradição filosófica, em particular a pretensão a um discurso capaz de atingir verdades universais cujo domínio legitimaria a filosofia e garantiria ao filósofo um lugar privilegiado na sociedade: o lugar da reflexão crítica. [...] O termo pós-modernidade expressa bem o pensamento atual de crise em que esta visão característica da modernidade é vista como mera ilusão*” (MAIA NETO, José Raimundo. *O silêncio dos céticos*. In: *O silêncio dos intelectuais*. Organização de Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; p. 274/275).

4.2 Crise epistemológica da verdade

Uma vez decaída toda a noção ideal de um postulado estético universal e objetivo, haveria, ainda, porque se falar em estética, ou estariam os artistas na pós-modernidade fadados à perseguição de apenas técnicas específicas de produção? Transportando para uma noção mais geral da pergunta, pode-se questionar se há a possibilidade de se falar, ainda hoje, em busca *da* verdade, ou o que há disponível à apreensão humana são somente versões particulares *de* verdade?

Bom, se houver uma verdade ideal tal que mereça ser perseguida e se sua compreensão é possível ao ser humano, acredita-se que mereça também, conseqüentemente, ser partilhada com o restante do grupo social por aquele que a tenha identificado. Mas aqui surge uma questão de fundamental importância, acredita-se, para as teorias metodológicas mais atuais: uma vez pressuposta a existência de uma tal verdade, uma vez pressuposta sua inteligibilidade, como seria possível, se é que é, discursivamente, sua demonstração e comprovação?

Levando mais à fundo a questão, questiona-se a possibilidade metodológica de expressão discursiva de uma condição de *verdade*, de um sentimento de certeza e correção, já que a verdade se sente, não se diz. Ela fornece apenas uma regra para a conduta do sujeito, mas ela jamais se manifesta em suas frases⁵⁴. O problema parece claro à Jacques Rancière⁵⁵.

Suponhamos, então, que um homem tenha feito uma asserção e tenha sido desafiado a defendê-la. A questão agora é: como este homem faz para apresentar um argumento, em defesa de sua asserção original, e quais são os modos apropriados de criticar e avaliar, para julgarmos os méritos do argumento que ele apresenta? Se esta questão é posta em termos gerais, um aspecto nos impressiona imediatamente: é muito grande o campo das asserções para as quais se pode construir um suporte; há muitas coisas diferentes que podem ser apresentadas como suporte para asserções e, por conseguinte, também há uma enorme variedade de passos (dos dados até as conclusões) que podem aparecer no desenvolvimento de argumentos justificatórios⁵⁶.

⁵⁴ RANCIERE, Jacques. *O mestre ignorante: cinco lições sobre a emancipação intelectual*. Trad. de Lilian do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002; p. 140.

⁵⁵ “A verdade não decide qualquer conflito da praça pública. Ela não fala ao homem, senão na solidão de sua consciência. Ela se retira assim que explode o conflito entre duas consciências. Quem espera reencontrá-la deve, em todo caso, saber que ela caminha solitária e sem cortejo” (RANCIERE, Jacques. *O mestre ignorante: cinco lições sobre a emancipação intelectual*. Trad. de Lilian do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002; p. 98).

⁵⁶ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 17.

Em lúcida consideração, Stephen Toulmin parece identificar dois problemas que aqui serão aqui expostos. Porém, o serão de maneira separada. O primeiro deles no tocante às possibilidades de justificação de um enunciado que se pretende válido. O segundo, por sua vez, referente à avaliação dessa mesma justificabilidade. Tem-se anunciados, portanto, um questionamento de ordem epistemológica e outro de cunho metodológico. Esta seção ficará a cargo de abordar o primeiro deles.

Pois bem. Na perspectiva de MacIntyre, um:

agente só pode justificar um juízo particular referindo-se a alguma norma universal da qual possa ser deduzido logicamente, e só pode justificar essa norma, por sua vez, deduzindo-a de alguma norma ou princípio mais geral; mas, segundo esse conceito, já que toda cadeia de raciocínio deve ser finita, tal processo de raciocínio justificativo deve sempre terminar com a afirmação de alguma norma ou princípio para o qual não se pode mais apresentar razão nenhuma⁵⁷.

Por esse ângulo parece impotente a pretensão aviada por Lênio Luiz Streck quando sustenta que “*no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar [...] o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico*”⁵⁸. Isso porque, ao defender o prolongamento da cadeia justificativa com a exigência de uma *fundamentação da fundamentação*, Streck parece não reconhecer que, no tocante ao resultado pretendido, qual seja, a fundamentação (justificação) definitiva de asserções normativas, nenhum progresso pode ser realizado, a não ser que se exijam fundamentações (justificativas) para estas novas fundamentações (justificativas), e assim por diante *ad infinitum*. Se o ciclo da fundamentação (justificação) das asserções assumidas em uma dada decisão se encerra na primeira rodada de fundamentação (justificação); se na segunda rodada,

⁵⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001; p. 45.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de como a discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009; p. 17. A mesma posição é defendida em obra da Ordem dos Advogados do Brasil. Nas palavras de Artur Torres: “*Fundamentar, na perspectiva do atual modelo de processo, representa ir além da mera enunciação formal dos ditames que devem regular o caso concreto. Trata-se, pois, da exigência que obriga o julgador a esmiuçar (atento ao princípio da concretude), como, quando, e porque optou por emanar esta ou aquela decisão. A partir de um jogo de palavras, não raro compreendido por todos, afigura-se plenamente possível afirmar que, atualmente, exige-se mais do que mera motivação, exige-se a motivação da motivação. Decisório insuficientemente ou não motivado representa ato jurídico nulo*” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Novo código de processo civil anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015; p. 32).

como postula Streck, ou se na milésima, nenhuma diferença pode ser identificada no que concerne à validação das pretensões de verdade assumidas nestas mesmas asserções, já que, em última instância, o ponto final da suficiência justificativa é sempre uma expressão de vontade individual, não orientada por quaisquer critérios objetivos⁵⁹.

Um regresso ao infinito apenas se poderá evitar se a fundamentação se interrompe em algum momento e se substitui por uma decisão que já não se tem de fundamentar. Isso, porém, teria a consequência de que só se poderia falar num sentido muito limitado da correção da proposição a ser justificada, N. A arbitrariedade desta decisão se transferiria a toda a fundamentação que dependesse dela. A tentativa de fundamentar proposições normativas sem interrupção da maneira indicada leva, por isso, ou a um regresso ao infinito ou a uma decisão explicável, no melhor dos casos, psicologicamente, mas que já não se justifica⁶⁰.

Isso se deve ao fato de que a base última de nossos pensamentos e reflexões, aquelas das quais partimos, é constituída por crenças não justificadas assumidas como verdadeiras de forma a deter o regresso infinito da justificação epistêmica. Não fosse assim, no campo das chamadas Ciências Humanas, em que toda epistemologia é, em suma, metafísica, qualquer dissídio teórico, ou mesmo prático, poderia ser reduzido à uma *guerra de palavras*, ou, mais especificamente, à uma *guerra por meio de palavras*, para a qual não há nenhuma autoridade *a priori* encarregada de decidir o termo final e o lado vencedor. Seria uma guerra destinada a não ter fim.

Portanto, as pretensões de verdade assumidas como justificadas de forma absoluta na constituição destas crenças são inacessíveis à crítica objetiva, justamente

⁵⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001; p. 46. Max Weber é seguramente incisivo ao dizer que “*não há procedimento científico (racional ou empírico) de qualquer tipo que nos possa dar uma solução nestas questões. Mas, muito menos ainda, pode a nossa ciência, que é estritamente empírica, pretender poupar o indivíduo de semelhante escolha, e, por isso, ela também não deve suscitar a impressão de que seria capaz para tanto. [...] Não existe, com efeito, um ponto de vista logicamente sustentável, a partir do qual se poderia negar esta situação exceto se pensando numa hierarquia de valores que fosse inequivocamente prescrita por dogmas eclesiais*” (WEBER, Max. *O sentido da “neutralidade axiológica” nas Ciências Sociais e Econômicas*. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 02. 2ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 375). Ainda nesse sentido: “*Se não temos critérios incontestáveis, nenhum conjunto de razões irresistíveis por meio das quais possamos convencer nossos adversários, segue-se que, ao tomar nossas próprias decisões, talvez não tenhamos recorrido a tais critérios ou motivos. Se me faltam quaisquer boas razões para invocar contra alguém, deve parecer que me faltam boas razões. Portanto, parece que em apoio à minha opinião deve haver alguma decisão não-racional de adotar tal postura. Correspondente a interminabilidade da discussão pública há, no mínimo, a aparência de uma inquietante arbitrariedade privada*” (MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001; p. 25).

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005; p. 182.

porque constituem os últimos pressupostos do raciocínio elegido por um sujeito. E é justamente em razão da subjetividade, da discricionariedade evidenciada nessa escolha que Max Weber vai dizer que o limite da discussão crítica é dependente da vontade dos participantes da discussão⁶¹.

Daí se observa a inevitabilidade da liberdade oferecida ao julgador para, primeiro, estatuir a verdade de algumas asserções e, a partir delas, fundamentar seu provimento judicial. Ainda que se pretendesse, como o faz Lenio Luiz Streck, exigir do julgador justificativas para aferir a condição de verdade das assertivas por ele assumidas como verdadeiras na justificação do dispositivo decisório, estabelecendo aí uma dupla cadeia de justificativas, poder-se-ia opor a objeção de que aquelas primeiras justificativas não seriam, também, justificadas. E assim continuamente, evidenciando mais uma vez o regresso infinito que só tem fim com um ato de vontade.

Dessa forma, como inevitável que é por natureza, resta mantida ao sujeito, ainda que com a *fundamentação da fundamentação* pretendida por Streck, uma certa discricionariedade no tocante à definição das condições de verdade das suas asserções, seus argumentos ou mesmo sua decisão jurídica. É como reconhece Narbal de Marsillac:

Uma das principais problemáticas herdadas pelos pós-positivistas será certamente a ausência de um estofo axiomático comum a partir do qual pudéssemos fundar o conhecimento. Significa dizer que, bem diferente das demonstrações a partir da incontestabilidade de princípios, seguras, neutras e objetivas, os pensadores contemporâneos precisam agora, como dissemos, argumentar a partir dos resultados das negociações ou homologizações intersubjetivas, nem sempre pacíficas, a respeito dos limites da validade, sempre restrita, das premissas fundantes de suas reflexões⁶².

O problema pode ser mais detalhadamente explorado se se adentrar um pouco nas ideias difundidas pela doutrina fundacionalista, satisfatoriamente apresentada por

⁶¹ WEBER, Max. *Apud.* ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976; p. 94. E prossegue: “ele concebia que ‘toda discussão científica entre adversários em questões de fé [...] serve essencialmente apenas para a comprovação e a consolidação da própria crença’”. Muita coisa indica que Max Weber considerou as ‘últimas pressuposições de valor’ basicamente como incorrigíveis, ou, em todo caso, como não influenciáveis pela crítica racional” (WEBER, Max. *Apud.* ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976; p. 91). Nesse sentido ainda Gustav Radbruch: “Preceitos normativos, pois, só podem fundamentar-se por meio de outros preceitos normativos. Mas justamente por isso é que os preceitos normativos últimos, aqueles de que todos os outros dependem, são indemonstráveis, axiomáticos, não susceptíveis de serem objeto de conhecimento teórico, mas apenas de adesão espontânea (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997; p. 52).

⁶² MARSILLAC, Narbal de. *Racionalidade retórica e argumentativa*. Revista Princípios, vol. 18, nº 30, Natal, 2011, p. 271/291. P. 284.

Luís Estevinha Rodrigues em trabalho direcionado a um repositório virtual. De acordo com o autor:

O fundacionalista defende que há um conjunto de crenças básicas que não necessitam de estar apoiadas em quaisquer outras crenças, daí terem o estatuto de crenças fundacionais. Sobre este conjunto de crenças básicas apoia-se um outro conjunto de crenças, não-básicas e não-fundacionais, que constituem o conhecimento⁶³.

Há uma certa divisão na corrente fundacionalista, como já se pode perceber, cuja importância é preciso notar, mas dentro da qual aqui não se pretende aprofundar. É o ponto relativo a saber-se de que maneira as tentativas de compreender e justificar as crenças fundacionais chegam a um termo:

Chegam elas a um termo com base em princípios objetivos cuja validade independe de nosso ponto de vista, ou chegam elas a um termo no âmbito e em função do nosso ponto de vista – individual ou compartilhado – de modo que, em última instância, ainda os princípios universais aparentemente mais objetivos extraem sua validade ou autoridade da perspectiva e da prática daqueles que os seguem?⁶⁴.

O próprio Thomas Nagel esboça uma resposta ao problema, apontando no segundo sentido quando afirma que os termos são definidos quando os indivíduos julgam aceitáveis. A tendência aqui traduzida em assumir esta mesma posição é transparente.

É que diante do caráter subjetivo daquilo que será assumido como verdadeiro, Nagel vai dizer que “*nenhuma conclusão pode pleitear validade para além da comunicação cuja aceitação a valida*”⁶⁵. Para Max Weber, o fenômeno identificado configura a “*metamorfose de verdades normativamente válidas em opiniões que valem convencionalmente*”⁶⁶.

Asladair MacIntyre sustenta o fracasso do Iluminismo em fornecer padrões de julgamento racionais neutros, impessoais e independentes da tradição, concluindo que nenhum conjunto de crenças proposto é, portanto, justificável. Para o autor “*o mundo cotidiano deve ser tratado como um mundo de necessidades pragmáticas*.”

⁶³ RODRIGUES, Luís Estevinha. *Internismo e externismo fundacionalistas: o que são?* Disponível em: https://criticanarede.com/epi_internismo.html; acesso em Janeiro de 2019.

⁶⁴ NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: UNESP, 2001; p. 11.

⁶⁵ NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: UNESP, 2001; p. 13.

⁶⁶ WEBER, Max. *O sentido da “neutralidade axiológica” nas Ciências Sociais e Econômicas*. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 02. 2ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 361-398. P. 392.

Todo esquema de crenças gerais que vai além do domínio da necessidade pragmáticas é igualmente injustificado”⁶⁷.

Revelada, portanto, a crise da tradicional noção de uma epistemologia acessível, universal e auto-evidente, agora transformada em uma espécie de convencionalismo de origens estritamente individuais, faz-se necessário consignar algumas considerações sobre as repercussões na interpretação da atividade jurídica decisória.

É que, ficando a cargo do julgador assumir, em mero ato volitivo, como justificadas as pretensões de verdade das asserções tomadas como fundamento do dispositivo decisório, tem-se que reconhecida a oportunidade ideal para a manifestação de todas suas subjetividades no exercício de julgar um caso. Mas não como ato premeditado que pretende fazer arbitrária a decisão, e sim como expressão da inevitabilidade do distanciamento da sua condição histórica.

“Como, enfim, construir uma boa racionalidade ao nível de uma epistemologia que tem como intenção fundamental buscar a justificação de enunciados?”⁶⁸. A tentativa de responder à questão se apresente mais à frente.

4.2.1 A historicidade do ser e o pluralismo

Antes, porém, de adentrar mais a fundo no problema anteriormente formulado, deve-se tecer algumas considerações específicas com relação ao reconhecido pluralismo identitário presente na sociedade humana, assim também como em consideração ao fator hermenêutico da historicidade, ambos como condições sociais que irão contribuir diretamente para a necessidade emergente de legitimação intersubjetiva das *pretensões de verdade* discursivas.

Como já apontando, a corrente desconstrutivista pós-moderna minou todo fundamento de autoridade instituído no período moderno. Dispersou, em toda a sociedade, a competência para veicular um discurso de verdade e, com isso, trouxe também à crise a própria verdade. As verticalidades da reflexão foram substituídas pelas horizontalidades hermenêuticas, e o discurso hermenêutico, enquanto diálogo,

⁶⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991; p. 423.

⁶⁸ STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987; p. 51.

não tem fim, assim como não tem começo; ele se espalha no espaço público de uma intersubjetividade já sempre dada⁶⁹.

Logo, se os fundamentos de um juízo pretensamente verdadeiro são escolhidos arbitrariamente, porque arbitrariamente são interrompidas as cadeias de justificação dos fundamentos da predita pretensão, aparecem agora discursos distintos, mas que gozam de um mesmo *status* de verdade. Tendo em vista que a ideia de *verdade* não coaduna com a *pluralidade*, enuncia-se aqui o aparecimento de uma outra crise, agora metodológica, referente às distintas pretensões de verdade pressupostamente válidas.

Aqui, há que se reconhecer, primeiro, a inevitabilidade do pluralismo social, e ainda a irremediável historicidade do ser, como condições inerentes ao próprio ser humano, e em cuja supressão não se pode buscar a superação do problema enunciado.

Lonnie D. Kliever é um autor que expõe uma visão já pós-moderna de pluralismo, alegando que o fenômeno compreende a existência de múltiplas estruturas de referência, cada qual com seu próprio esquema de compreensão e seus próprios critérios de racionalidade. “*Pluralismo é a coexistência de posições comparáveis e rivais que não se podem conciliar. Pluralismo é o reconhecimento de que diferentes pessoas e diferentes grupos vivem, literalmente, em mundos diferentes*”⁷⁰. É de se notar que a própria estrutura do conceito já atenta contra qualquer tipo de empreendimento unificador.

Num mundo pluralista, prossegue Kliever,

não há nenhum “sistema incontestado de definição da realidade”. Com o fracasso em termos práticos de todas as tentativas teóricas de negociar uma solução de acordo para a disputa, nós temos de admitir que “formas de vida são lógicas e psicologicamente autolegitimadoras”⁷¹.

Afirma-se, mais do que nunca, a necessidade de reconhecimento de visões de mundo completamente distintas e valores igualmente distintos, cuja comparação valorativa não nos é possível por meios objetivos.

⁶⁹ STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987; p. 35.

⁷⁰ KLIEVER, Lonnie D. *Apud*. BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; p. 178.

⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; p. 178.

Por mais que, na ciência social, sejam necessárias explicações ‘de principias’ sobre problemas práticos, isto é, a referência a juízos de valor que se introduzem de maneira não refletida, com referência ao conteúdo das ideias, e por mais que a nossa revista se proponha dedicar-se de maneira particular a tais explicações, certamente não poderá ser sua tarefa - e, de maneira geral, de nenhuma ciência empírica determinar um denominador comum prático para as nossas problemas na forma de ideias últimas e universalmente válidas; uma tal determinação não apenas seria praticamente impossível, como também não teria nenhum sentido. Por mais que fosse possível interpretar o fundamento e o modo de obrigatoriedade dos imperativos éticos, é certo que, a partir destes imperativos, enquanto normas para a ação dos indivíduos condicionadas concretamente, é impossível deduzir, de maneira unívoca, conteúdos culturais que sejam obrigatórios, e tanto menos quanto mais forem abrangentes os conteúdos em questão⁷².

Disso resulta, assegura Weber, “*que todo conhecimento da realidade cultural é sempre um conhecimento subordinado a pontos de vista especificamente particulares*”⁷³. A corrente de pensamento responsável pela exposição dessa condicionalidade do *saber* é a hermenêutica filosófica, da qual Hans-Georg Gadamer é um dos principais expoentes. Para o autor:

Ter senso histórico é superar de modo consequente a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes da nossa vida atual, adotando a perspectiva de nossas instituições, de nossos valores e verdades adquiridos. Ter senso histórico significa pensar expressamente o horizonte histórico coextensivo à vida que vivemos e seguimos vivendo⁷⁴.

Mais do que isso, a tomada de consciência mencionada por Gadamer não deve ser considerada tão somente em seu aspecto histórico-temporal, o qual é muito bem destacado pelo autor, mas também em seu aspecto espaço-cultural, já que, se as instituições, os valores e as verdades variam em uma mesma sociedade, a depender do momento histórico considerado, o mesmo pode ser dito em relação à variação espaço-cultural desta mesma sociedade.

Transportando seus ensinamentos para a prática jurídica da tomada de decisões, dever-se-ia reconhecer que, sendo uma autoridade monológica aquela responsável pela resolução dos conflitos sociais, e sendo esta autoridade representada por uma pessoa (ser histórico), sua atividade estaria necessariamente

⁷² WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 01. 4ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 107-154. p. 112.

⁷³ WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 01. 4ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 107-154. P. 131.

⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Problemas epistemológicos das ciências humanas*. In: *O problema da consciência histórica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006; p. 18.

tão condicionada quanto suas perspectivas. É o que apontam Jair Pereira Coitinho e Daniel Fioreze Saggin:

Realisticamente, não se pode conceber análises interpretativas que não levem em conta as concepções pessoais e valorativas do intérprete. Apesar de aparentemente indesejáveis sob o ponto de vista da captação do sentido de uma norma, as pré-concepções do intérprete entram inevitavelmente em choque com a verdade expressa nos dispositivos de um texto⁷⁵.

Gadamer ainda adverte que para que as partes em litígio, de seus respectivos pontos de vista, cheguem a um acordo sobre o fato de que suas posições antagônicas formam um todo compreensivo e coerente, é preciso que cada qual esteja plenamente consciente do caráter particular de suas perspectivas.

Seria absurdo [...] confinar-se na ingenuidade e nos limites tranquilizadores de uma tradição fechada sobre si mesma, no momento em que a consciência moderna encontra-se apta a compreender a possibilidade de uma múltipla relatividade de pontos de vista⁷⁶.

É por isso que Walter Claudius Rothenburg destacar a posição assumida por Konrad Hesse. Com relação à pretensão de verdade muitas vezes objetivamente atribuída às sentenças judiciais esse último acautela:

Por certo, decisão jurídica, exatamente também no Direito Constitucional, não se deixa racionalizar até o fim; porém isso pode somente significar que se trata da racionalidade *possível*, não, que metodologia refletida seria prescindível em geral. A 'exatidão' dos resultados, que são obtidos no procedimento exposto de concretização de normas constitucionais, não é, por causa disso, uma tal de uma demonstrabilidade exata como aquela das ciências naturais; esta, no âmbito da interpretação jurídica, pode permanecer nunca mais que uma ficção e ilusão dos juristas, atrás da qual se escondem, não-expressas e incontroláveis, as verdadeiras razões da decisão, ou, também, só decisão calada. Diante da pretensão de exatidão absoluta, que não se deixa demonstrar, e, muitas vezes, nem sequer manifesta a *ratio decidendi*, aparece, com uma exatidão relativa, que reconhece a limitação de sua pretensão, que, porém, nessa limitação pode ser tornada razoável, convincente e, pelo menos até certo grau, previsível, alguma coisa ganha, e, precisamente, não só uma parte de honradez jurídica, mas também certeza jurídica – limitada⁷⁷.

⁷⁵ OLIVEIRA, Tarsis Barreto. *O Processo Hermenêutico da Interpretação: Uma análise crítica das concepções de Karl Larenz e Hans Kelsen sobre a busca do sentido da norma jurídica*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 18, nº 36, 2015; p. 03.

⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Problemas epistemológicos das ciências humanas*. In: *O problema da consciência histórica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006; p. 18.

⁷⁷ HESSE, Konrad. *Apud*. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999; p. 65.

Ronald Dworkin, na mesma esteira de raciocínio, parece reconhecer a inexistência de um método objetivo capaz de identificar a única interpretação satisfatória. O autor assume que a questão de decidir, dentre os vários sentidos fundamentalmente diferentes que podem ser extraídos da intenção do falante ou do legislador, aquele que deverá ser considerado adequado é uma questão política⁷⁸.

Se minhas afirmações sobre o papel da política na interpretação jurídica são fundadas, devemos esperar descobrir opiniões claramente liberais, radicais ou conservadoras não apenas sobre o que a Constituição e as leis de nossa nação deveriam ser, mas também sobre o que são. E é isso exatamente o que encontramos. A interpretação da cláusula da igualdade de proteção da Constituição dos Estados Unidos oferece exemplos especialmente vívidos. Não pode haver nenhuma interpretação útil do que significa essa cláusula que seja independente de alguma teoria sobre o que é a igualdade política e até que ponto a igualdade é exigida pela justiça⁷⁹.

Aslادair MacIntyre chega a ser incisivo neste ponto, afirmando que “*todas as crenças e todos os juízos de valor são igualmente não-rationais; todos são instruções subjetivas dadas aos sentimentos e as emoções*”⁸⁰. Bom, outros autores vão dizer, como se poderá verificar mais à frente, que tais tipos de crença não se apresentam tão racionais assim. Mas a mensagem principal do escritor britânico, no sentido da subjetividade do acervo de crenças que se supõe verdadeiras, é que deve ser capitada.

Também em Habermas parece evidenciada a questão. Preditado escritor defende que a garantia dos instrumentos procedimentais propriamente adequados ao discurso público não consegue definir, por si só, como numa fórmula algorítmica, a atividade judicante, tendo em vista a insuperável indeterminação semântica da legislação a pôr⁸¹.

Por fim, a posição assumida com vigor por Kelsen na *Teoria Pura do Direito*:

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 240.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 246. Parafraseando um raciocínio de Aslادair MacIntyre, poder-se-ia dizer, no mesmo sentido, que “*toda concepção particular de fundamentação exige, em contrapartida, uma concepção particular de racionalidade*” (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991; p. 417).

⁸⁰ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001; p. 56.

⁸¹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 02. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 245.

De um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método [...] segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ [...] ⁸².

Todas essas enunciações apontam no sentido de reconhecer uma certa discricionariedade do juiz no tocante ao exercício do seu mister. Mas não como uma falha no sistema jurídico processual, que eventualmente permitiria margens a atuações dotadas de subjetivismo por parte do julgador. A questão aqui é própria ao ser humano, como se tem demonstrado, de tal modo que nenhuma metodologia processual haveria de superar.

Uma coisa, sem dúvida, é certa, em qualquer circunstância:

quanto mais “universal” for o problema em questão, isto é, quanto mais amplo for o seu significado cultural, quanto menos for possível dar uma resposta extraída do material do conhecimento empírico, tanto maior será o papel dos axiomas últimos e pessoais da fé e das ideias éticas. É simplesmente um ato ingênuo, mesmo que ele seja compartilhado por certos especialistas, acreditar que é necessário, para a ciência social prática, estabelecer, sobretudo, “um princípio”, demonstrado cientificamente como válido, a partir do qual, em seguida, podem ser deduzidas, de maneira unívoca, as normas para a solução de problemas práticos singulares ⁸³.

Não acreditar, porém, na possibilidade da única solução correta, adverte João Maurício Adeodato, não significa pregar o ativismo judicial. “*Tampouco se considera aqui que qualquer solução concretiza ‘adequadamente’ a norma constitucional. O problema*”, como perfeitamente salientado pelo autor, “*é determinar quando esta concretização é adequada, quando não, vez que a polissemia está sempre em qualquer linguagem*” ⁸⁴.

Um direito racionalmente universalizado pode muito bem resvalar para uma arrogância ética fundamentalista, a qual excluiria aqueles que não compreendam ou não aceitem suas opções. O “insuportável grau de injustiça” para uma cultura dominante, pretensamente civilizada e apoiada em indicadores econômicos e tecnológicos eficientes, além do conteúdo semântico muito variável (não quer dizer efetivamente nada), pode perfeitamente emergir do bem estar de certas sociedades à custa da miséria de outras. Dentro do pluralismo étnico e cultural que caracteriza a comunidade internacional, parece ingênuo pretender determinadas posturas

⁸² Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009; p. 391.

⁸³ Weber, Max. A “objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 01. 4ª Ed. Trad. de Augustin Wemmet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 112.

⁸⁴ Adeodato, João Maurício. *A retórica constitucional e o problema dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 20, nº 40, p. 136.

éticas como “corretas” e outras como “equivocadas”, pois há muitas dificuldades na definição genérica dessas opções “superiores”, isto é, acima dos procedimentos positivados⁸⁵.

Alguns vão pretender estabelecer meios para o reconhecimento de uma eventual hierarquia axiológica entre os próprios juízos práticos a se realizar. Para a análise desta possibilidade, tem-se agora de partir para a identificação de uma outra problemática, agora de cunho metodológico, que daqui decorre.

4.3 Crise metodológica da validade

Do reconhecimento de que a verdade dos pressupostos assumidos no raciocínio silogístico-argumentativo é convencional, e de que nenhuma crítica pode ser-lhes direcionada ao conteúdo, em razão mesmo da necessidade intrínseca ao raciocínio de assumir algumas proposições iniciais como dadas, tem-se a conclusão de cunho metodológico no sentido de que a única possibilidade crível para avaliação e crítica de uma argumentação deve se processar no aspecto meramente lógico-formal.

Enrico Tullio Liebman enfatiza a inutilidade da perquirição acerca dos elementos de cunho psicológico que possam influir no ato decisório, até mesmo porque inacessíveis a qualquer um que não o próprio sujeito. Para o autor, relevante é:

a coerência interna da sentença, ou seja, a compatibilidade entre a indicação que o juiz faz dos elementos racionais do processo que o convenceram e o resultado concreto disso, vale dizer, o dispositivo. [...] O que importa, somente

⁸⁵ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional e o problema dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 20, nº 40, p. 130. Alasdair MacIntyre, nesse sentido, apresenta críticas à postura tradicional de pesquisas “*Há [...] uma profunda incompatibilidade entre o ponto de vista de qualquer tradição racional de pesquisa e os modos dominantes do ensino, da discussão e do debate contemporâneos, acadêmicos ou não. [...] Onde o ponto de vista de uma tradição implica o reconhecimento de que o debate fundamental se dá entre compreensões contrárias e conflitantes da racionalidade, o ponto de vista dos foros da cultura liberal moderna pressupõe a ficção de padrões universais de racionalidade, mesmo que impossíveis de serem formulados. Onde o ponto de vista de uma tradição não pode ser apresentado, a não ser de um modo que leve em consideração a história e a particularidade histórica, tanto das próprias tradições como dos indivíduos que estabelecem diálogos com ela, o ponto de vista dos foros da cultura liberal moderna pressupõe a irrelevância da história de um indivíduo para a sua posição enquanto participante de um debate*” (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991; p. 428/429).

é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicos e coerentes⁸⁶.

É a mesma posição defendida por Stephen Toulmin. Para o escritor, “*sempre que um homem faz uma alegação de conhecimento*”, e acrescento que vale para qualquer alegação,

ele se expõe ao desafio de ter de provar sua alegação, de justificá-la. Nesse aspecto, uma alegação de conhecimento funciona simplesmente como uma asserção que contém ênfase especial e é expressa com autoridade especial. Para responder a esse desafio, ele tem de apresentar quaisquer razões ou argumentos que considere suficientes para estabelecer a justeza de sua alegação. Isto feito, nós podemos dedicar-nos a criticar seu argumento, usando quaisquer categorias da lógica aplicada que sejam necessárias, dada a natureza específica da situação. Os encadeamentos de questionamento e crítica ao qual somos levados não têm de ter em torno de si nada nem de psicológico nem de sociológico em torno deles. A questão agora não será se as pessoas em geral pensam dessa maneira, ou o que em sua infância e educação resulta no fato de pensarem assim; a questão agora será unicamente se esse argumento específico está à altura do padrão, se merece nossa aceitação respeitosa ou nossa rejeição raciocinada⁸⁷.

Mas até que ponto, pode-se perguntar, é possível uma tal avaliação exclusivamente formal da argumentação, sem deixar que a ideologia própria do intérprete influencie nesse juízo? É uma crítica presente nos comentários de Paulo Alexandre Dias Gameiro.

Quando observamos um conflito inter-pessoal em que a emoção se sobrepõe à razão, quantas vezes a aceitação de uma crítica vinda do opositor não coincide com o concordar com ela? Ou quando há subordinação política ou profissional, nomeadamente dum colaborador perante a opinião do seu empregador, e esse finge concordar e age em conformidade quando na verdade está em total desacordo?⁸⁸

Acredita-se que seria sobejadamente otimista esperar dos sujeitos do discurso não só a competência para uma avaliação exclusivamente formalista da fundamentação, tal como se pretende, mas ainda a motivação suficiente nesse sentido. Isso porque o

⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud*. ZUFELATO, Camilo. *Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir*. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010; p. 479-499. P. 486/487.

⁸⁷ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 309.

⁸⁸ GAMEIRO, Paulo Alexandre Dias. *A improbabilidade de comunicar*. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Biblioteca Online de Ciências da Comunicação; p. 18.

exercício do julgamento racional é em si atividade que se pratica em contexto particular e é essencialmente dependente dele; os argumentos que encontramos são expostos num tempo dado e numa situação dada e, quando passamos a avaliá-los, eles têm de ser julgados em contraste com esse pano de fundo. Desse modo, a crítica prática dos argumentos, como da moral, não está em posição de adotar a postura olímpica do matemático⁸⁹.

Essa questão, em especial, será evidenciada mais à frente em momento oportuno.

Por ora é preciso registrar que nem mesmo uma avaliação lógico-formal, que a princípio não suscitaria maiores problemáticas metodológicas, consegue se esquivar da necessidade de confirmar intersubjetivamente sua pretensão de validade, já que, assim como tudo aquilo que é mediado pela linguagem, tais juízos de coerência não podem ser compreendidos como auto-evidentes. A confirmação dessa pretensão de validade exige, no entanto, a prolação de um juízo de valor.

Tem-se aqui, como o leitor já deve ter percebido, o aparecimento de uma outra cadeia que parece conduzir a um novo espiral infinito, cujo termo final se mostra tão pouco alcançável quanto aquele anteriormente discutido.

Explicitando detalhadamente o problema, pode-se dizer que, uma vez apresentadas razões para justificar a pretensão de verdade de uma crença, a questão agora passa a depender das habilidades dos sujeitos na avaliação da coerência, e tão somente da coerência, dos argumentos disponibilizados. Assim, a confirmação daquela *pretensão de verdade* suscitada com o oferecimento de razões passa a depender, por via reflexa, da confirmação de uma *pretensão de validade* levantada com prolação do juízo de coerência em relação à justificabilidade formal daquela primeira pretensão de verdade.

E a confirmação dessa *pretensão de validade* levantada com a prolação desse juízo de coerência na avaliação daquela primeira cadeia argumentativa suscita, por sua vez, já que também não auto-evidente, exige a emissão de um juízo de valor, referente à uma avaliação daquela primeira avaliação. Este juízo de valor, da mesma forma, se apresenta com uma *pretensão de validade*, cuja confirmação está sujeita a outro juízo de valor, e assim por diante⁹⁰.

⁸⁹ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 260.

⁹⁰ A fundamentação ou a própria racionalidade de uma argumentação não é auto evidente porque a linguagem não consegue expressar tal condição. Deve ser demonstrada, que seja por mais fundamentação e por mais

A cadeia *ad infinitum* da busca pela legitimação discursiva fora aqui resgatada, mas sob um outro aspecto que merece maior atenção. Trata-se, com efeito, não mais de um **regresso** na busca dos fundamentos últimos da *condição de verdade* de uma proposição, mas da **projeção** sucessiva da confirmação suficiente da *condição de validade* do próprio juízo valorativo referente ao juízo de coerência destinado a avaliar a justificabilidade formal das verdades assumidas em um discurso.

É uma dificuldade já notada com distinta precisão por Arnold Brecht, ainda em 1947, quando o pesquisador questiona a possibilidade mesmo de uma prova intersubjetiva com relação à superioridade ou inferioridade de propósitos ou valores⁹¹.

Modern science and modern scientific methods, with all their splendor of achievement, have led to an ethical vacuum, a religious vacuum, and a philosophical vacuum – so it has been said. For they have offered little or nothing to distinguish good and evil, right and wrong, justice and injustice. All social sciences are involved in this calamity [...]⁹².

John Dewey, em 1938, também vislumbrava o obstáculo: *“Approach to human problems in terms of moral blame and moral approbation, of wickedness or righteousness, is probably the greatest single obstacle now existing to development of competent methods in the field of social subject-matter”*⁹³. Max Weber, mais recentemente considera que *“emitir um juízo sobre a validade de tais valores é assunto da fé, e talvez também seja tarefa de uma consideração e interpretação especulativa da vida e do mundo, no tocante ao seu sentido, mas, certamente, não é tarefa de uma ciência empírica [...]”*⁹⁴. Ainda a afirmação de Albert Einstein no sentido de que *“if someone*

racionalidade, intersubjetivamente. E essa demonstração, da mesma forma, exigirá fundamentação e racionalidade, e assim por diante. E essa cadeia segue até que, em última instância, seja exigida um veredicto final (oferecido por uma autoridade competente) a esse respeito.

⁹¹ BRECHT, Arnold. *Beyond relativism in Political Theory*. American Political Science Review, vol. 41, nº. 03; 1947, p. 472. Tradução do autor: *“É possível uma prova intersubjetiva com relação à superioridade ou inferioridade de propósitos ou valores em assuntos políticos?”*.

⁹² BRECHT, Arnold. *Beyond relativism in Political Theory*. American Political Science Review, vol. 41, nº. 03; 1947, p. 470. Tradução do autor: *“A ciência moderna e os métodos científicos modernos, com todo o seu esplendor de realizações, levaram à um vácuo ético, à um vácuo religioso e à um vácuo filosófico - assim se têm dito. Pois eles pouco ou nada ofereceram para distinguir bem e mal, certo e errado, justiça e injustiça. Todas as ciências sociais estão envolvidas nessa calamidade”*.

⁹³ DEWEY, John. *Logic: The theory of inquiry*. New York, 1938, p. 495. Tradução do autor: *“Abordar os problemas humanos em termos de censura ou aprovação moral, de iniquidade ou equidade, é provavelmente o maior obstáculo que atualmente existe para o desenvolvimento de métodos competentes, no domínio das matérias sociais”*.

⁹⁴ WEBER, Max. *A “objetividade” do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política*. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 01. 4ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 107-154. p. 111.

approves, as a goal, the extirpation of the human race from the earth, one cannot refute such a viewpoint on rational grounds”⁹⁵.

Vê-se, portanto, que justamente quando se imaginava possível o contorno das tendências céticas surgidas já com relação à possibilidade de justificação das pretensões de verdade das crenças, o aparecimento de uma nova situação parece retomar, e com muito mais força do que antes, uma postura cética. O diferencial é que não se trata mais de um ceticismo tão somente epistemológico, mas, direcionando-se à possibilidade de validação dos juízos valor, assume aqui uma perspectiva também metodológica.

Para Jair Pereira Coitinho, colocar em questão a racionalidade, nas ciências do espírito, implica, necessariamente *“na busca da consistência interna de seus discursos e, ao mesmo tempo, reconhecer que inexiste, para tal, um meta-domínio ou um lugar privilegiado para sua realização”⁹⁶.*

Expressando um conformismo diante da inevitabilidade das conclusões acima expostas, o autor sustenta que se o fardo carregado pela sociedade pós-moderna tem algum peso hoje, é de saber que tudo o que produzimos é tão provisório quanto finito, e até mesmo na ciência está nossa finitude, já que devemos reconhecer nela a pluralidade – cultural - de argumentos possíveis⁹⁷.

As consequências do que até aqui foi dito para a interpretação da atividade jurisdicional são significativas.

⁹⁵ EINSTEIN, Albert. *Freedom and Science*. In: ANSHEN, Ruth Nanda. *Freedom: Its meaning*. New York, 1940, p. 382. Tradução do autor: *“Se alguém aprovar, como finalidade, a supressão da raça humana da Terra, não seria possível refutar tal ponto de vista em bases racionais”*.

⁹⁶ COITINHO, Jair Pereira; SAGGIN, Daniel Fioreze. *Fundamentação de valores no Direito: A necessidade de uma mudança de perspectiva metodológica para a efetividade dos Direitos Fundamentais no Discurso Jurídico*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 17, nº 34, 2014; p. 01.

⁹⁷ COITINHO, Jair Pereira; SAGGIN, Daniel Fioreze. *Fundamentação de valores no Direito: A necessidade de uma mudança de perspectiva metodológica para a efetividade dos Direitos Fundamentais no Discurso Jurídico*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 17, nº 34, 2014; p. 02.

5 TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DAS CRISES

Muito embora os precitados problemas não sejam identificados sempre de maneira ideal, já que muitas são as linhas de pesquisa que tangenciam a questão, mas, vale dizer, na maioria das vezes sob perspectivas limitadas, ainda assim é possível encontrar na contemporaneidade alguns pensadores que se debruçaram sob a tentativa de apresentar-lhes soluções.

Jurgen Habermas, por exemplo, é um escritor, se não o, que melhor vem expondo a problemática. *Verdade e Justificação* sua obra principal nesse sentido. Era de se esperar, portanto, que daí surgisse uma proposta de superação da condição em que se encontra o pensamento metafísico. Se bem sucedida, isso será avaliado na ocasião oportunda.

5.1 Teoria da Ação Comunicativa de Jurgen Habermas

Habermas ganhou destaque na comunidade do pensamento jus-filosófico com a tentativa de superar as crises alhures apontadas no tocante à dificuldade de se decidir pelos fundamentos últimos da validade de um discurso que se pretende verdadeiro.

Tem-se como contexto de desenvolvimento do pensamento do autor alemão aquilo que se poderia chamar de retroversão da crise na legitimidade dos *discursos da verdade*, provocada pela desconstrução desmoderada de todo e qualquer fundamento de autoridade pós-moderna. “*Concordo*”, afirma Habermas, “*que qualquer potencial de liberdades comunicativas, imprescindíveis em todo Estado democrático de direito, disposto a garantir efetivamente liberdades subjetivas iguais, traz em seu bojo certos germes anárquicos*”⁹⁸. E diz isso justamente porque, quanto mais democrático o ambiente do discurso em uma sociedade, mais afastada esta mesma sociedade de encontrar a possibilidade de definição de quaisquer juízos com pretensões universalizantes.

Registra um comentador que “*não mais a postura teórica e a reflexão representam as condições para decidir sobre a verdade e o erro. O pensamento não*

⁹⁸ HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 11.

*mais será universalmente aceito pela sua validade objetiva*⁹⁹. É porque, como já prenotado em seções anteriores e bem asseverado por Francis Wolff, o nascimento da razão foi ao mesmo tempo, e necessariamente, sua crise¹⁰⁰.

Habermas sugere, a partir dessa situação, a possibilidade de uma fundamentação intersubjetiva de juízos práticos, orientada pela razão comunicativa dos sujeitos que cooperam entre si na busca pelo entendimento. O autor propõe a criação de uma Ética do Discurso, de acordo com a qual *“uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, à um acordo quanto à validade dessa norma”*¹⁰¹. Sua teoria gira em torno do *agir comunicativo*, de uma suposta disposição dos sujeitos para a busca do entendimento, em contraposição à já reconhecida racionalidade estratégico-instrumental do homem econômico.

Chamo comunicativas as interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo [...], a algo no mundo social comum [...] ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado)¹⁰².

Nas palavras de Luiz Moreira, lembradas por Jair Pereira Coitinho e Daniel Fioreze Saggin, *“o agir comunicativo vem a ser a disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes a estabelecer um entendimento que surge de um consenso sobre*

⁹⁹ STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987; p. 35.

¹⁰⁰ WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In: *A crise da razão*. Organização de Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 1996; p. 69. A lição do autor merece ser reproduzida: *“Assim que interrogamos a constituição de modos de conhecimento ou a gênese de práticas discursivas, podemos certamente falar de ‘nascimento da razão’, mas com a condição de ver na razão apenas o caráter do que é pensado ou realizado racionalmente. O substantivo razão é substituído pelo adjetivo ou pelo advérbio. Sendo assim, temos condições de perceber que não foi a razão que veio substituir de maneira inteiramente uniforme o mito, mas racionalidades diversas e conflituais. Tão logo se admite que os modos de pensamento não flutuam no céu das ideias mas estão encarnados em instituições sociais, determinados por práticas políticas e solidários de técnicas discursivas, então pode ficar claro que o pensamento racional se desenvolveu desde o início de modos antiéticos. Jamais houve uma nova ordem do saber – racional – substituindo a ordem antiga – mítica. O que ocorreu foi inclusive o contrário: a ordem antiga foi substituída por diversos sistemas igualmente racionais, mas rivais e antagonistas – e é talvez nisso que eles eram racionais! Dito de outro modo, o nascimento da razão foi ao mesmo tempo, e necessariamente, sua crise. O que nos obriga a romper com a ideia, ela própria mítica, de uma razão unificadora”*.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989; p. 61-141; p. 86.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989; p. 61-141; p. 79.

*algo no mundo*¹⁰³. É quando os participantes do diálogo suspendem o enfoque objetivador de um agente interessado no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, de forma que as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação¹⁰⁴.

A noção de ética do discurso presente na teoria da ação comunicativa habermasiana pressupõe um espaço de comunicação em que os participantes possam interagir sempre em igualdade de condições, um ambiente não coercitivo, em que a única autoridade reinante seria a do consenso racional em torno melhor argumento.

Na perspectiva trabalhada por Habermas, o discurso racional, no sentido pós-metafísico, consiste em todo processo de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, levantadas em processos comunicativos entre sujeitos interagindo. Afirmações, ordens, pedidos e valorizações estéticas são entendidos como pretensões de validade resgatáveis argumentativamente. Se as ações de linguagem se definem por pretensões de validade, então nos contextos sociais fica aberto o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos, delimitando uma esfera pública constituída através de obrigações ilocucionárias. Quer dizer, ao fazer uma afirmação espera-se de um locutor racional a capacidade de fornecer argumentos em favor da sustentabilidade do conteúdo afirmado. À emissão de uma ordem pressupõe-se a resgatabilidade de sua validade mediante argumentos¹⁰⁵.

A racionalidade pretendida num tal processo comunicativo reside numa crença fatalista na disposição dos sujeitos do discurso para resgatar argumentativamente as pretensões de validade levantadas em todo e qualquer discurso apresentado. Sujeito ao escrutínio da comunidade do discurso, um juízo prático deve ser considerado *verdadeiro* quando confirmada sua pretensão de validade pelo reconhecimento universal, pelos sujeitos da comunidade, do melhor argumento fundamentante¹⁰⁶. A verdade será, assegura Stein, produto de um consenso. O que importa é testar a capacidade de verdade de uma proposição, pois quem vai decidir será a “comunidade

¹⁰³ COITINHO, Jair Pereira; SAGGIN, Daniel Fioreze. *Fundamentação de valores no Direito: A necessidade de uma mudança de perspectiva metodológica para a efetividade dos Direitos Fundamentais no Discurso Jurídico*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 17, nº 34, 2014; p. 21.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 36.

¹⁰⁵ SILVA FILHO, Alberico Alves da. *A racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; p. 194.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 32.

do diálogo”. Capaz de verdade, será aquilo que parecer possível para a maioria¹⁰⁷.

A pretensão segundo a qual uma norma é do interesse simétrico de todos tem o sentido de uma aceitabilidade racional – todos os possíveis envolvidos deveriam poder dar a ela o seu assentimento, apoiados em boas razões. E isso só pode evidenciar-se sob as condições pragmáticas de discursos nos quais prevalece apenas a coerção do melhor argumento¹⁰⁸.

A necessidade de formação de um consenso em torno do que seria o melhor argumento é, portanto, condição base da construção da Teoria da Ação Comunicativa.

Um problema surge, no entanto, do fato de o autor vincular a compreensão de duas ideias essenciais no seu pensamento, quais sejam, o *consenso* e a *aceitabilidade racional*. Consequência disso é o fato de desconsiderar toda e qualquer possibilidade, primeiro, de um consenso se formar por aceitabilidades orientadas não pela racionalidade (comunicativa) dos sujeitos, mas sobretudo pelos interesses econômicos (razão estratégica), o que subverteria toda a legitimidade dos resultados pretendidos; e, segundo – podendo esta situação derivar até mesmo daquela primeira – da própria impossibilidade de formação de um consenso.

É que um *agir comunicativo*, uma vez que voltado para o entendimento, ou seja, para um lugar definido (ou definível), apresenta tendências unificadoras da realidade intersubjetiva. Ao contrário de um *agir estratégico* que, por se definir na busca dos interesses pessoais, e estes variando sob os mais diversos aspectos, tende a definições desassociativas. Quanto à definição destes termos, nada pode ser objetado contra o pensamento do autor.

Evidencia-se a problemática quando Habermas passa a entender a condição humana como naturalmente inclinada para o agir comunicativo¹⁰⁹, afirmando que “o aspecto irredutivelmente comunicativo não é um fator cognitivo mas volitivo. É o respeito moralmente obrigatório pela autonomia da vontade de todos os concernidos que torna necessária a exigência de um acordo”¹¹⁰, enquanto, no entanto, nenhuma garantia pode ser apresentada nesse sentido.

Como bem certificado pelo filósofo Michael Huemer:

¹⁰⁷ STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987; p. 35.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 137.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 37.

¹¹⁰ HABERMAS, Jurgen. *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989; p. 61-141; p. 93.

There may be some people for whom *being epistemically rational* is itself a sufficiently great value to outweigh any other preferences they may have with regard to their beliefs. Such people would continue to be epistemically rational, even about political issues. But there is no reason to expect that everyone would have this sort of preference structure¹¹¹.

Aparente ingenuidade na proposta de Habermas é também identificada e criticada por João Maurício Adeodato, para quem a teoria do discurso tem caráter essencialmente idealista:

[...] embora essa tendência reconheça que o trabalho do juiz não se limita a aplicar literalmente regras positivadas, toma como evidente o postulado altamente problemático de que existe uma competência comunicativa supostamente própria de todo ser humano, vale dizer, uma disponibilidade para o entendimento e uma capacidade de aprendizado por demais otimista quanto à viabilidade de critérios de justiça e verdade e quanto à ideia de que o estabelecimento de regras gerais garantiria a decisão adequada¹¹².

Nisso parece consistir, sobretudo, aquele otimismo já assumido pelo pensador alemão ainda no início da sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, quando afirma que “*todo pesquisador na área das ciências sociais que não deseja apostar tudo em algo contra-intuitivo, não será atraído por tal solução*”¹¹³. Apesar de premeditada a situação em que se colocou, Habermas parece ter, ainda assim, subestimado as dificuldades que seriam alcançadas pela sua teoria.

É que ao efetuar a distinção entre os tipos de racionalidade, *comunicativa* e *estratégica*, considerar as repercussões distintas em ambos os casos, e teorizar em cima dessa mesma distinção, o autor gera para si o ônus de apresentar à comunidade acadêmica, concomitantemente a tudo isto, um método capaz de distinção prática entre as tipologias da razão.

É porque parece até impossível verificar-se pragmaticamente qual racionalidade, comunicativa ou estratégica, orienta um determinado sujeito na definição de suas ações, justamente porque a *motivação* da ação, seja o

¹¹¹ HUEMER, Michael. *Why People Are Irrational about Politics*. Tradução do autor: “Pode haver algumas pessoas para quem ser epistemicamente racional é um valor suficientemente estimado para compensar quaisquer outras preferências que possam ter em relação a suas crenças. Essas pessoas continuariam epistemicamente racionais, mesmo sobre questões políticas. Mas não há razão para esperar que todos tenham esse tipo de estrutura de preferências”.

¹¹² ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional e o problema dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 20, nº 40, p. 131.

¹¹³ HABERMAS, Jorgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 19.

entendimento seja o interesse pessoal, é inacessível cientificamente e indemonstrável discursivamente. A distinção entre *razão comunicativa* e *razão estratégica* existe somente no campo do debate teórico, e continuará sendo assim enquanto não se puder vislumbrar a possibilidade de elaboração de um método suficientemente capaz de tornar públicas as intenções comunicativas dos sujeitos¹¹⁴.

Assim, reconhecida a impossibilidade de verificação prática do uso da razão comunicativa por parte dos integrantes da comunidade do discurso – o que só poderia ocorrer no plano hipotético, já que a consciência do indivíduo é inacessível diretamente a tudo que lhe é externo – poder-se-ia dizer, tão somente, nesse sentido, que já teria se tornado ingênuo o otimismo de Habermas na tentativa de teorizar uma a legitimação dos discursos jurídicos em cima de bases tão especulativas.

Porém, se se ignora a dificuldade criada pela própria teoria na distinção prática entre conceitos que lhe são chaves compreensivas, pode-se entender que, por outro lado, os pressupostos ideais da teoria discursiva de Habermas se mostram adequados à interpretação da teoria do processo¹¹⁵.

Se a Ética do Discurso se define, em resumo, pela constituição de um ambiente ideal de fala na qual as pretensões de verdade devem sustentar-se argumentativamente, e se os argumentos apresentados nesse debate não têm força legitimadora auto-evidente, mas devem ser ponderados, vê-se aqui algo muito semelhante à corrente do processualismo constitucional democrático, cujo delineamento se faz mais adiante.

O que acontece, em resumo, é que o próprio Habermas parece reconhecer, na esteira das críticas de Jean-François Lyotard, que o princípio do consenso como critério de validação dos juízos práticos também parece insuficiente¹¹⁶. Assume, embora não diretamente, a necessidade mesmo de adoção daquilo que Niklas Luhmann chama de *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, justamente como aquele fator motivacional a mais para que as ações dos indivíduos se tornem mais integrativas:

O alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração

¹¹⁴ Esse ponto, sobretudo, parece não ter sido explorado pelo pensador alemão.

¹¹⁵ SILVA FILHO, Alberico Alves da. *A racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; p. 271.

¹¹⁶ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 111.

social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual¹¹⁷.

Sem esse pano de fundo, sem esse *algo a mais* do qual Luhmann falará a seguir, qualquer tentativa de postular uma predisposição humana para buscar a integração social está fadada ao insucesso. Como o próprio autor da *Ética do Discurso* reconhece em uma passagem de suas obras, “*o uso público da razão nem sempre leva ao almejado acordo racionalmente motivado, seja em questões teóricas, seja, principalmente, em questões práticas*”¹¹⁸.

5.2 As dificuldades enfrentadas por uma crença na possibilidade de consenso

Algumas teorias são indemonstráveis empiricamente. No entanto, elas são aceitas no campo social, e o são por um único motivo: conseguem convencer as pessoas da necessidade de adotá-las. Haveria, contudo, uma necessidade de identificar-se as causas “legítimas” desse convencimento, ou se bastaria como tal? O que seria um convencimento “racional”? Poderia o sujeito se convencer porque uma dada teoria lhe beneficia pessoalmente mais do que à outras pessoas? Poderia o sujeito se convencer porque não dispõe de tempo útil à reflexão, se contentando com o mérito da teoria sem, contudo, compreendê-lo? Ou deveria ser esse convencimento orientado unicamente pela boa disposição em *buscar a verdade*? Habermas aponta indiscutivelmente para esta última opção, pretendendo que esse convencimento se faça por orientações comunicativas dos sujeitos voltados para a busca de um entendimento mútuo.

Jacques Rancière reconhece que apenas a convenção pode reinar na ordem social, mas questiona:

[...] seria a convenção necessariamente desarrazoada? Observamos que [...] cada uma das vontades individuais que compõem o gênero humano seja razoável. Nesse caso, tudo se passaria como se o gênero humano fosse, ele próprio, razoável. As vontades se harmonizariam e as assembléias humanas seguiriam uma linha reta, sem solavancos, sem desvios, sem aberrações. Como conciliar, porém, uma tal uniformidade com a liberdade de vontades

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 40.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; p. 87.

individuais que podem, cada uma, quando melhor lhe apraz, usar ou não a razão? "O momento da razão para um corpúsculo não é o mesmo para os átomos vizinhos. Sempre há, em cada instante, razão, irreflexão, paixão, calma, atenção, vigília, sono, repouso, caminhada, em todos os sentidos; *logo*, em um dado instante, uma corporação, uma nação, uma espécie, um gênero estão, ao mesmo tempo, na razão e na desrazão, e o resultado não depende em nada da vontade dessa massa. *Logo*, é precisamente porque cada homem é livre que uma reunião de homens não o é"¹¹⁹.

Partindo desse ponto, portanto, buscar-se-á apresentar as dificuldades que se apresentam à tentativa de acesso às supostas motivações de um convencimento, além mesmo de constatar a improbabilidade de formação de um consenso discursivo em torno de questões práticas, já que um tal consenso é de ordem mítica¹²⁰.

Uma primeira consideração geral que se pode fazer a respeito de um pretenso *convencimento racional* já põe em cheque a própria cooperatividade argumentativa. É que:

[...] quem diz 'persuasão' diz necessariamente constituição de um campo conflitual no qual entram em cena processos de identificação, projeção, retórica de interesses, investimento libidinal, constituição de critérios de autoridade etc. O campo da persuasão é antes o da guerra que o do entendimento comunicacional¹²¹.

É também a posição de Michele Taruffo:

El proceso es un espacio de conflictos, de competición y de confrontación entre posiciones diferentes, y por tanto también entre narraciones diferentes de hechos jurídica y lógicamente relevantes en cada una de las situaciones controvertidas; no es un espacio de cooperación entre diferentes sujetos para la elaboración de una única narración acerca de cuyo contenido y veridicidad todos podamos estar de acuerdo¹²².

[...] no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad: en realidad, practican un tipo muy diferente de juego de sumatoria cero con el objeto de

¹¹⁹ RANCIERE, Jacques. *O mestre ignorante: cinco lições sobre a emancipação intelectual*. Trad. de Lilian do Valle. Belo Horizonte: AUTÊNTICA, 2002; p. 86/87.

¹²⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: REVAN, 1999; p. 102.

¹²¹ SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abgrund*. Revista O que nos faz pensar? Vol. 16, nº 22, 2007; p. 13. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnfp/article/view/232>; acesso em abril de 2019.

¹²² TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad*. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; nº 11, 2002; p. 109. Tradução do autor: "O processo é um espaço de conflito, concorrência e confronto entre posições diferentes, e também por narrativas diferentes de habilidades jurídicas e logicamente relevantes em cada uma das situações controvertidas; não existe um espaço de cooperação entre sujeitos diferentes para a elaboração de uma narrativa única a respeito de cujo conteúdo a verdade todos possamos estar de acordo".

ganar su caso a cualquier costo, y desde luego – si es necesario – al costo de la verdad¹²³.

Daí porque as recentes tendências no estudo da teoria comunicativa em se valer dos pressupostos presentes na ótica da Teoria dos Jogos. Em prefácio ao livro de Morton D. Davis, Oskar Morgenstern escreve sobre aludida teoria frisando que:

seus efeitos sobre as ciências sociais já começaram a manifestar-se ao longo de um largo espectro. Suas aplicações se vêm tornando cada vez mais numerosas e dizendo respeito a questões altamente significativas enfrentadas pelos cientistas sociais, mercê do fato de que a estrutura matemática da teoria difere profundamente de anteriores tentativas de propiciar fundamento matemático aos fenômenos sociais. Primeiros esforços em tal sentido foram feitos com base nas ciências físicas e se inspiraram no impressionante êxito por elas alcançado ao longo dos séculos. Ocorre, porém, que os fenômenos sociais são diferentes: os homens algumas vezes lutam uns contra os outros e algumas vezes cooperam entre si; dispõem de diferentes graus de informação acerca do próximo, e suas aspirações os conduzem ao conflito ou à colaboração. A natureza inanimada não exhibe qualquer desses traços. Átomos, moléculas, estrelas podem aglomerar-se, colidir, explodir, mas nunca se hostilizam, nem colaboram uns com os outros. Consequentemente, era de duvidar que os métodos e conceitos desenvolvidos pelas ciências físicas pudessem lograr êxito quando aplicados a problemas sociais¹²⁴.

Por isso se poder dizer que a efetividade da função extrajudicial do dever de fundamentação das decisões, qual seja, o de convencimento social da correção do juízo decisório, depende da condição contrafactual de que os sujeitos sejam intelectualmente descompromissados. Somente a partir de um ponto de partida de tal forma ideal seria possível a promoção de práticas permeadas por um agir comunicativo.

Caso contrário, se não se pode garantir a disponibilidade dos sujeitos para a busca do entendimento comum, torna-se vã qualquer tentativa de argumentação prática. Com aqueles cujo interesse não se deixa afastar na avaliação da racionalidade de um juízo, ou seja, aqueles que se orientam decisivamente pelo agir estratégico, não se poderia chegar sequer a um termo sobre o que seriam métodos racionais de convencimento.

¹²³ TARUFFO, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Revista Derecho, Valdivia, Vol. 15, p. 205-213, 2003. Tradução do autor: “[...] não se pode esperar que as partes exerçam um papel cooperativo dirigido à descoberta desinteressada e objetiva da verdade: na realidade, praticam um tipo muito diferente de jogo de somatória zero com o objeto de ganhar o caso a qualquer custo e – se for necessário logo – ao custo da verdade”.

¹²⁴ DAVIS, Morton D. *Teoria dos jogos: uma introdução não-técnica*. Trad. de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1973; p. 11.

É como preleciona Desidério Murcho em artigo escrito para um repositório virtual:

A discussão de argumentos é uma tarefa elementar de descoberta das coisas, o que implica a abertura para abandonar as nossas perspectivas quando os argumentos que as sustentam se revelam deficientes. Assim, a mera manifestação de perspectivas diferentes não é enriquecedora, como por vezes se pensa, se ao mesmo tempo não discutirmos intensa e cuidadosamente os argumentos a seu favor. A mera manifestação de perspectivas é tão insuficiente para a descoberta das coisas como comprar um piano o é para aprender a tocar piano: tanto num caso como no outro há algo que falta fazer, ora com as perspectivas ora com o piano. Do mesmo modo que a mera contemplação do piano na sala não nos ajuda a tocar piano melhor, também a mera contemplação de perspectivas opostas não nos permite dar um só passo em direção às perspectivas mais provavelmente verdadeiras¹²⁵.

Apesar de tudo que foi até aqui dito, compete ressaltar que a classe dos indivíduos intelectualmente descompromissados e cujo agir comunicativo se orienta pelo entendimento se configura genuinamente especulativa, identificada tão somente à título hipotético. Isso porque não é possível o acesso à consciência íntima do indivíduo de forma a possibilitar a análise de sua intencionalidade de ação.

Seria razoável, portanto, a manutenção da crença de que tais sujeitos existam, de forma a sustentar toda uma tentativa de teorização da legitimidade do discurso prático em torno da sua figura? Parece que não.

Além disso, pode ser que:

“verdade” e “falsidade” não sejam os critérios adequados para a avaliação do que tem a força de produzir nosso assentimento. Talvez existam determinações de valor que digam respeito não à descrição de estados de coisas, mas a modos de estruturação de formas de vida. O que nos persuade não é exatamente a verdade de uma proposição, mas a correção de uma forma de vida que ganha corpo quando ajo a partir de certos critérios e admito o valor de certos modos de conduta e julgamento. Nesse sentido, o critério do que me persuade está ligado a um julgamento valorativo a respeito de formas de vida que têm peso normativo¹²⁶.

É como se busca evidenciar com as explicações propostas a seguir.

¹²⁵ MURCHO, Desidério. *Pseudo-Argumentos*. 2011.

¹²⁶ SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abgrund*. Revista O que nos faz pensar? Vol. 16, nº 22, 2007; p. 14.

5.2.1 Teoria da Improbabilidade da Comunicação de Niklas Luhmann

Como uma teoria que fornece elementos interessantes na compreensão da possibilidade de um consenso comunicativo, a Teoria da Improbabilidade da Comunicação aponta mesmo para a improbabilidade de que este consenso exista.

Aqui tem-se uma proposta de abordagem da comunicação não como um fenômeno, mas antes como um problema. É considerada um problema no sentido da improbabilidade de que aconteça, prossegue o autor, apesar de diariamente a experimentarmos e a praticarmos e de não podermos viver sem ela¹²⁷.

São três, na verdade, os fatores identificados por Luhmann para dizer na improbabilidade de que a comunicação aconteça. Em primeiro lugar considera o individualismo das consciências dos participantes do processo comunicativo. Se o sentido de uma assertiva só pode ser determinado pelo seu contexto, e para cada um o contexto é, basicamente, o que a sua memória lhe faculta, é improvável que alguém compreenda exatamente a informação que outro pretende transmitir¹²⁸.

Se nos detivermos a pensar que cada organismo existe para si mesmo, que não pode sair de si para unir-se a outros (não tenho em conta o problema singular de sexualidade) e que só os autênticos sistemas de consciência (os sistemas psíquicos) estão perfeitamente fechados em si próprios, a comunicação converte-se num fato extremamente inverossímil. Com efeito, como pode chegar a ter êxito a aproximação de um indivíduo a outro quando cada um tem o seu próprio repertório de comportamento e cada um é absolutamente opaco par o outro?¹²⁹.

A segunda improbabilidade, de acordo com o pensamento do autor, é a de aceder aos receptores. É uma improbabilidade surgida, pode-se dizer, com a invenção da escrita, quando os discursos perderam seu caráter de imediatidade para buscar o acesso de pessoas que não se faziam presentes no momento de sua elaboração. O problema assenta na extensão espacial e temporal¹³⁰.

A terceira improbabilidade e, para os fins deste trabalho, a mais relevante delas, consiste na capacidade de uma informação, cuja comunicação é pretendida, ser aceite. Luhmann fala da improbabilidade de se obter o resultado desejado,

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 40.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 42.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 131.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 42/43.

entendendo por este o fato do receptor adotar o conteúdo informativo como premissa do seu próprio comportamento¹³¹. E prossegue afirmando que *“mesmo quando as dificuldades anteriores são ultrapassadas, resta, como derradeira, a de conseguir incorporar a comunicação ao nível do comportamento (do Outro), fazer adotá-la (os conteúdos visados) como premissas de ação”*¹³².

Neste último caso, Luhmann parece inserir um elemento de certa forma volitivo ao processo de comunicação, cuja melhor explicitação exige maiores considerações. Resume-se, para tanto, a primeira improbabilidade a uma questão de compreensão; a segunda improbabilidade a uma questão de dimensão, e a terceira improbabilidade a uma questão de aceitação.

É que, uma vez superadas as duas primeiras dificuldades e tendo o sujeito *entendido* o sentido da informação cuja comunicação se pretende, Luhmann acredita que haveria, após, para o sucesso do que chamou de *comunicação*, a necessidade de o sujeito receptor *aceitar* o conteúdo da informação transmitida, integrando-a àquilo que forma o sentido da “realidade”. Adverte o autor, por outro lado, que nem sequer o fato de que uma comunicação tenha sido entendida garante que tenha sido também aceite. Não haveria, e aqui o problema central da teoria da comunicação¹³³, nenhuma garantia, ou melhor, nenhuma predisposição natural do indivíduo para a aceitação das mensagens informativas, podendo rejeitá-las com a mesma liberdade de aceitação.

O sentido, argumenta Ingedore Grunfeld Villaça Koch, não se apresenta como algo preexistente à decodificação, mas, ao contrário, é constituído por ela. O valor semântico de uma frase, continua a autora, *“não é objeto de qualquer comunicação possível, pois ele consiste num conjunto de instruções para a sua interpretação, que comporta uma série de vazios a serem preenchidos por indicações que apenas a situação de discurso pode fornecer”*¹³⁴.

De maneira geral, argumentaremos [...] em favor de uma concepção construtivista da referência [...]; assumiremos plenamente o postulado segundo o qual os chamados “objetos-de-discurso” não preexistem “naturalmente” à atividade cognitiva e interativa dos sujeitos falantes, mas

¹³¹ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 42/43.

¹³² LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 23.

¹³³ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 116.

¹³⁴ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e linguagem*. 13ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011; p. 24.

devem ser concebidos como produtos — fundamentalmente culturais — desta atividade¹³⁵.

Luhmann, em posição semelhante, defende que “a *sequência de operações seletivas do processo de comunicação ocorre com perfeita autonomia relativamente a qualquer tipo de influência exterior ao sistema – as fontes de sentido não participam/controlam o processo de produção do sentido*”¹³⁶.

A questão que aqui se coloca reside, como excepcionalmente anotado por Vladimir Safatle, na *efetividade* da estrutura proporcionada por aquilo se pode chamar de comunidade do diálogo. Segundo o autor:

Aceita-se, como se fosse auto-evidente, que a racionalidade está profundamente vinculada à capacidade de participar de um processo argumentativo não coercitivo regulado pela identificação do melhor argumento. A normatividade própria à nossa noção de racionalidade seria expressa por um conjunto de critérios, princípios e regras, intersubjetivamente partilhados, referentes ao funcionamento de processos de interação que devem ser compreendidos como ‘não-coercitivos’. Mas podemos nos perguntar: o que ‘não-coercitivo’ pode querer significar neste contexto? Em que condições o argumento do outro aparece para mim, é sentido por mim como “não-coercitivo”? Como eu devo ser para não sentir coerção alguma diante de certos argumentos do outro? Ou seja, o que compõe exatamente a força assertiva do “melhor argumento”?¹³⁷.

Nesse ponto a doutrina de Luhmann segue direção diametralmente oposta à de Habermas, no sentido de pregar que não exista uma auto-evidência na condição de *melhor argumento*, capaz de se impor de forma mesmo natural no discurso intersubjetivo. Por isso dizer que “a *argumentação exigível para a aceitação de um enunciado científico está [...] subordinada a uma ‘primeira’ aceitação [...] das regras que fixam os meios da argumentação*”¹³⁸. Ou seja, os participantes do discurso, para iniciar um jogo argumentativo, devem estar de acordo com as regras a ele pertinentes.

Traduzindo para a temática aqui proposta, os participantes devem estar de acordo em relação à verdade das crenças pressupostas na base da justificação subsequente de um enunciado. Se não estiverem de acordo, os participantes não

¹³⁵ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *A construção dos sentidos no discurso: uma abordagem sociocognitiva*. Revista Investigações; UFPE. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/INV/article/view/1478> ; acesso em maio de 2019P. 08.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 26.

¹³⁷ SAFATLE, Vladimir. *A crença no melhor argumento: sobre o fundamento fantasmático da autoridade*. In: *Mutações: a invenção das crenças*. Org. Adauto Novaes. Ministério da Cultura, 2010; p. 64.

¹³⁸ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 79.

poderão sequer iniciar uma discussão argumentativa, pois que estarão “jogando com regras diferentes”.

podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais¹³⁹.

O mesmo se pode dizer em relação à avaliação das decisões judiciais. Somente é possível discutir a justeza, a correção, a racionalidade, a fundamentabilidade de uma decisão se os avaliadores portarem critérios semelhantes com relação às definições conceituais de justiça, correção, razão e fundamentação, o que, por si só, já é uma condição difícil de se avaliar.

Max Weber, atento para o fato, ressalta a impossibilidade de se garantir que tais critérios únicos de avaliação sejam efetivamente adotados pelos sujeitos de um discurso:

Como é possível, numa exposição que tem por objeto o estudo das diversas formas dos Estados e das Igrejas ou a história das religiões levar um crente católico e um franco-maçom a submeterem esses fenômenos aos mesmos critérios de avaliação? Isso é algo de que não se cogita¹⁴⁰.

Retomando a questão da aceitação/recusa da informação comunicativa como ato discricionário do sujeito¹⁴¹, poder-se-ia discordar da condição de *melhor* de um

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; p. 55.

¹⁴⁰ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2011; p. 40.

¹⁴¹ Sobre a discricionariedade do ato comunicativo: “Como ser dotado de razão e vontade, o homem, constantemente, avalia, julga, critica, isto é, forma juízos de valor. Por outro lado, por meio do discurso – ação verbal dotada de intencionalidade – tenta influir sobre o comportamento do outro ou fazer com que compartilhe determinadas de suas opiniões. É por esta razão que se pode afirmar que o ato de argumentar, isto é, de orientar o discurso no sentido de determinadas conclusões, constitui o ato linguístico fundamental, pois a todo e qualquer discurso subjaz uma ideologia, acepção mais ampla do termo. A neutralidade é apenas um mito: o discurso que se pretende ‘neutro’, ingênuo, contém também uma ideologia – a da sua própria objetividade” (KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e linguagem*. 13ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011; p. 17). E ainda: “Assim, se o discurso jurídico é visto como ação e interação, a produção e a compreensão de frases, palavras, estilo, retórica ou argumentação também podem ser consideradas ações que envolvem vários atos na prática social discursiva. Esses atos implicam, por exemplo, asserções, elogios, depreciações, acusações, de forma a argumentar e a contra-argumentar em defesa de opiniões resultantes de uma postura ideológica. São, portanto, atos

argumento ainda que se tenha compreendido esta condição. Seria, nesse caso, necessária uma nova argumentação em torno da condição de *melhor* de um argumento, levando em conta, agora, as razões da recusa anterior? E se fosse novamente recusada a mensagem, como se resolveria essa questão em torno da definição do *melhor argumento*, se não pela força de um outro eventual melhor argumento? Mas, se esse último também não é evidente, exigiria mais argumentação, e aí por diante.

Nota-se que, não garantida esta condição auto-evidente de um melhor argumento, a crença na argumentação intersubjetiva pautada por essa condição ideal perde o sentido. Aqui o ponto fundamental pelo qual não se acredita na possibilidade de ocorrência de um *consenso racional* entre sujeitos no ambiente do discurso democrático, pois que fundada na crença, da qual também não se pode ter garantia, de que os sujeitos do discurso se orientam pela vontade de entendimento.

A ideia de consenso é, em última instância, formada por um conjunto de manifestações individuais de concordância, motivações cujas orientações não podem ser identificadas. Dessa forma, se a manifestação de concordância ou discordância à uma pretensa verdade está sujeita à vontade discricionária do sujeito, e esta é, por seu turno, inconstante, ilimitada e, sobretudo, incondicionada, tem-se que a expectativa em torno de um tal consenso de vontades seria sobejadamente otimista. Uma ideia de intersubjetividade, nesse contexto, muito aquém daquela expressão unificadora da “realidade”, corresponderia a algo nada menos do que caótico.

Thomas Nagel transparece certa insatisfação com esta problemática da honestidade intelectual, ou de uma suposta sinceridade comunicativa, reconhecendo que a crise do pensamento filosófico possibilitou o uso estratégico da crítica à condição limitada da linguagem como forma de deslegitimação universal de todo e qualquer discurso.

Esse subjetivismo não é apenas um inconsequente floreio intelectual ou um problema de elegância teórica, mas uma tática para rechaçar argumentos ou para minimizar as pretensões dos argumentos alheios. As asserções de que algo seja verdadeiro ou falso, certo ou errado, bom ou mau, sem restrição relativista, correm o risco de ser ridicularizadas como expressões de perspectiva limitada ou como forma de vida – não como base prévia para demonstrar que isso é equivocado enquanto outra coisa é correta, mas como maneira de demonstrar que nada é correto e que, ao contrário, estamos todos

intencionais ou desencadeados por outra ação intencional, em determinada situação” (CORRÊA, Leda. Direito e argumentação. Barueri: Manole, 2008; p. 141).

apenas expressando nossos pontos de vista pessoais ou culturais. O que resulta daí é o crescimento da já extrema preguiça intelectual da cultura contemporânea e o colapso da argumentação séria que permeia o baixo alcance das humanidades e das ciências sociais, junto com a recusa em tomar a sério, considerando-os como nada mais que declarações de primeira pessoa, os argumentos objetivos de outrem¹⁴².

É que se todo raciocínio parte de premissas cuja condição de verdade é presumida subjetivamente pelo sujeito, todo e qualquer raciocínio, por mais objetivo que se pretenda, está sujeito à crítica de relatividade. Crítica essa que, vale frisar, não se refere ao raciocínio mesmo, já que lógico-racional, mas ao conteúdo nele expresso.

Sempre é possível dizer, depois que a justificação final seja dada: “mas isso é somente algo que você diz com a convicção de que isso não exige justificação ulterior; e tudo quanto você diz é só a manifestação das contingências de sua constituição pessoal, social e biológica. O final do trajeto não é conteúdo do seu raciocínio mas, antes, o fato de que, para você, as justificações chegam a um fim aqui”¹⁴³.

Para discordar de um argumento, portanto, bastaria alegar que suas premissas não seriam justificadas, pois que é impossível mesmo de sê-lo, e assim estaria deslegitimada qualquer tentativa de legitimar discursivamente uma pretensão de verdade.

Neste sentido, *“uma cadeia inteira de raciocínios impecavelmente corretos é capaz de convencer, mas não necessariamente de persuadir, porque não há o acordo necessário entre todos os interlocutores a respeito de quais premissas deveriam ou não viger e, portanto, não há lugares comuns”*¹⁴⁴.

Vladimir Safatle destaca a necessidade de reconhecimento de que as crenças e juízos que, para nós, aparecem dotados de validade incondicional, universal e categórica (fundamentados) se submetem, em verdade, a condições que normalmente chamamos de “psicológicas”.

Neste contexto, podemos inclusive nos perguntar se o “melhor argumento” seria de fato identificável através de normatividades fundadas em sistemas de regras e normas. Não seria ele, ao contrário, o resultado, entre outras

¹⁴² NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: UNESP, 2001; p. 14.

¹⁴³ NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: UNESP, 2001; p. 36.

¹⁴⁴ MARSILLAC, Narbal de. *Racionalidade retórica e argumentativa*. Revista Princípios, vol. 18, nº 30, Natal, 2011, p. 271/291. P. 282.

coisas, de uma *crença fundamental* presente na constituição do princípio de autoridade que suponho no enunciador?¹⁴⁵.

Daí a necessidade de se oferecer, externamente ao próprio indivíduo, mecanismos para pesar a balança no sentido de maior ocorrência da aceitação da mensagem, a fim de promover o sucesso comunicativo e a construção de um mundo objetivo intersubjetivamente. “*Trata-se de saber como se chega a um desequilíbrio, a uma descompensação, a uma maior probabilidade de aceitação das mensagens do que de sua recusa*”¹⁴⁶.

Onde um tal consenso não é possível por motivos práticos, mecanismos de decisão têm muitas vezes que entrar em ação [...]. Já tínhamos visto que a interpretação de tais fatos com a ajuda de uma ideologia democrática [...] chega a ser somente uma justificação e um disfarce de elementos de ordem social, que indubitavelmente possuem um caráter de dominação. Enquanto se necessitar de medidas institucionais desse tipo - e provisoriamente não se vê como isso poderia ser evitado -, não é possível uma sociedade isenta de dominação. A ideia de uma tal sociedade pertence, portanto, à esfera do pensamento utópico¹⁴⁷.

Esta é, assegura Luhmann, a razão da necessidade de existência dos chamados *meios de comunicação simbolicamente generalizados*. Nos dizeres do autor:

à medida que cresce a liberdade linguística para introduzir desvios e variações, também cresce a necessidade de desenvolver garantias para a aceitabilidade das escolhas ou seleções comunicadas. Isto é conseguido através de meios de comunicação simbolicamente generalizados, através de códigos particulares tal como a verdade, poder político e direito, propriedade e dinheiro, amor e arte, que fornecem regras institucionalizadas para determinar quando é que as tentativas de comunicação serão provavelmente bem sucedidas¹⁴⁸.

¹⁴⁵ SAFATLE, Vladimir. *A crença no melhor argumento: sobre o fundamento fantasmático da autoridade*. In: *Mutações: a invenção das crenças*. Org. Adauto Novaes. Ministério da Cultura, 2010; p. 64. Para Max Weber, “devemos combater ao máximo a opinião amplamente disseminada de que se atinge a ‘objetividade’ científica pelo confronto entre as diversas avaliações e por um compromisso ‘diplomático’ entre elas. O ‘meio-termo’ [...] é tão indemonstrável cientificamente - com os recursos das ciências empíricas - quanto as avaliações ‘mais extremadas’” (WEBER, Max. *O sentido da “neutralidade axiológica” nas Ciências Sociais e Econômicas*. In: *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 02. 2ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001; p. 368).

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 144.

¹⁴⁷ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976; p. 212/213.

¹⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 115.

Peter Berger e Thomas Luckmann também realçam a importância da institucionalização de mecanismos simbólicos para a produção de uma realidade intersubjetiva minimamente coerente:

Enquanto as teorias continuam a ter aplicações práticas imediatas, qualquer rivalidade que possa existir é facilmente harmonizada por meio da prova prática. Pode haver teorias competidoras relativas à caçada do javali, nas quais partidos rivais de especialistas em caça criam interesses adquiridos. A questão pode ser decidida com relativa facilidade verificando-se qual das teorias conduz a matar maior quantidade de javalis. Esta possibilidade não existe para decidir, por exemplo, entre uma teoria politeísta e outra henoteísta do universo. Os teóricos respectivos são forçados a substituir a argumentação abstrata às provas práticas. Por sua própria natureza esta argumentação não traz a convicção inerente ao sucesso pragmático. Aquilo que é convincente para um homem não pode ser para outro. Não podemos realmente censurar estes teóricos se recorrem a vários resistentes suportes para o frágil poder do simples argumento, como, por exemplo, conseguir que as autoridades empreguem a força armada para fortalecer um argumento contra seus competidores. Em outras palavras, as definições de realidade podem ser reforçadas pela polícia. [...] Em qualquer caso, as simbolizações altamente abstratas (isto é, as teorias enormemente afastadas da experiência concreta da vida cotidiana) são corroboradas mais pelo suporte social do que pelo suporte empírico¹⁴⁹.

Tem-se que necessária, portanto, a criação de novos meios de convencimento, sejam eles condições de comprovação para um saber mais exato, de forma diferente da mera opinião, sejam formas ordenadas de exercício do poder “político” na cidade, sejam aspirações de solidariedade na cidade, sejam as novas técnicas de persuasão da retórica e da dialética¹⁵⁰, tudo de forma a garantir a força necessária para a constituição de um discurso que se poderia chamar de *público*.

A opção encontrada pela sociedade foi a procedimentalização judiciária das condições ideais de construção desse discurso público. A legitimação do ato decisório deixa de ser buscada em uma pretensão de verdade eventualmente presente no conteúdo semântico de uma assertiva e desloca-se então para o ambiente formal-procedimental que precede a fixação desse tal conteúdo.

Por ora é seguro dizer, pelas palavras do professor Alberico Alves de Souza Filho, que:

se Luhmann assume a inevitabilidade catastrófica da autonomização do procedimento burocrático peculiar às mais variadas formas de organização modernas, Fazzalari busca deslocar o foco da estrutura burocrática para

¹⁴⁹ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Trad. de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1983; p. 161.

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 144/145.

flagrar, no interior desta, a forma pela qual uma sociedade pode realizar democraticamente sua capacidade de auto-regulação¹⁵¹.

A questão será mais detalhadamente considerada à frente.

5.2.2 Teoria da Irracionalidade Racional de Bryan Caplan

Outra proposta teórica cujos fundamentos podem ser utilizados no afastamento da probabilidade de se estabelecer um consenso em torno de juízos de valor, sobretudo à títulos *racionais*, é a Teoria da Irracionalidade Racional.

Originariamente apresentada como uma análise do comportamento das massas eleitorais, aludida teoria se enquadra no campo de pesquisa predominantemente econômico conhecido como Teorias da Escolha Coletiva.

Em suas pesquisas, Bryan Caplan identificou que *“people choose to be irrational because the private costs of the belief are less than the private benefits”*¹⁵². Nesse caso, o comportamento seria, ainda assim, racional porque *“the agent has rational estimates of the attendant consequences of self-deception”*¹⁵³. *“If the most pleasant belief for an individual differs from the belief dictated by rational expectation, agents implicitly weigh the hedonic benefits of deviating from rational expectation against the expected material costs of self-delusion”*¹⁵⁴.

Nos comentários de Michael Huemer, a Teoria da Irracionalidade Racional faz três pressuposições fundamentais:

First, individuals have *non-epistemic belief preferences* (otherwise known as “biases”). That is, there are certain things that people want to believe, for reasons independent of the truth of those propositions or of how well-supported they are by the evidence. Second, individuals can exercise some control over their beliefs. Given the first assumption, there is a “cost” to thinking rationally — namely, that one may not get to believe the things one wants to believe. Given the second assumption (and given that individuals are

¹⁵¹ SILVA FILHO, Alberico Alves da. *A racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017; p. 266.

¹⁵² CAPLAN, Bryan. Rational Ignorance versus rational irrationality. *Kyklos*, Vol. 54, nº 01, 2001; p. 20. Tradução do autor: *“as pessoas escolhem ser irracionais porque os custos privados da crença são menores que os benefícios privados”*.

¹⁵³ CAPLAN, Bryan. Rational Ignorance versus rational irrationality. *Kyklos*, Vol. 54, nº 01, 2001; p. 08. Tradução do autor: *“o agente tem estimativas racionais das conseqüências decorrentes da auto-ilusão”*.

¹⁵⁴ CAPLAN, Bryan. Rational Ignorance versus rational irrationality. *Kyklos*, Vol. 54, nº 01, 2001; p. 04. Tradução do autor: *“Se a crença mais agradável para um indivíduo difere da crença ditada pela expectativa racional, os agentes avaliam implicitamente os benefícios hedônicos de se desviar da expectativa racional contra os custos materiais esperados da auto-ilusão”*.

usually *instrumentally* rational), most people will accept this cost only if they receive greater benefits from thinking rationally¹⁵⁵.

A terceira pressuposição, pode-se dizer, vai no sentido diametralmente oposto ao de Habermas, o que já demonstra uma certa dificuldade na sustentação daquela proposta. Os autores estadunidenses consideram que, também na formação das crenças o uso da razão opera na sua forma estratégica/instrumental, genericamente.

Ora, tem-se aqui, portanto, a indicação de que o próprio processo cognitivo de aquisição, manutenção e avaliação de crenças é sujeito à deliberação econômica, à princípios utilitaristas e ao cálculo estratégico. É o que também parece defender Ingedore Grunfeld Villaça Koch, para quem:

as estratégias cognitivas são estratégias de uso do conhecimento. E esse uso, em cada situação, depende dos objetivos do usuário, da quantidade de conhecimento disponível a partir do texto e do contexto, bem como de suas crenças, opiniões e atitudes. É isto que explica por que, no momento da compreensão, há a possibilidade de o leitor reconstruir não somente o sentido intencionado pelo produtor do texto, mas também outros sentidos, não previstos ou, por vezes, nem mesmo desejados pelo produtor¹⁵⁶.

Outros autores surgem ainda na mesma esteira de raciocínio que Caplan, embora não expressamente declarados. Pode-se mencionar, por exemplo, a observação de Dan Kahan no sentido de que algumas crenças expressam valores sociais simbólicos tão valorizados que acabam se tornando símbolos de lealdade cultural. Nesse sentido, muitas pessoas não estão dispostas a sujeitar seus preconceitos ao debate público. Havendo relações de poder implícitas na sociedade, muitas vezes enraizadas em discursos públicos, tem-se que aqueles beneficiados por essas relações de poder não submeterão, voluntariamente, os discursos dos quais se beneficiam ao escrutínio público.

Para o autor:

¹⁵⁵ HUEMER, Michael. *Why People Are Irrational about Politics*. Disponível em: <http://www.owl232.net/papers/irrationality.htm>; acesso em janeiro de 2019. Tradução do autor: “Primeiro, os indivíduos têm preferências de crenças não epistêmicas (também conhecidas como “preconceitos”). Ou seja, há certas coisas nas quais as pessoas querem acreditar, por razões independentes da verdade dessas proposições ou do quanto elas são apoiadas pelas evidências. Segundo, os indivíduos podem exercer algum controle sobre suas crenças. Dada a primeira suposição, existe um “custo” para pensar racionalmente - ou seja, que alguém pode não acreditar nas coisas que deseja acreditar. Dada a segunda suposição (e considerando que os indivíduos geralmente são instrumentalmente racionais), a maioria das pessoas só aceita esse custo se receber maiores benefícios ao pensar racionalmente”.

¹⁵⁶ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *A construção dos sentidos no discurso: uma abordagem sociocognitiva*. Revista Investigações; UFPE; p. 03.

As pessoas não afirmam ou negam essas crenças para expressar o que sabem, mas quem elas são. Todos nós nos identificamos com tribos ou subculturas particulares, e cada uma delas abraça um credo sobre o que faz uma vida boa e como a sociedade deve cuidar de seus assuntos. [...] Determinada crença, dependendo de como é enquadrada e de quem a endossa, pode se tornar uma pedra de toque, uma senha, um lema, uma marca distintiva, um valor sagrado ou um juramento de fidelidade a uma dessas tribos¹⁵⁷.

Muito além de uma postura meramente conservadora, Steven Pinker identifica uma certa racionalidade na atitude de manutenção interessada de crença, levando em conta que a racionalidade da manutenção de um pensamento não se deve medir exclusivamente pela satisfação pessoal na busca da verdade, mas ainda nas consequências de prestígio social acarretado pela simples condição de portador de uma determinada crença. De acordo com os comentários do escritor:

a tendência das pessoas de tratar suas crenças como juramentos de fidelidade em vez de avaliações desinteressadas é, em certo sentido, racional. Com exceção de um número minúsculo de empreendedores, agitadores e tomadores de decisões, é muitíssimo improvável que as opiniões de uma pessoa sobre mudança climática ou evolução façam alguma diferença para o mundo em geral. Mas fazem uma enorme diferença para o respeito com que a pessoa é vista em seu círculo social. Expressar a opinião errada sobre uma questão politizada pode fazer de alguém um esquisito na melhor das hipóteses — alguém que está 'por fora' — ou um traidor, na pior das hipóteses. A pressão pela conformidade torna-se ainda maior à medida que as pessoas vivem e trabalham com outras como elas, pois panelinhas acadêmicas, empresariais ou religiosas estigmatizam a si mesmas com causas de esquerda ou de direita¹⁵⁸.

Com efeito, as crenças que as pessoas pretendem manter frequentemente *parecem*¹⁵⁹ determinadas pelo interesse econômico, desejo de pertencimento de pela imagem que se quer apresentar socialmente e até mesmo pelo desejo de se fazer coerente com outras crenças que também se tem adotadas. Não se está disposto a sujeitar todo e qualquer pensamento ao debate público. Aqueles beneficiados pelas relações de poder implícitas na sociedade não submeterão voluntariamente os discursos dos quais se beneficiam ao escrutínio público. Ou pelo menos é razoável

¹⁵⁷ KAHAN, Dan. *Apud*. PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares; Companhia das Letras; p. 458.

¹⁵⁸ PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares; Companhia das Letras; p. 459.

¹⁵⁹ Diz-se que parecem determinadas porque, como já se vem argumentando neste trabalho, a motivação das ações de um sujeito são inacessíveis ao observador externo.

esperar-se que não o farão.

Interessante mencionar, nesse ponto, a pesquisa realizada por João Fernando Ferreira Gonçalves. O autor analisou as estratégias discursivas presentes nas caixas de comentários dos espaços públicos de discussão online. Apesar de apresentar características bastante democráticas, porque a anonimidade desconsidera a influência da identidade social dos sujeitos que discutem, os chats de conversa não têm apresentado resultados tão positivos quanto se imagina, assegura o autor.

Existe um pensamento estratégico nas caixas de comentários na medida em que os utilizadores têm consciência da visibilidade e dos efeitos que aqueles espaços têm nas esferas do poder. Assim, as intervenções dos comentadores estão orientadas para a construção de uma narrativa da opinião pública, uma narrativa que não se faz de factos e argumentos, mas sobretudo de experiências e emoções. Não devemos ser lesto a desconsiderar estas lógicas não-argumentativas, uma vez que a sua análise pode desvelar pistas pertinentes sobre as crenças e lógicas dos públicos. De facto, em domínios como a publicidade o apelo ao *pathos* é hoje muito mais frequente do que uma argumentação baseada no *logos*¹⁶⁰.

Gonçalves adverte que, na medida em que “*o que está em disputa nas caixas de comentários é a definição da opinião pública da hegemonia, dos grupos ‘superiores’ e ‘inferiores’*”, o que se observa é tão somente “*uma batalha sangrenta para impor uma interpretação da notícia*”¹⁶¹. Nesse diapasão, tem-se o comentário de Antoine Garapon, cujas observações permitiram assegurar que “*a finalidade da comunicação tornou-se a própria comunicação, a diversão que ela proporciona, o barulho que provoca, o dinheiro e o poder que ela traz, e não mais a relação entre duas subjetividades através de um código*”¹⁶².

Da pesquisa de Gonçalves pode-se extrair que os teóricos que colocam demasiada fé na possibilidade de consenso pressupõem de forma ingênua que o indivíduo vá buscar o conhecimento como um fim em si mesmo. Ignoram, por outro lado, a possibilidade do indivíduo se apaixonar por uma certa ideologia que se apresente formidável a seus interesses pessoais e que, assim, mesmo quando

¹⁶⁰ GONÇALVES, João Fernando Ferreira. *O Jogo da Participação: pensamento estratégico nas caixas de comentários dos jornais online*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho no ano de 2014, sob a orientação da professora Dra. Sara Pereira; p. 73.

¹⁶¹ GONÇALVES, João Fernando Ferreira. *O Jogo da Participação: pensamento estratégico nas caixas de comentários dos jornais online*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho no ano de 2014, sob a orientação da professora Dra. Sara Pereira; p. 25.

¹⁶² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: REVAN, 1999; p. 80.

confrontado com eventuais falhas nos argumentos estruturais que sustentam essa tal ideologia, mantenha-na como determinante da sua realidade subjetiva.

Seria de se esperar, assegura Kahan, que as pessoas fiquem ainda mais comprometidas com suas posições epistêmicas quando confrontadas com informações que contradizem suas crenças. É uma posição corroborada em um artigo escrito pelo professor Thomas Kelly, analisando a tendência conservadora dos indivíduos em face de amostras heterogêneas de evidências empíricas acerca de determinadas crenças:

when I am exposed to a mixed body of evidence, I dismiss that portion which conflicts with my original belief while giving weight to that portion which supports it. [...] On the other hand, You reason in a parallel but opposite way [...]. The net result is that You and I become increasingly polarized [...]¹⁶³.

De acordo com Kelly, *“individuals tend to be more adept at detecting fallacies*

¹⁶³ KELLY, Thomas. *Disagreement, Dogmatism, and Belief Polarization*. The Journal of Philosophy, Vol. 105, nº 10; p. 614. Tradução do autor: “quando sou exposto a um conjunto misto de evidências, descarto a parte que entra em conflito com minha crença original, enquanto atribuo peso maior à parte que a sustenta. [...] Por outro lado, Você raciocina de maneira paralela, mas oposta [...]. O resultado é que Você e Eu nos tornamos cada vez mais polarizados [...]”. Nesse sentido: “people tend to interpret subsequent evidence so as to maintain their initial beliefs” (LEPPER, Mark L; LORD, Charles G. and ROSS, Lee. *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*. Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 37, nº 11, 1979, p. 209). Tradução do autor: “as pessoas tendem a interpretar evidências subsequentes de forma a manter suas crenças iniciais”. Ainda: “[...] data relevant to a belief are not processed impartially. Instead, judgments about the validity, reliability, relevance, and sometimes even the meaning of proffered evidence are biased by the apparent consistency of that evidence with the perceiver's theories and expectations” (LEPPER, Mark L; LORD, Charles G. and ROSS, Lee. *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*. Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 37, nº 11, 1979, p. 2099). E mais: “social scientists can not expect rationality, enlightenment, and consensus about policy to emerge from their attempts to furnish ‘objective’ data about burning social issues. If people of opposing views can each find support for those views in the same body of evidence, it is small wonder that social science research, dealing with complex and emotional social issues and forced to rely upon inconclusive designs, measures, and modes of analysis, will frequently fuel rather than calm the fires of debate” (LEPPER, Mark L; LORD, Charles G. and ROSS, Lee. *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*. Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 37, nº 11, 1979, p. 2108). Também nesse aspecto: “Given that the situation is balanced, the most serious reasons, to my mind, are personal reasons. You like this system, just like it; you find it beautiful; elegant; satisfying. But there are other reasons, still personal. You know a certain system very well; you feel comfortable with it [...]”. (CHATEAUBRIAND, Oswaldo. *The tyranny of belief*. Revista O que nos faz pensar. Vol. 06, nº 08, 1994; p. 48). Tradução do autor: “Dado que a situação é equilibrada, as razões mais relevantes, na minha opinião, são pessoais. Você gosta deste sistema, simplesmente gosta; você acha ele bonito; elegante; satisfatório. Mas há outras razões, ainda pessoais. Você conhece um certo sistema muito bem; você se sente confortável com ele [...]”. Ou, quando em situação oposta: “You may simply refuse to believe, for various reasons. Sometimes the truth is just too painful to accept; sometimes the position or proposition in question just seem too incredible to accept because of certain beliefs or positions that you have or hold” (CHATEAUBRIAND, Oswaldo. *The tyranny of belief*. Revista O que nos faz pensar. Vol. 06, nº 08, 1994; p. 52). Tradução do autor: “Você pode simplesmente se recusar a acreditar, por várias razões. Às vezes a verdade é dolorosa demais para aceitar; Às vezes, a posição ou proposição em questão parece incrível demais para aceitar por causa de certas crenças ou posições que você tem ou ocupa”.

*when the fallacy occurs in an argument for a conclusion which they disbelieve, than when the same fallacy occurs in an argument for a conclusion which they believe*¹⁶⁴.

Isso ocorre porque o mundo interiorizado na socialização primária do indivíduo acaba tornando-se parte da própria constituição identitária desse indivíduo, de forma que qualquer ameaça à sustentação de suas crenças transforma-se em uma ofensa direta à sua personalidade. Tais assimilações são muito mais firmemente entrincheiradas na consciência do que os mundos interiorizados nas socializações secundárias¹⁶⁵, motivo pelo qual são necessários graves choques para desintegrar a maciça realidade interiorizada pelo sistema de crenças do indivíduo na infância¹⁶⁶. O ponto de virada, assegura Steven Pinker, *“depende do equilíbrio entre o quanto a reputação daquele que acredita seria prejudicada ao renunciar à sua opinião e se as provas em contrário são tão evidentes e públicas que se tornam conhecimento comum”*¹⁶⁷.

Identificando a complexidade e a variedade dos elementos subjetivos que influenciam na adoção de crenças, Alfred Korzybski aponta para considerações que vão muito além de uma simples *disposição comunicativa para o entendimento*, sustentando que:

I could not use, in my further studies, the older “organism-as-a-whole” approaches, but had to base my analysis on the much more complex “organism-as-a-whole-in-an-environment”. I had to include neuro-linguistic and neuro-semantic (evaluational) environments as environments, and also had to consider geographic, physico-chemical, economic, political, ecological, socio-cultural, etc., conditions as factors which mould human personalities, and so even group behavior¹⁶⁸.

¹⁶⁴ KELLY, Thomas. *Disagreement, Dogmatism, and Belief Polarization*. The Journal of Philosophy, Vol. 105, nº 10; p.611-633. P. 618. Tradução do autor: “os indivíduos tendem a ser mais hábeis em detectar falácias quando a falácia ocorre em um argumento para uma conclusão na qual eles não acreditam, do que quando a mesma falácia ocorre em um argumento em conclusão em que acreditam”.

¹⁶⁵ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Trad. de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1983; p. 180. “A socialização primária é a primeira socialização que o indivíduo experimenta na infância, e em virtude da qual torna-se membro da sociedade. A socialização secundária é qualquer processo subsequente que introduz um indivíduo já socializado em novos setores do mundo objetivo da sua sociedade” (Idem, p. 175).

¹⁶⁶ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Trad. de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1983; p. 190.

¹⁶⁷ KAHAN, Dan. *Apud*. PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares; Companhia das Letras; p. 483.

¹⁶⁸ KORZYBSKI, Alfred. *What I believe*. Institute of General Semantics. New York: Country Life Press Corporation, 1949; p. 03. Tradução do autor: “Não pude usar, em meus estudos posteriores, as abordagens mais antigas de “organismo como um todo”, mas tive que basear minha análise nas muito mais complexas “organismo como um todo em um ambiente”. Eu tive que incluir ambientes neuro-linguísticos e neuro-semânticos (de avaliação) como ambientes, e também tive que considerar condições geográficas, físico-químicas, econômicas, políticas,

É também o que observa Francis Wolff:

Ordinariamente, utilizamos a razão como um *instrumento*. Temos determinado objetivo, buscamos racionalmente os melhores meios de chegar a ele. A razão avalia o caminho mais curto, ou o mais eficaz: 'para chegar lá, devo passar por aqui'. A razão calcula: 'se eu fizer isto, então ocorrerá aquilo, portanto terei que fazer isso etc.' Mas normalmente não se utiliza a razão para determinar o que é bom e justo. Em vez disso, pensa-se que cabe ao sentimento (o sentido moral), ou à emoção (a compaixão, por exemplo), fixar os valores (o que vale absolutamente e em si) e determinar os fins (mais do que os meios)¹⁶⁹.

Esse suposto abandono de uma orientação exclusivamente comunicativa da ação pode ser observado não só no plano individual da adoção de crenças, mas também no institucional-científico. É como pareceu observar Hans-Georg Gadamer no tocante à pesquisa no campo das ciências do espírito:

Numa sociedade superorganizada, cada grupo de interesse exerce sua influência segundo a medida de seu poder econômico e social. Avalia também a investigação científica na proporção em que os seus resultados podem favorecer ou prejudicar seu próprio poder. Nessa medida, toda investigação deve cuidar de sua liberdade, e justamente o investigador da natureza sabe que seus conhecimentos não têm muita chance de se impor quando contrariam os interesses vigentes. A pressão de interesses da economia e da sociedade pesa sobre a ciência¹⁷⁰.

Semelhante consideração é anotada por Jean-François Lyotard:

A administração da prova, que em princípio não é senão uma parte da argumentação destinada a obter o consentimento dos destinatários da mensagem científica, passa assim a ser controlada por um outro jogo de linguagem onde o que está em questão não é a verdade mas o desempenho [...]. O Estado e/ou a empresa abandona o relato de legitimação idealista ou humanista para justificar a nova disputa: no discurso dos financiadores de hoje, a única disputa confiável é o poder. Não se compram cientistas, técnicos e aparelhos para saber a verdade, mas para aumentar o poder¹⁷¹.

A Teoria da Irracionalidade Racional ainda pode ser aplicada, é preciso registrar, com relação ao uso das regras de argumentação; à avaliação justificativa

ecológicas, sócio-culturais, etc., como fatores que moldam as personalidades humanas, e até mesmo comportamento de grupo".

¹⁶⁹ WOLFF, Francis. *Dilema dos intelectuais*. In *O silêncio dos intelectuais*. Organização de Adauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2006; p. 52.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. 02. Trad. de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002; p. 54.

¹⁷¹ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 83.

das crenças; à apreciação da validade dos juízos de valor; até mesmo com relação à aceitação de pretensões comunicativas (Luhmann). Tudo que está sujeito à uma apreciação racional desinteressada (agir comunicativo), está também, pelo visto, sujeito à apreciação economicista (agir estratégico).

Habitamos, portanto, uma cultura na qual a inabilidade de se chegar a conclusões comuns e racionalmente justificáveis sobre a natureza da justiça e da racionalidade prática coexiste com a utilização, por parte de grupos rivais em oposição, de conjuntos de convicções rivais e conflitantes não-embasadas na justificação racional. Nem as vozes da filosofia acadêmica, nem aliás, no que concerne a este assunto, as de nenhuma outra disciplina acadêmica, nem as das subculturas partidárias têm sido capazes de prover os cidadãos comuns de um acordo de unificar suas convicções, em cada assunto, pela justificação racional¹⁷².

No caso da argumentação, que aqui adquire maior relevância, mesmo que um raciocínio seja formalmente correto, isto é, inferencialmente válido, é possível haver aqueles que advogarão a incorreção do referido raciocínio, mas não em razão de acreditarem-no inválido ou incorreto, e sim porque desejam as consequências sociais de o assumirem como tal. A análise formal é contaminada pelo interesse material.

Desse modo, perde-se a confiança na função emancipadora da razão porque ela fica, aparentemente, reduzida a uma funcionalidade meramente instrumental; ela estaria presa aos fins estabelecidos e controlados pelas forças econômicas e pelas determinações técnicas do sistema. Essa é a ideia denunciada na Dialética do Esclarecimento, segundo a qual “o *Esclarecimento que tratou de livrar os homens do mito recai no mito*”; nas novas formas de manifestação do poder mítico¹⁷³.

Isso corresponde a admitir, como parece fazer Ernildo Stein, que a pretensão de verdade que se exhibe em toda asserção, exhibe também uma teoria a partir da qual ela pode justificar o asserido e esta é a teoria específica da verdade do falante. Se o

¹⁷² MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991; p. 15. Nesse sentido também Luhmann: “A generalização do reconhecimento da correção das decisões judiciais depende muito menos de sua fundamentação racionalmente sustentada do que duma aceitação sem motivo” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição da Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980; p. 33).

¹⁷³ LUBENOW, Jorge Adriano. Emancipação pela ação comunicativa: a leitura crítica de Jürgen Habermas da dialética do esclarecimento e o esgotamento do programa emancipatório de Horkheimer e Adorno. Revista AUFKLÄRUNG, Vol. 01, nº 02, 2014, p. 37. Nesse sentido é incisiva a posição crítica assumida por Michel Foucault: “Se o discurso verdadeiro não é mais, desde os gregos, aquele que responde ao desejo ou aquele que exerce o poder, na vontade de verdade, na vontade de dizer esse discurso verdadeiro, o que está em jogo, senão o desejo e o poder?” (FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 5ª Ed. Trad. de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999; p. 20).

ouvinte então estiver munido de uma outra teoria da verdade não haverá compreensão. A compreensão só acontecerá, portanto, mediante um acordo sobre a teoria da verdade oculta na pretensão de verdade do falante”¹⁷⁴. É a mesma necessidade de “alinhamento” intelectual entre sujeitos do discurso referida por Toulmin quando assevera que a validade do discurso assume uma noção *intracampo*, não uma noção *intercampo*. Argumentos dentro de qualquer campo teórico/ideológico podem ser julgados por padrões de conhecimento/crença apropriados dentro desse campo. Deve-se esperar que os padrões sejam campo-dependentes, e que os méritos a serem pedidos de um argumento num campo sejam considerados ausentes em argumento inteiramente meritórios de outro campo. “*Normalidade e deformidade*”, assim tanto quanto qualquer proposta de valoração axiológica,

*são noções “intra-específicas”, não noções “inter-específicas” [...]. Se perguntarmos sobre a validade, a necessidade, o rigor ou a impossibilidade de argumentos ou conclusões, temos de fazer estas perguntas dentro dos limites de um dado campo, e evitar, por assim dizer, condenar o macaco por não ser homem ou o porco por não ser porco-espinho*¹⁷⁵.

Mais especificamente no sentido da proposta deste trabalho, diz-se que a apreciação da validade material de uma conclusão silogística vai depender, analogamente ao raciocínio utilizado por Toulmin, do intro-reconhecimento, por parte do sujeito avaliador, da condição de verdade das premissas pressupostas, sobretudo a premissa universal. Se o sujeito que pretende avaliar a validade material de uma argumentação assume a validade material pressuposta nas premissas, então assumirá a validade material da conclusão. Por outro lado, se não reconhece como materialmente válidas as premissas das quais a conclusão provém, não reconhecerá como materialmente válida a própria conclusão.

O problema é que, se, como se tem demonstrado, o reconhecimento da validamente material de uma proposição dependerá de fatores sociais, psicológicos, históricos e culturais *intracampo*, torna-se presunçoso pretender que daí se possa generalizar, sem o acréscimo de nenhuma condição motivacional relevante nesse sentido, para uma teorização da validade dos juízos *intercampo*. Tem-se, é claro, “*liberdade para tentar imaginar novas e melhores maneiras de argumentar em*

¹⁷⁴ STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987; p. 126.

¹⁷⁵ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 364-365.

*determinado campo que nos interesse em especial; mas temos de ter cuidado antes de concluir que em algum campo todos os argumentos têm de ser igualmente inválidos*¹⁷⁶ ou válidos. Em todos os aspectos, assegura Bauman “*uma coisa que é improvável a condição pós-moderna produzir sob sua responsabilidade – isto é, não sem uma intervenção política – é a solidariedade*”¹⁷⁷.

Toulmin ainda reconhece, já em tom de conformidade, que o abandono da busca coletiva pelo entendimento com um fim em si mesmo não afeta, contudo, as estruturas institucionais da sociedade, já que o importante não seria a reprodução de práticas verdadeiras, mas sim de práticas capazes de surtir efeito:

Desde que nossos métodos de argumento sejam suficientemente bons para propósitos práticos, nossa situação na vida comum não piorará por deixarmos sem ponte um abismo puramente lógico; não há nenhuma necessidade de alegar verdadeiro conhecimento em qualquer desses campos, desde que tenhamos os meios para, na prática, evitar a verdadeira catástrofe. Em outras palavras, depois do ceticismo só falta um pequeno passo para o pragmatismo¹⁷⁸.

Alguma proposta no sentido de oferecimento de fatores motivacionais para que seja produzida essa solidariedade entre os campos pôde ser observada com os *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, de Niklas Luhmann. Algo parecido pode ser apreendido ainda da compreensão burocrática do Direito esboçada por Hans Kelsen. Mas, antes de aprofundar a questão nessas compreensões de cunho funcionalista do Direito, é preciso abordar um outro fenômeno cuja expressão tem sido pouco explorada no campo da comunicação, embora suas consequências apresentem relevância superior: o *comportamento sabotador*.

5.2.3 Como lidar com o comportamento sabotador?

Além de tudo o que foi dito até aqui, no sentido de tentar demonstrar a extensão de toda dúvida e incerteza quanto à própria possibilidade de se firmar um consenso comunitário em torno de algum discurso pretensamente válido, é preciso descrever

¹⁷⁶ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 366.

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998; p. 256.

¹⁷⁸ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001; p. 331.

melhor, por oportuno, toda a ideia que permeia aquilo a que Paulo Freire chamou de *comportamento sabotador*.

O autor é consagrado pelo vanguardismo na defesa de uma proposta educacional dita dialógica, em que se diminuiria a distância entre a autoridade exercida pelo professor e a figura do aprendiz. Assegura Freire em uma de suas obras que o diálogo libertador é uma comunicação democrática.

No caso da educação, o conhecimento do objeto a ser conhecido não é de posse exclusiva do professor, que concede o conhecimento aos alunos num gesto benevolente. Em vez dessa afetuosa dádiva de informação aos estudantes, o objeto a ser conhecido medeia os dois sujeitos cognitivos. Em outras palavras, o objeto a ser conhecido é colocado na mesa entre os dois sujeitos do conhecimento. Eles se encontram em torno dele e através dele para fazer uma investigação conjunta¹⁷⁹.

Se considerada de maneira abstrata, a transformação nas relações de poder no ensino como proposta por Paulo Freire parece seguir os mesmos caminhos da transformação das relações de poder em torno do saber, da detenção de um discurso, conforme enunciado em seção anterior. Vê-se que a proposta é exatamente o desligamento da legitimidade do discurso verdadeiro da figura do professor, tudo de forma a considerar um ensino como um processo de cuja condução o aprendiz também faz parte.

Até aí parece o autor compartilhar das mesmas expectativas otimistas de Habermas com relação à possibilidade de se creditar o poder de autoridade competente para o discurso verdadeiro a um eventual consenso. No entanto, em dado momento, pode-se extrair as seguintes colocações:

No diálogo, tem-se o direito de permanecer em silêncio! No entanto, não se tem o direito de usar mal sua participação no desenvolvimento do exercício comum. [...] Se, por exemplo, alguém tenta sabotar o processo, precisamente porque a aula é dialógica e lhe dá a possibilidade de intervir, deve ser punido. Não fisicamente, é claro, mas deve ser proibido de abusar da abertura da aula ou de interferir com os outros alunos e o professor¹⁸⁰.

Ora, tem-se aí o retorno, a todo vapor, da instituição daquela mesma autoridade que o autor se propôs anular com seu método de *educação dialógica*. Isso porque não

¹⁷⁹ FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. *Medo e ousadia: o cotidiano do professor*. Trad. de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; p. 65.

¹⁸⁰ FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. *Medo e ousadia: o cotidiano do professor*. Trad. de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; p. 67.

se pode tomar por evidente o que ele refere como *comportamento sabotador*. É uma atitude somente designada após interpretação e, portanto, sujeita a uma apreciação volitiva de quem quer que seja responsável por identificá-la. Não é necessário reproduzir aqui toda a problemática no tocante à carência de legitimidade de um eventual portador da competência para a identificação distintiva do discurso dito sabotador. O que se nota é uma proposta que visa, em verdade, censurar alguns participantes do discurso sob critérios intimamente pessoais de “sabotagem”.

Parafraseando uma colocação de Narbal de Marsillac, pode-se dizer que ao qualificar como sabotador um discurso, concomitantemente e silenciosamente, qualifica-se como autênticos todos os outros discursos, elitizando auditórios, desqualificando outros tantos estudiosos, que, por motivações outras, todas igualmente válidas, fizeram escolhas por verdades diferentes¹⁸¹.

Quem define o que é sabotagem? Quem identifica o comportamento sabotador? Quem fiscaliza o responsável pela identificação do comportamento sabotador? Sem responder nenhuma destas perguntas, fica claro que o autor pretende manter a absoluta, definitiva e diretiva autoridade consubstanciada na figura do professor, mesmo enquanto professa que “a educação dialógica implica a ausência do autoritarismo”¹⁸².

Não se pretende aqui, com tais crítica, tirar o mérito de Freire no alerta que nos proporciona com relação ao que chamou de *comportamento sabotador*. Muito ao contrário. Os fundamentos de uma tal atitude estão intrinsecamente ligados à prática discursiva, motivo pelo qual merecem maior atenção.

O maior problema que se coloca diante da posição de Grice, Searle e outros teóricos da comunicação, sustenta Ingedore Grunfeld Villaça Koch, é o da suposição de que quem fala, fala sinceramente¹⁸³.

Nem sempre a comunicação se dá de maneira transparente, com a única intenção de informar. A alusão, a ironia, o ‘blefe’ ocorrem com frequência, devendo, pois, ser explicitados em termos de atos de fala derivados e considerados como aspectos constitutivos do uso normal da linguagem. O subentendido é construído como uma explicação da enunciação, em que o locutor apresenta seus atos de linguagem como um enigma a ser decifrado. Ao dizer que ele dá às suas palavras um dado sentido, deve-se

¹⁸¹ MARSILLAC, Narbal de. *Racionalidade retórica e argumentativa*. Revista Princípios, vol. 18, nº 30, Natal, 2011, p. 271/291. P. 280.

¹⁸² FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. *Medo e ousadia: o cotidiano do professor*. Trad. de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; p. 65.

¹⁸³ A mesma crítica aqui se direciona especialmente à Habermas.

entender que ele orienta a interpretação para uma certa leitura. Mas ele tem sempre a possibilidade de renegá-la em seguida, ou fingir que a renega [...]”¹⁸⁴.

Como sabidamente colocado pela autora, o discurso não se presta somente a informar, a persuadir, mas também à dissuasão e à confusão. Pode-se colocar a questão ainda da intencionalidade do sujeito, como o faz Harry Frankfurt. Em suas análises, o autor assegura que:

misrepresentation is not merely inadvertent. In other words, is a deliberate misrepresentation. Now if, as a matter of conceptual necessity, an intention to deceive is an invariable feature of humbug, then the property of being humbug depends at least in part upon the perpetrator's state of mind [...] – namely, an intention to deceive¹⁸⁵.

Em um trecho da obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, Robert Alexy aparenta estar também ciente desta condição:

É verdade que o fato de se cumprir as regras do discurso, justamente com a premissa de que os participantes no discurso dispõem de uma capacidade de imaginação e de juízo suficiente, não conduz logicamente à correção dos resultados no sentido absoluto. Isso não ocorre por se poder usar a capacidade suficiente de modo censurável ou incorreto¹⁸⁶.

A situação parece ainda mais grave pelo que nota o professor Hilary Kornblith no artigo intitulado *Distrusting Reason*. Para o comentador, “*the more intelligent one is and the better one is at the skills of presenting and defending arguments, the more powerful the illusion will be, if one engages in rationalizing, that one is forming beliefs in ways that are appropriately responsive to evidence*”¹⁸⁷. Disso se extrai que a capacidade mental e o raciocínio podem ser armas para uma racionalização cada vez mais engenhosa. Conforme observado por Benjamin Franklin, “*é muito conveniente*

¹⁸⁴ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e linguagem*. 13ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011; p. 25.

¹⁸⁵ FRANKFURT, Harry G. *On bullshit*. New Jersey: Princeton University Press, 2005; p. 06. Tradução do autor: “*deturpação não é meramente inadvertida. Em outras palavras, é uma deturpação deliberada. Agora, se, por uma questão de necessidade conceitual, uma intenção de enganar é uma característica invariável da farsa, a propriedade de ser farsa depende, pelo menos em parte, do estado de espírito do perpetrador [...] - ou seja, uma intenção de enganar*”.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005; p. 292.

¹⁸⁷ KORNBLITH, Hilary. *Distrusting reason*. Midwest Studies in Philosophy, 23ª ed. In: FRENCH, Peter A.; WETTSTEIN, Howard K. Boston, Mass.: Blackwell, 1999, p. 183. Tradução do autor: “*se alguém se empenhar em racionalizar, quanto mais inteligente e melhor forem as habilidades de apresentar e defender argumentos mais poderosa será a ilusão de que está formando crenças de maneira adequada às evidências*”.

*ser uma criatura racional, pois nos permite encontrar ou criar uma razão para fazer tudo o que se tem em mente*¹⁸⁸.

E, quanto a isso tudo, reafirma-se a crença de que não há uma posição ideal e suficientemente objetiva para a identificação do que configuraria o tal comportamento sabotador. É impossível deduzí-lo da forma linguística, já que, como defende Ernildo Stein, “*ao racionalismo monológico do idealismo especulativo sucede o racionalismo dialógico do idealismo hermenêutico. Todo o racional agora é ‘dialogar’ e todo o dialogar é ‘racional’*”¹⁸⁹. Logo, torna-se impossível até mesmo saber com segurança se o ato de comunicação discursiva opera adequada ou inadequadamente¹⁹⁰. Por isso a crítica aos comentários de Paulo Freire.

Todas as possibilidades até hoje aviadas pela comunidade acadêmica repousam ou na eleição de uma autoridade, em última instância isenta de controle externo, para o desempenho desse papel, ou na crença excessivamente otimista de que esse comportamento seria auto-evidente. Quanto a essa última opção, bastaria o sujeito titular do comportamento dito sabotador opor-se, de boa ou má-fé, porque irrelevante sua intencionalidade, à classificação da sua conduta como tal para que fosse configurado o dissenso e, a partir daí, retornar a necessidade de elaboração de um método para decidir se seu comportamento seria, de fato, sabotador. Esse método, acredita-se, acabar-se-ia por resumir naquela outra primeira opção, isto é, na designação de uma autoridade competente para professar a *última palavra* referente à solução do conflito. Uma autoridade, como já dito, imune de controle externo.

Essa possibilidade, atualmente, só é admitida em contextos cuja tomada de decisão precede de uma procedimentalidade tal que garanta as condições reconhecidas democráticas de discurso. Isto é, mais especificamente, a legitimação do discurso de autoridade presente na jurisdição se liga à institucionalização de um procedimento que garanta posições ideais de participação às partes.

Maiores detalhes sobre essa noção processualista do Direito serão expostos adiante.

¹⁸⁸ FRANKLIN, Benjamin. *Apud*. PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares; Companhia das Letras; p. 461.

¹⁸⁹ STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987; p. 38.

¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006; p. 143.

5.3 Uma suposta Teoria Burocrática da Legitimidade em Hans Kelsen

Embora não tenha apresentado explicitamente nenhuma proposta definitiva no sentido de uma suposta Teoria da Legitimação Burocrática das decisões judiciais, a compreensão sistemática do pensamento consignado por Kelsen na *Teoria Pura do Direito* oferece elementos suficientes para deduzir-se que, à semelhança de Niklas Luhmann, o autor compreende ser a atividade jurisdicional validada por sua própria estrutura burocrática.

Como marco caracterizador de seu pensamento, Kelsen busca identificar uma estrutura geral a todo e qualquer ordenamento jurídico que possibilite definir *o que é e como é o Direito*¹⁹¹, deixando expressamente consignado que não pretende apresentar, em razão mesmo da impossibilidade de fazê-lo, nenhuma determinação de conteúdo ou critério de valor para esse Direito¹⁹².

Realização máxima do que resume todo o pensamento do autor, pode-se dizer que o capítulo VIII, referente à interpretação, é aquele que consagra o reconhecimento do necessário recurso à uma autoridade institucionalizada como forma de pôr termo aos conflitos oriundos de divergências ideológicas. É que aí Kelsen diferencia a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito, que é sempre autêntica¹⁹³, de toda e qualquer outra interpretação pelo fato de não serem, essas últimas, autênticas¹⁹⁴. A autenticidade deve aqui ser compreendida como umbilicalmente interligada à competência decisória do órgão julgador. Sua faculdade interpretativa é a única que deve ser considerada autêntica justamente porque é o juiz aquele único incumbido de proferir a decisão válida. Autenticidade da interpretação e validade da decisão são, portanto, para Kelsen, atributos presumidos no exercício da atividade jurisdicional. Daí porque dizer que:

Os juízos de valor só podem pretender ser válidos para todos, sempre e em todo lugar, e não apenas em relação ao sujeito do juízo, quando se referem

¹⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009; p. 01.

¹⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. *Prefácio à segunda edição*; p. XVIII.

¹⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009; p. 394.

¹⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009; p. 395.

a valores inerentes a uma realidade absoluta ou, o que dá no mesmo, quando são estabelecidos por uma autoridade absoluta¹⁹⁵.

Cabe aqui, no entanto, uma ressalva no tocante ao esclarecimento oferecido pelo positivista quanto à necessidade de pôr termo à discussão da validade dos juízos de valor. Em seção anterior, expôs-se a dificuldade mesma de se estipular objetivamente a validade última de um juízo de valor, porque também constituindo um juízo, e assim em diante, não mais como um *regresso infinito* na busca da justificação definitiva de um argumento, mas antes como uma forma de *projeção infinita* da busca pela validação definitiva.

A proposta da Teoria da Ação Comunicativa de Jurgen Habermas, justamente porque demasiado democrática, não oferece nada além de uma expectativa ideal no sentido de que as condutas seriam orientadas pelo entendimento (razão comunicativa), e não pelos interesses (razão estratégica). Acreditar na autoridade eventual de um improvável e intangível consenso como responsável pela validação última dos juízos corresponderia a um mergulho na maior e mais bem-aventurada utopia social já proposta.

É por isso que, repise-se, acometido ainda pelas influências do espírito positivista, Kelsen reconhece na autoridade burocrática, estatuída, procedimentalizada, a única capaz de oferecer respostas definitivas para os problemas socialmente levantados sem se abrir mão de um mínimo de racionalidade necessária à configuração da chamada segurança jurídica.

Aqui vale a citação de uma passagem tão extensa quanto é satisfatório o esclarecimento por ela proporcionado. *In verbis*:

Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou homicídio. Quando se diz que o tribunal verificou que um determinado praticou certo homicídio, embora 'na realidade' esse indivíduo não tenha cometido o homicídio em questão, ou que o tribunal verificou que um determinado indivíduo não praticou certo homicídio, embora esse indivíduo tenha executado tal homicídio, isso significa que o tribunal verificou a existência ou a não existência de um fato que, na opinião de outros não juridicamente competentes para essa verificação, não teve ou teve lugar. Do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos sobre se um determinado indivíduo praticou ou não certo homicídio. Essas opiniões são mais ou menos dignas de crédito, podem contradizer-se, e o próprio indivíduo suspeito de homicídio pode

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª Ed. São Paulo: MARTINS FONTES, 2000, p. 348.

confessar ou negar o fato. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer. Qual, é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal. Unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante. No entanto, a decisão judicial pode, quando a verificação nela contida do fato condicionante é tida como incorreta pelas partes no processo a quem, para tanto, a ordem jurídica confira poder, ser atacada por estas em recurso de instância. Quer dizer: o sentido subjetivo do ato da decisão não deve ser ainda assumido como sendo definitivamente o seu sentido objetivo. Tal só sucede quando a decisão judicial, em que se verifica que um determinado indivíduo praticou certo homicídio e se ordena que uma determinada pena lhe seja aplicada, transite em julgado, quer dizer: quando ela já não pode ser anulada em qualquer novo processo. Então, a opinião de que este indivíduo foi condenado estando inocente porque o homicídio verificado pelo tribunal não foi cometido ou foi cometido por outro indivíduo que não o condenado, ou porque o condenado não praticou um homicídio, mas um outro delito, fica juridicamente precludida. Com efeito, a proposição jurídica não diz: se um indivíduo determinado cometeu um homicídio, deve ser-lhe aplicada uma determinada pena, mas: se o tribunal competente, num processo determinado pela ordem jurídica, verificou, com força de caso julgado, que determinado indivíduo praticou homicídio, o tribunal deve mandar aplicar a este indivíduo uma determinada pena. No pensamento jurídico, o fato processualmente verificado vem ocupar o lugar do fato *em si* que, no pensamento não jurídico, condiciona o ato de coerção. Somente, esta verificação é, ela própria, um 'fato'; e, quanto a questão de saber se ela, no caso concreto, existe, se a verificação se operou sequer, se ela foi feita pelo órgão competente e pelo processo prescrito, é igualmente possível uma divergência de opiniões, tal como relativamente a questão de saber se a verificação foi 'correta' (isto é, conforme a realidade). E, assim, como uma decisão judicial pode ser atacada em recurso de instância com fundamento na inadequada verificação do fato de que um determinado delito foi praticado por determinado indivíduo, assim também o pode ser a execução da sanção com fundamento na não existência de uma decisão judicial, quer dizer, por incompetência do órgão ou deficiência do processo. O caso de, na opinião das partes, a ordem de execução de uma sanção se ter cumprido sem haver um processo prévio, é análogo ao caso de o tribunal ter verificado a prática de um delito, embora, na opinião das partes, nenhum delito tenha sido cometido. Neste último caso, pode a realização do delito ser de novo verificada no processo de recurso ou, quando pelo tribunal de recurso seja verificada a não-existência de um delito, ser anulado o comando de execução da sanção. Naquela outra hipótese, pode ser verificado no processo de recurso o fato discutido pelas partes de que a ordem de execução da sanção foi precedida de um processo judicial ou, no caso de se não concluir por uma tal averiguação, ser instaurado um processo judicial. O caso de, na opinião das partes, a decisão judicial provir de um tribunal incompetente ou resultar de um processo deficiente (viciado), é análogo ao caso de o delito ter sido praticado por outro indivíduo que não o condenado ou o delito que este efetivamente cometeu ser diferente daquele pelo qual foi condenado. Em todos estes casos, um processo judicial é objeto de outro processo judicial. Se este recurso de um processo judicial para outro é limitado pela ordem jurídica positiva, então há um processo judicial que já não pode ser objeto de um outro, então o lugar do fato de um processo judicial já não pode ser ocupado pelo fato deste processo judicial processualmente verificado, então é necessário aceitar o caso extremo de um último processo judicial como fato *em si*. Tal é o caso quando a decisão do tribunal de última instância transita em julgado. Isso significa que agora o sentido da decisão de última instância tem de ser assumido como seu sentido objetivo. Se, nesta decisão, se verifica (afirma) o fato negado pelas partes de que um processo judicial precedeu o comando de execução da sanção ou que existe a competência do tribunal da anterior instância negada pelas partes, que não existe a deficiência (vício) do

processo da anterior instância alegada pelas partes, então toda e qualquer opinião diferente fica juridicamente excluída¹⁹⁶.

Não há, acredita-se, nenhuma surpresa quando Kelsen identifica, na figura da autoridade competente, a única solução que se apresenta intelectualmente viável à problemática metodológica que assola a filosofia contemporânea.

Em lugar da teoria tradicional sobre a hierarquia das fontes e a submissão do juiz à lei, observa-se que a cúpula do Judiciário não pode contradizer a Constituição, em última análise, pois a própria Constituição afirma que quem diz o conteúdo do texto constitucional é o Supremo Tribunal Federal, o tribunal constitucional, e seus ministros já o afirmaram expressamente. Pode haver uma decisão judicial momentaneamente *contra legem*, mas dizer que uma decisão definitiva da corte constitucional é contrária à lei afigura-se uma *contradictio in terminis*. Ou seja, a Constituição diz o que os tribunais dizem que ela diz¹⁹⁷.

A aplicação de uma tal *teoria burocrática da legitimidade* não se mostra, contudo, inovação teórica ou metodológica no campo social, já que pode ser também identificada em diversos outros setores da sociedade, de forma até mesmo bem enraizada e aceite, muito embora não evidente.

Tem-se, por exemplo, as diversas práticas desportivas. Tomando o futebol a título exemplificativo, pode-se identificar a figura do árbitro que, na ocasião de ser chamado a decidir alguma questão, ostenta o poder absoluto e unilateral da palavra válida com relação à apresentação da resposta a essa mesma questão. E diz-se poder unilateral porque inexistente, por outro lado, nestas áreas, as garantias ostentadas pelo sujeito jurídico no que tange ao contraditório, à ampla defesa, e à fundamentação das decisões, tão celebradas pelos processualistas do Direito.

O mesmo fenômeno é ainda verificado no âmbito das comunidades acadêmicas, sobretudo quando considerado o sistema de titulações, aqui com maior semelhança aos moldes da sua versão no campo do Direito. Os títulos acadêmicos nada mais são do que o reconhecimento institucional (burocrático) de uma competência específica no que se refere à discussão de um determinado assunto. Tal competência traz consigo arraigada uma ideia de autoridade. Diz-se que o detentor de um título acadêmico tem voz na comunidade do diálogo científico, mas, nesse caso,

¹⁹⁶ Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009; p. 266/268.

¹⁹⁷ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional e o problema dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 20, nº 40, p. 135/136.

como no campo jurídico, o sujeito competente deve apresentar pretensões de justificação dos seus argumentos, ainda que, no final das contas, ele mesmo corresponda à instância julgadora destas mesmas pretensões, como sói acontecer.

Em ambos os casos é possível notar que a instituição de regime burocrático de competências ocorre de forma a evitar o anarquismo próprio das organizações destituídas de um poderio decisório institucionalizado para a solução dos conflitos que são inerentes à vida em sociedade. A própria existência dessas institucionalizações reflete a desconfiança, ou mesmo a impossibilidade, da resolução discursiva consensual dos conflitos.

Se de forma diversa fosse, as chamadas Juntas de Conciliação seriam suficientes a resolver consensualmente todos os processos judiciais, findando o processamento litigioso, já que as partes, orientadas racionalmente pela busca do entendimento comum, chegariam de bom acordo a um meio-termo na questão da resolução dos conflitos de ordem prática.

Portanto, umbilicalmente ligada à definição de autoridade em Kelsen é a análise da dimensão da legitimação externa da norma, se é que assim podemos chamar sua concepção de validade. Nas palavras do jurista, a validade de uma norma reside no fato de *“uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental pressuposta”*¹⁹⁸.

Normas jurídicas concebidas como decisões só podem ser fundadas em outras decisões, havendo, então, uma decisão última que estabelece inapelavelmente a legitimidade da série. Como as decisões normativas são proposições deonticas, de dever-se, a elas não cabe a alternativa verdadeiro/falso. Com isso, a possibilidade de se fundar a legitimidade em valores supremos é rechaçada¹⁹⁹.

Ou seja, é a determinação burocrática da competência, da autoridade responsável, e não do conteúdo, que fundamenta, em última instância, a legitimidade das decisões judiciais.

É de se notar, porém, que a resistência inicial causada ao reconhecimento da razoabilidade desta interpretação da atividade judiciária deve-se ao fato da

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009; p. 247.

¹⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Apresentação*. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição da Corte-Real. Brasília: UNB, 1980; p. 03/04.

circularidade ocasionada pela história do raciocínio crítico entre o problema da autoridade transcendental inicialmente posto, o percurso argumentativo desconstrutivista intentado na pós-modernidade, as consequências anárquicas do seu prosseguimento até as últimas consequências e, por fim, o surgimento da necessidade de reformulação de uma instância autorizada a decidir sobre questões de forma absoluta. A diferença única entre esta nova versão de autoridade e àquela típica da Modernidade se deve aos fundamentos de sua constituição. Antes, recorria-se ao fundamento transcendental da sacralização. Agora, tem-se o amparo da institucionalização de um procedimento público para a seleção meritória daqueles que exercerão a comentada autoridade²⁰⁰.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias lembra, nesse sentido, as precisas palavras de Luís Carlos Balbino Gambogi, quando afirma que:

com efeito, natural que, por mais hermética e completa que seja a ordem jurídica, ainda assim sobejará um grande poder nas mãos do magistrado. Este poder discricionário-não-arbitrário, por mais que irrite os positivistas, é inevitável. Não há como não concedê-lo. É que, com a caminhada da história, nada assegura a justiça, neste trabalho entendida como a melhor e mais exata interpretação no aplicar a lei, senão no espírito livre do magistrado. [...] Somente dele podemos esperar o que a lei, em abstrato, nos acena. No caráter do juiz reside o bom Direito²⁰¹.

É que não há como ignorar a evidenciação do fato que, com relação ao julgamento, em especial, de juízos de valor, **em** última instância e **como** última instância, a palavra final válida deve ser reconhecida à uma autoridade com caráter decisório absoluto, no nosso caso, o Órgão Judiciário, de forma a impedir a progressão infinita da cadeia de exigência de validação dos juízos ofertados discursivamente.

Cabe a nós, membros da comunidade acadêmica, enquanto insatisfeitos com a predita conclusão, primeiro reconhecer que a vida em sociedade exige a constituição de uma instância decisória que detenha a competência absoluta para proferir a palavra final em relação às questões que possam ser levantadas no interior dessa sociedade, de forma a gerar um nível nunca ideal, mas aceitável de segurança; e, segundo, por outro lado, propor soluções para o aperfeiçoamento dos métodos de

²⁰⁰ O já mencionado alhures concurso público de provas e títulos.

²⁰¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direto*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 133.

eleição dos ocupantes de cargos jurisdicionais perante o Órgão Judiciário, já que, em razão da exigência natural de ordenação da sociedade, não se pode afastar, nem tampouco diminuir, os poderes dessa instância decisória.

6 ANÁLISE DAS REPERCUSSÕES PRÁTICO-PROCESSUAIS DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde o ano de 1973 o Código de Processo Civil brasileiro já elencava, dentre os requisitos essenciais à sentença, os fundamentos:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem²⁰².

Já em 1988 a Constituição da República estabeleceu a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, determinando a nulidade dos proferimentos jurisdicionais que não antederem à exigência:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação²⁰³.

Cássio Scarpinella Bueno assegura que “toda decisão judicial, não só as sentenças, deve observar o disposto no art. 458. Este artigo estabelece um verdadeiro ‘roteiro lógico’ a ser seguido pelo julgador em qualquer caso”²⁰⁴.

Neste trabalho, frise-se, abordar-se-á mais especificamente a modalidade decisória sentencial, tendo em vista sua maior importância dentro do gênero decisório em razão do encerramento do mérito processual. Os despachos, por destinarem-se ao mero impulsionamento do processo e por não possuírem conteúdo decisório, não serão aqui considerados.

²⁰² BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973.

²⁰³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

²⁰⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 380.

Assim, com entrada em vigor no ano de 2015, o Código de Processo Civil brasileiro atual reforçou o mandamento constitucional, destinando um dispositivo próprio para consignar que “*Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”²⁰⁵. Além disso, o *códex*, ao tratar da sentença judicial, inovou quanto à alteração da nomenclatura referente aos seus componentes. Em 1973, falava-se em *requisitos essenciais*; a partir de 2015 tem-se os *elementos essenciais*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

*III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem*²⁰⁶.

Não se pode precisar a intencionalidade do legislador ao alterar o gênero dos chamados componentes da sentença de *requisitos* para *elementos*; mas há que se dizer que, já a partir de 1988, e sobretudo com a promulgação do Código de Processo Civil atual, a fundamentação consiste em verdadeiro *pressuposto de existência* da sentença, já que declaradamente *nula* caso não atenda ao mandamento constitucional.

Resta saber, no entanto, como deve dar-se esta fundamentação.

6.1 A relação do dever de fundamentação com o Devido Processo Legal

Com previsão legal no inciso LIV, do art. 5º²⁰⁷, da Constituição da República, o chamado devido processo legal configura a reunião, em uma só expressão, de todas as garantias processuais da jurisdição que se entende hoje por democrática. Nelson Nery consigna que da norma constitucional do *due process of law* decorrem todas as consequências processuais que garantem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Segundo o autor, é “o gênero do qual todos os demais princípios

²⁰⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

²⁰⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

²⁰⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

*e regras constitucionais são espécies*²⁰⁸.

O devido processo legal assegura às partes o direito *isonômico* ao *contraditório* e à *ampla defesa*, formalizando as condições técnico-procedimental-discursivas ideais da participação dos envolvidos na lide na formação da sentença.

Conforme lecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

ainda, porém, que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, a regra da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito²⁰⁹.

Manifesto sobretudo no aspecto da *ampla defesa*, o dever de motivação das decisões judiciais aqui é compreendido na sua função essencialmente endoprocessual, aquela em que são expostas as razões que levaram o julgador a fazer uma dada escolha para que, em sede recursal, possa ser exercido o controle interno da atividade judicante.

Contraditório, por sua vez, assegura Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, não pode ser desvinculado da *isonomia*. É que além de uma simples garantia de dizer e contradizer, garante-se uma participação processual em simétrica paridade.

Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos²¹⁰.

Todo esse arranjo normativo em torno das garantias processuais de uma condição ideal de discurso se dá em razão da tentativa de neutralizar, na medida do possível, a margem discricionária conferida ao julgador para o proferimento da decisão.

Sabe-se, no entanto, por todo o exposto, que as opções de mérito possibilitadas ao julgador para o pronunciamento de uma decisão juridicamente adequada são,

²⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; p. 77.

²⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2011; p. 291

²¹⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional a partir do caso brasileiro*. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010; p. 95-130. P. 104/105.

muitas vezes, mais de uma. É quando se tem presente, porque inevitável, o elemento subjetivo do julgador orientando uma opção, repise-se, jurídica, dentre todas as que lhe são disponíveis. O que não se pode pretender é idealizar as garantias processuais constitucionais a ponto de se vislumbrar uma estrutura normativa metodológica aperfeiçoada de tal forma que permita o alcance da única decisão possível, que aqui se metamorfoseia em única decisão correta.

Ora, por tudo que já foi exposto, não há mais como se falar na perseguição de uma decisão correta, nem tampouco da potencial capacidade do juiz de proferí-la (Hércules), pois que a tão almejada correção da decisão não passa de uma idealização subjetiva e, portanto, devido à sua indeterminação, não deveria ser perseguida.

A transformação realizada na compreensão da função jurisdicional, portanto, reside na supressão da expectativa de que as decisões sejam justas, porque esta é uma qualidade que não pode ser extraída da decisão em si mesma considerada, mas apenas atribuída a ela do lado de fora, como um julgamento de valor e, como tal, subordinado às individualidades de cada sujeito. O que ocorre, enfim, é satisfação das expectativas com as garantias processualmente institucionalizadas das condições ideais do discurso processual, possibilitando às partes, após participarem ativamente do deslinde processual e, se for o caso, mostrarem descontentamento com o provimento judicial, tenham a oportunidade de requerer uma nova avaliação da decisão que lhes afeta.

Exigir a correção da decisão judicial equivale a exigir o atendimento do bem comum da atividade administrativa do Estado, assim como a promoção dos interesses sociais na produção legislativa. Mas é cediço que em nenhum dos últimos casos essa expectativa idealista ultrapassou o caráter de aspiração popular e chegou a institucionalizar-se na forma de uma exigência objetiva, justamente em razão de a comunidade intelectual já ter notado que tais valorações (correção, bem comum e interesses sociais) não passam de subjetivismos, os quais nenhuma teoria metodológica, até o momento, foi capaz de tornar objetivos.

Ademais, com relação à afirmação de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias no sentido de que “a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional”, mas “construída com os argumentos desenvolvidos em

*contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos*²¹¹, algumas considerações podem ser feitas.

Acredita-se correta a predita afirmação somente se se entende decisão jurisdicional em sentido amplo, abarcando desde o acionamento inicial da instância judiciária e contemplando todo o processo (sentido amplo) constitucionalmente garantido às partes envolvidas até chegar a um provimento final.

Porém, se se entende por decisão jurisdicional o ato de vontade exercido intimamente pelo juiz ao escolher, dentre as opções que lhe são possíveis juridicamente, aquela que lhe parece mais adequada ao caso, então tem-se que admitir se tratar, nesse caso, de verdadeiro ato solitário do julgador. A sentença, a peça que põe fim ao processo, é construída pelas partes. O dispositivo, em especial, é construído pelo juiz, unicamente.

Enfim, reconhecendo bem a necessidade de criação de um ambiente adequado ao desenvolvimento de discursos críticos pelos destinatários das normas como a única forma de legitimar a atividade jurisdicional em sociedades pós-metafísicas, André Cordeiro Leal assevera ainda que:

[...] racional, agora, é a decisão proferida no âmbito de um Direito democrático positivo que se torna auto-referente por sua legitimação discursiva. Uma razão construída compartilhadamente mediante processos legislativos e jurisdicionais adequados que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade (colhida da estrutura procedimental, e não como atributo mítico do julgador) na reconstrução compartilhada dos fatos e do próprio Direito aplicável ao caso concreto²¹².

A legitimidade do provimento jurisdicional não está, portanto, na produção de consenso entre as partes, nem tampouco na auto-evidência de uma pretensão de verdade do juízo decisório, mas na garantia da participação procedimentalizada dos destinatários da decisão no convencimento do julgador como forma de evitar o problema do regresso/progressão infinito(a) a uma decisão última. Está no próprio processo que vai do ponto inicial do procedimento da tomada de decisão até a própria decisão tomada²¹³.

²¹¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; p. 128.

²¹² LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; p. 107/108.

²¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Apresentação*. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição da Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980; p. 04.

6.2 O livre convencimento motivado

A resposta à questão que foi previamente colocada vinha fixada no código processual civil brasileiro desde o ano de 1973. Naquela época, o artigo 131 dispunha que *“o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”*²¹⁴. Ficou aí consagrada a chamada regra do *livre convencimento motivado*.

O Código de Processo Civil brasileiro atual, embora tenha mantido o critério de apreciação da prova estipulado no regulamento anterior, suprimiu do seu texto a expressão *livre*: *“Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”*²¹⁵. Fê-lo, acredita-se, na tentativa de ocultar a discricionariedade própria da atividade decisória, muito embora as consequências práticas da atividade decisória tenham sido mantidas.

Pois bem. A opção por este método de conceber a fundamentação decisória advém, acredita-se, da percepção, ainda que singela, por parte dos legisladores, das crises aqui apontadas no tocante à epistemologia e à metodologia pós-modernas. O problema do acesso à *verdade* já vem há alguém tempo sendo observado por alguns processualistas, embora não com a profundidade de uma análise notadamente filosófica.

Para Maria João Bogas Ermida Lourenço:

o conhecimento alcançado no processo será sempre condicionado e relativo: provado não é sinónimo de verdadeiro. Chegamos a uma verdade relativa, aproximada, contextual, histórica, sempre em função da extensão e qualidade das provas produzidas. Falamos abertamente da “verdade formal” quando pretendemos alcançar a “verdade material”²¹⁶

Em razão mesmo do que já foi discutido em seções anteriores, tem-se que ao julgador somente é possível oferecer uma pretensão de validade no tocante a uma relação específica entre fundamentos e dispositivo decisório. Não se demonstra nunca

²¹⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973.

²¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015.

²¹⁶ LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. *Convencimento e verdade nos processos judiciais*. Revista de Direito; Vol. 10, nº 02; Viçosa, 2018; p. 350.

uma condição hegemônica de verdade, seja de uma prova ou de um argumento processual²¹⁷.

Matta reconhece que *“o conhecimento da verdade na maioria das situações pressuporia uma impossível incursão na mente humana, empreitada essa cuja dificuldade, de patente que é, não necessita de ser sublinhada”*²¹⁸. Com efeito, uma ideia de “verdade processual” é genuinamente especulativa, porque somente acessível através de ficções narrativas. E não se pode entender de outra forma, pois, não sendo os fatos ou provas por si só auto-evidentes, ou interpretativos de si próprios, carecem, nesse sentido, de um intermédio descritivo/explicativo, o que sempre será condicionado à subjetividade do intérprete. *“Desde el punto de vista dialéctico, el texto te la argumentación se mueve sobre las probabilidades, nunca sobre certezas. [...] La argumentación se asienta en el campo de lo verosímil e de lo probable, y, por tanto, se opone a la evidencia”*²¹⁹.

O mestre italiano Luigi Ferrajoli, citado no trabalho de Vitor Gonçalves Machado, embora compreenda a importância do conceito de verdade para a elaboração de uma teoria jurídica, reconhece que a falta de critérios objetivos para assegurar a suposta veracidade de uma tese judicial torna ineficaz o próprio conceito de verdade processual²²⁰.

Face à situação, a tendência pós-moderna, como já expresse em outra oportunidade, aponta para a necessidade de institucionalização de condições procedimentais ideais de discurso, resumidas no Devido Processo Legal, de forma a favorecer a construção democrática de uma epistemologia jurídica que se constitui no termo final colocado por uma autoridade competente.

O ideal é que o julgador conduza o processo observando as regras procedimentais, mas oportunize às partes um espaço processual argumentativo, no qual estas possam debater e apresentar todas as provas e documentos que considerem relevantes para o atendimento de sua pretensão, em simétrica paridade, ao passo que na formulação do ato final

²¹⁷ Analogamente, nas *hard sciences* pode-se trabalhar com os resultados de uma pressuposta teoria atômica, mas não se pode garantir, por outro lado, a existência mesmo de átomos.

²¹⁸ MATTA, P. S. *A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença*. In: PALMA, M. F. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004; p. 231.

²¹⁹ ÁLVAREZ, Miriam. *Tipos de escrito II: exposición y argumentación*. Madrid: Arco/Libros, 1994; p. 26. Tradução do autor: *“Do ponto de vista dialético, o texto da argumentação versa sobre probabilidades, nunca sobre certezas. [...] A argumentação se refere ao campo do verossímil e do provável, e, portanto, se opõe ao da evidência”*.

²²⁰ MACHADO, Vitor Gonçalves. *O problema da “verdade processual”: nova perspectiva sobre a busca da verdade pela prova no processo civil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Vol. 14, nº 28, 2011; p. 210.

do processo aquele mesmo julgador tenha como limites os fatos e fundamentos alegados. Ao final o que se tem não é uma decisão tomada pelo juiz, mas um provimento jurisdicional, que visa à melhor solução possível do caso concreto, construído pelas partes processuais dialogicamente e em plena concordância com os princípios constitucionais do devido processo²²¹.

Maria João Bogas Ermida Lourenço assevera, contra toda a postura otimista assumida pelas autoras Isabella Carolina Miranda e Ana Paula Brandão Ribeiro, que *“o processo não é um espaço de cooperação, colaboração ou simpatias e amizades, mas antes de posições antagônicas, muitas vezes extremadas, trabalhadas e estrategicamente pensadas. Aliás, é precisamente o conflito a origem do Direito”*²²². Daí os avanços atuais nas tentativas de compreensão do fenômeno como jogos interacionais não cooperativos (Teoria dos Jogos).

É porque o fornecimento de um espaço democrático para a manifestação do discurso não consegue, por si só, garantir a imparcialidade do debate no ambiente processual em que os sujeitos estão diretamente interessados no resultado da discussão²²³. Tem-se, ao contrário, um forte incentivo para a manutenção de discursos cada vez mais contaminados e afastados daquele ideal de verdade de outros tempos.

Combinando-se a dificuldade de descoberta da verdade material e o processo judicial como palco de histórias, facilmente se percebe que a tendência, provavelmente inevitável, será a de encarar a realização do Direito como uma medida de forças entre as narrações trazidas pelas partes.

[...] o processo acaba reduzido a uma escolha, pelo juiz, de uma das versões sobre a ocorrência dos fatos pelas partes, ou pela criação de uma nova versão, versão própria, com elementos das várias histórias contadas, procurando uma articulada coerência entre todas elas. O resultado lógico será a redução do processo à necessidade egoísta do convencimento do julgador²²⁴.

²²¹ MIRANDA, Isabella Carolina; RIBEIRO, Ana Paula Brandão. *A jurisprudencialização do direito como violação às garantias fundamentais*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Vol. 16, nº 32, 2013; p. 12. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p42>; acesso em junho de 2019.

²²² LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. *Convencimento e verdade nos processos judiciais*. Revista de Direito; Vol. 10, nº 02; Viçosa, 2018; p. 355.

²²³ “A realidade de uma narrativa judicial é a de que o arguido pode perder dinheiro, reputação ou liberdade se o julgador de facto não acreditar na sua história. Estes altos riscos fornecem um forte incentivo para distorcer factos, contar meias verdades, mentir ou ser muito criativo ao recontar os acontecimentos pertinentes” (LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. *Convencimento e verdade nos processos judiciais*. Revista de Direito; Vol. 10, nº 02; Viçosa, 2018; p. 356).

²²⁴ LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. *Convencimento e verdade nos processos judiciais*. Revista de Direito; Vol. 10, nº 02; Viçosa, 2018; p. 353/354.

Às partes é sim assegurada tão somente a *oportunidade* de influir nesse convencimento do juiz e na formação das suas razões decisórias, o que não corresponde, por outro lado, à pretensão de determinação efetiva do *decisum*, como pretendem alguns autores fazer entender. Pretender que a atividade jurisdicional fique consubstanciada no conteúdo argumentativo colacionado pelas partes durante a condução processual é consagrar o não-juiz já anunciado por Jorge Luiz Souto Maior²²⁵, que, como bem reconhecem as precitadas autoras, não mais exerceria uma atividade propriamente decisória, mas sim uma operação de cunho lógico, determinando qual argumentação seria mais consistente e apta a ser julgada vencedora. Nesse caso, a jurisdição deixaria de se vincular aos parâmetros de legalidade e se transformaria em verdadeiro palco de disputas retóricas. E, nesse sentido, como já ensinava Arthur Schopenhauer, há várias maneiras de se vencer um debate sem ter razão²²⁶.

Se se entender que o ato decisório se resume a uma conclusão lógica da argumentação das partes, no sentido de que será procedente a ação em favor daquele que melhor argumentar em seu favor, resta ao juiz, no ato de fundamentação desta mesma decisão, cingir-se a explicar os motivos pelos quais a argumentação de uma das partes se sobressaiu à da outra. O *decisum* se resumiria à uma ponderação de argumentos que, na sua essência, também se constitui de um ato valorativo. O sopesamento argumentativo não é auto-evidente, e, por esta razão, ainda que se entendesse a atividade jurisdicional dessa forma, aí restaria incluído, mais uma vez, aquele elemento de discricionariedade que os processualistas tanto buscam eliminar. Mas esta com certeza não é a realidade da prática judiciária brasileira.

Ora, se às partes fosse assegurado o *direito* de influir diretamente da decisão judicial, seria desnecessária a figura de um terceiro julgador, independente e íntegro, para a solução da lide, já que todos os elementos necessários ao pronunciamento decisório já estariam em posse dos jurisdicionados. Nesse caso, toda e qualquer disputa judicial se resolveria por intermédio das juntas de conciliação, onde, aí sim, os envolvidos estariam diretamente envolvidos na produção da decisão que lhes vincula.

²²⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Novo Código de Processo Civil e o não-juiz*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Vol. 18, nº 35, 2015.

²²⁶ SCHOPENHAUER, Artur. *A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias*. Organização de Franco Volpi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Sem falar no fato de que, sendo antagônicas as posições discursivas dos litigantes, assumir que suas argumentações influirão, ambas, no conteúdo decisório seria pretender que a sentença se fizesse mesmo contraditória, porque reuniria elementos de discursos argumentativos diametralmente opostos.

Além disso, importa ressaltar, quanto à algumas reivindicações no sentido de que seria necessário o juiz enfrentar individualmente todos os argumentos apresentados pelas partes, tem-se que, por si só, não se sustentam, haja vista configurarem uma demanda meramente quantitativa, e não qualitativa. Isto quer dizer que, enfrentando todos, enfrentando alguns, ou mesmo não enfrentando qualquer argumento invocado pelas partes, em qualquer desses casos, o convencimento do julgador já estará formado no momento da elaboração da sua decisão, ou seja, a argumentação de cada parte já terá cumprido seu papel na tentativa de influência no pensamento do magistrado, pois primeiro o juiz decide, só depois ele fundamenta, ou como acertadamente afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o magistrado *“tende a construir o silogismo jurídico às avessas, criando, intuitivamente, a conclusão a que deve chegar e buscando, regressivamente, para ela, as justificações necessárias”*²²⁷.

Daí como bem identificada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira a tendência atual da jurisprudência em inclinar-se, decididamente, *“no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível”*²²⁸.

E, como tem sido reconhecido, no empreendimento da motivação *desse livre convencimento* o juiz não encontra qualquer embaraço que possa limitar sua atividade. O limite da sentença, sabe-se, é o pedido, cuja análise se faz no dispositivo decisório. Fundamentos e dispositivo são, a teor do art. 489 do Código de Processo Civil, elementos distintos da sentença. Maria Thereza Gonçalves Pero assegura que *“em nenhuma norma se vê explicitado qual seria o conteúdo mínimo necessário para que se considere uma sentença suficientemente motivada, ou qual a estrutura lógica desse conteúdo obrigatório”*²²⁹.

A dogmática jurídica, por outro lado, apresenta ainda algumas confusões quanto a este aspecto, em especial quando busca vincular toda a fundamentação jurisdicional ao conteúdo argumentativo suscitado no processo, enquanto que a única

²²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 92.

²²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147/148.

²²⁹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001; p. 71.

determinação legal é referente ao dispositivo, que, a saber, é outro e diverso componente da sentença. É o que fica evidenciado em posições como a de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, para quem:

A falta de fundamentação é causa de nulidade da sentença. É preciso que o juiz se pronuncie sobre todas as questões essenciais, que repercutam na solução da lide [...], sob pena de a sentença ser considerada *citra petita*. [...] Não haverá nulidade se o juiz silenciar sobre questões irrelevantes ou secundárias, sem influência sobre o julgamento²³⁰.

Ao juiz é vedado exceder (*ultra petita*) ou extrapolar (*extra petita*) os *pedidos* formulados pelas partes, conforme expressamente consignado no Código de Processo Civil brasileiro, no art. 492²³¹ e no art. 141²³², respectivamente. Porém, nada é dito com relação aos limites da fundamentação do *decisum*, justamente porque livre ao julgador para se fazer coerente ao dispositivo decisório.

Além do mais, aqueles que se propõem a dizer, como o precitado autor, que é dever do juiz, na apreciação da prova colacionada aos autos, enfrentar os “pontos mais relevantes da controvérsia”, podendo deixar de lado “questões periféricas”, criam para si o dever de estabelecer, objetivamente, o método capaz de discriminar os elementos processuais entre *relevantes* e *periféricos*. Do contrário, deixar esta classificação à discricionariedade subjetiva do julgador (ou mesmo do comentador) corresponderia, em verdade, na inexistência de tal separação. Se o julgador deve analisar detidamente os pontos relevantes da controvérsia, mas se fica a critério do mesmo julgador definir quais são justamente estas questões relevantes, não há, afinal, qualquer sentido em se falar nessas tais questões relevantes.

Outro ponto que se faz necessário ressaltar consiste na *validade* da fundamentação. Muito embora já se tenha tocado no assunto em seções anteriores deste trabalho, reafirma-se aqui a compreensão da validade da fundamentação decisória como presumida na própria autoridade competente. Falar-se em uma apreciação valorativa da fundamentação traz a necessidade de estipulação de uma

²³⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento e procedimentos especiais*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 25.

²³¹ “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (BRASIL. Código de Processo Civil. 2015).

²³² “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (BRASIL. Código de Processo Civil. 2015).

autoridade competente para avaliar o juízo através de um outro juízo, e assim sucessivamente, em uma cadeia progressiva sem fim.

Sérgio Nojiri defende bem a posição de que:

a decisão judicial proferida, mesmo contendo vícios de fundamentação, não pode ser considerada nula ou inexistente. Ao entrar no sistema jurídico, ela adquire status de validade, até e enquanto não surgir um determinado ato jurídico ou norma jurídica para expulsá-la. Considerá-la nula ou inexistente representaria, no dizer de Kelsen, um contradição em termos²³³.

O que significa dizer, por outras palavras, que a decisão é presumivelmente válida e que sua ilegitimidade só se configura quando declarada procedimentalmente pela autoridade institucionalmente competente.

Disseminado por todo o Judiciário brasileiro, esse entendimento foi formalmente consolidado pelo Supremo Tribunal Federal na sessão de julgamento do dia 23 de junho de 2010, na reconhecida Repercussão Geral da Questão de Ordem levantada no Agravo de nº 791.292, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

*Antiga é a jurisprudência desta Corte segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão*²³⁴.

Mais uma vez reafirmada a noção de que não se exige uma correta fundamentação da decisão judicial, mas tão somente uma fundamentação suficiente a ser analisada, agora sim, como correta ou incorreta.

Portanto, realizada a livre apreciação dos argumentos e provas que compõem a lide, o magistrado deve tão somente, para cumprir o dever constitucional de fundamentação e conferir validade à sua decisão, estabelecer um raciocínio lógico-dedutivo entre as premissas argumentativas assumidas e o dispositivo decisório. Se acertada ou incorreta a valoração dos elementos que o levaram a decidir de tal modo, fica a cargo dos Tribunais Superiores, exclusivamente, porque institucionalmente competentes, decidir.

Neste modelo, em que as escolhas axiológicas discricionárias ao juiz devem

²³³ NOJIRI, Sérgio. *Apud* ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 145.

²³⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>. Acesso em outubro de 2019.

ser articuladas em forma de inferência lógica, reafirma-se o papel elementar da fundamentação das decisões como jeito de assegurar o controle, em sede recursal, da coerência da decisão.

6.3 As hipóteses de não-fundamentação da sentença

Uma decisão não fundamentada, em termos lógicos, é aquela de cujo teor argumentativo se pode extrair a conclusão dispositiva. Pressupõe uma análise, pode-se dizer, meramente formal da peça decisória. É essa a única possibilidade de não-fundamentação, e só pode ser assim²³⁵.

Por outro lado, as exigências extraídas do texto normativo previsto no § 1º do inciso II do art. 489 do Código de Processo Civil vão além dessa racionalidade apenas formal da sentença. Trata-se, em verdade, da tentativa de se estabelecer parâmetros objetivos para a definição do que será considerado, a partir de então, em resumo, como clareza e coerência da decisão. Esse *plus* deveria, no entanto, modificar a relação das sanções processuais direcionadas à sentença, notadamente porque distinta a capacidade de produção de efeitos, o que não foi observado pelo Código Processual.

Rogério Bellentani Zavarize adverte que não se deve confundir sentença não fundamentada, que se define pela adequação lógica da conclusão às premissas argumentativas, com sentença mal fundamentada, na qual o juiz se equivoca ao apreciar questões de fato e/ou de direito²³⁶. Uma decisão mal fundamentada, que ela existe, que não é nula.

Conforme já dispunha no inciso IX do art. 93 da Constituição da República, datada de 1988, a pena para a decisão judicial *não-fundamentada* é a de nulidade. E assim mesmo deve ser, até porque na ausência de fundamentação tem-se a violação das garantias processuais constitucionais e, portanto, do devido processo legal, ou seja, daquela estrutura que legitima a atividade judicante. No segundo caso, contudo, a sentença *mal fundamentada* pode ser chamada ilegítima, errada, absurda, autoritária etc., mas é justamente pelo fato de poder-se atribuir a ela um adjetivo que se torna inegável que ela é uma decisão, considerada inválida do ponto de vista do

²³⁵ Falar-se em *hipóteses de não-fundamentação*, no plural, já configura em si mesmo um contrassenso. Aí mais uma vez reforçada a ideia de que se tratam de hipóteses de *mal fundamentação*.

²³⁶ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 80.

sucumbente, justamente porque foi produzida no ambiente processual constitucional do devido processo legal.

Se se pretendem novas regras para o aperfeiçoamento ideal da fundamentação judicial, como o faz o Código de Processo Civil, acredita-se que tais regras devem ligar-se à validade do ato decisório, e não à existência, como foi colocado na legislação processual.

Pois bem. Tecidas tais considerações de cunho teórico, cabe agora considerar a efetividade prática do dispositivo.

Quanto ao Código de Processo Civil atual, publicado recentemente no ano de 2015, pode-se dizer que foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores²³⁷. Assim traz disposto:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
 [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
 I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
 II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento²³⁸.

Longe, porém, de pretender realizar uma análise exaustiva dos incisos que indicam as condições de não-fundamentabilidade da sentença, propõe-se aqui tecer alguns singelos comentários com relação ao conteúdo destas disposições de forma a apresentar algumas das dificuldades introduzidas na prática jurisdicional brasileira.

Na hipótese descrita no inciso I, o legislador entendeu por bem exigir do julgador o cuidado de indicar por que a norma jurídica incidiria no caso concreto,

²³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 01. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; p. 1535.

²³⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015.

expondo se e de que modo estaria preenchida a hipótese de incidência descrita no²³⁹. Trata-se da explicação relacional das condições de fato apresentadas no caso com a norma jurídica aplicada.

Para um comentador “o que não pode é o magistrado simplesmente repetir o texto normativo, ou parafraseá-lo, deixando aos destinatários do ato decisório a tarefa de intuir o raciocínio de subsunção que ele, juiz, fizera”²⁴⁰.

De fato, não se pode delegar à parte a responsabilidade de inferir, dos dispositivos aplicados, o raciocínio desenvolvido pelo julgador, daí demonstrar-se relevante a normatização da exigência como forma de contribuir para a melhoria da atividade decisória.

No tocante ao *emprego de conceitos jurídicos indeterminados* (inciso II), tem-se por essencial, para que não haja prejuízos ao direito de recurso das partes, a confrontação dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais em relação ao caso posto. É exigido do juiz que, na interpretação e aplicação de normas jurídicas consideradas vagas, evidencie o sentido e os efeitos dali extraídos.

As cláusulas gerais, em especial, impõem desafio cognitivo e interpretativo mais intenso para o magistrado, exigindo criatividade mais aguçada, caso em que se reconhece o exercício de poder caracteristicamente discricionário, com a produção de decisão que se tem chamado de “determinativa” - e que exige uma fundamentação muito mais cuidadosa, afinal, o julgador, como intérprete e aplicador, irá deparar-se com texto de linguagem extremamente aberta e vaga, que não define pontualmente a hipótese, tampouco suas consequências, e que comporta não só uma vastidão de significados como também uma variedade de efeitos²⁴¹.

Assim, aqui também se mostra adequada a inovação legislativa como forma de efetivar o acesso das partes ao duplo grau de jurisdição.

Porém, o mesmo já não pode ser dito, pelo menos a princípio, com relação ao inciso III do aludido diploma legal. Ora, exige-se que a fundamentação da decisão seja de tal forma individualizada que não se preste a justificar nenhuma outra decisão

²³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 02. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016; p. 330.

²⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 02. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016; p. 337.

²⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 02. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016; p. 340.

possível. Pois bem. Tem-se a instituição da fatigante tarefa de individualizar a fundamentação cada vez que uma lide diferente é posta a apreciação do julgador, mas, por outro lado, nada é dito no sentido de evitar a distribuição de demandas cujo conteúdo argumentativo se apresente adequado a *toda e qualquer ação* daquele mesmo tipo. Em outras palavras, se o advogado é livre para distribuir “petições iniciais padrão”, onde a única diferença identificável é a qualificação das partes, por quê deve ser exigido do juiz, em contrapartida, que a fundamentação seja individualizada em cada uma dessas decisões? É uma exigência, nesse caso, mesmo impossível de ser atendida, já que os elementos constantes em cada uma das decisões seriam os mesmos, não possibilitando acesso a nenhuma base empírica distinta sobre a qual a fundamentação pudesse ser individualizada.

Além disso, é preciso consignar que em grau de recurso o argumento “*mantenho a decisão por seus próprios fundamentos*” deve ser admitido como válido, analogamente à fundamentação *per relationem*. Ora, se já existe uma decisão para o caso, e se sua validade deverá ser mantida, não há razão para exigir que os fundamentos ali expostos sejam mais uma vez fundamentados. Entender de maneira diversa implicaria na imputação aos Tribunais Superiores do dever de fundamentar os próprios fundamentos apresentados nas decisões proferidas em primeira instância, numa tentativa fútil de apresentar ao recorrente novos argumentos para sua sucumbência. E assim seria com toda a cadeia recursal, pois que ela corresponde, na prática, à um pedido ulterior de fundamentação da fundamentação, assim sucessivamente, até a instância última de julgamento, a quem caberia, nessa lógica, fundamentar novamente todas as decisões proferidas no processo.

Em sendo mantida a decisão recorrida, está cumprido o dever de fundamentação, porquanto já existe decisão anterior, em que os fundamentos já foram externados e agora são simplesmente ratificados, não sendo razoável exigir que nova e diversa fundamentação seja proferida. É uma espécie de fundamentação *per relationem*.

[...] A situação será outra se o juiz acolher os motivos recursais [...]. Em tal hipótese, a necessidade de adequada fundamentação é evidente, porque nova decisão, alterando a primitiva, será colocada²⁴².

Portanto, acredita-se que o disposto no inciso III do § 1º do inciso II do art. 489 do Código de Processo Civil não atende integralmente a finalidade de provocar o

²⁴² ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004; p. 69.

aprimoramento da atividade decisória, mas antes, cria embaraços à própria efetivação da prestação jurisdicional.

Sobre a necessidade de enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, algo já foi dito em seção anterior. Porém, em que pese a jurisprudência pátria ter consagrado a desnecessidade de enfrentamento de todas as questões suscitadas no processo, de maneira geral, aqui tem-se uma inovação interessante. Como sustentam Didier, Oliveira e Braga:

para acolher o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para negar o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda²⁴³.

De fato, assim parece dever ser, já que a não apreciação de algum argumento aduzido pela parte sucumbente gera a desconfiança sobre a possibilidade de o argumento sequer ter sido lido pelo julgador.

Tem-se, desse modo, não uma contradição ao entendimento jurisprudencial consolidado pelas Cortes brasileiras, mas, por outro lado, uma especificação maior daquele entendimento.

Por fim, quanto às hipóteses dos incisos V e VI, relativas à aplicação, ou não, de precedentes e enunciados de súmula, tem-se, no primeiro caso, uma regra que, em suma, reproduz aquela presente no inciso I do mesmo dispositivo legal, referindo-se, no entanto, às regulamentações oriundas não mais da atividade legislativa e sim da atividade judiciária. É o suficiente à sua compreensão.

Já no tocante ao inciso VI, tem-se que para deixar de aplicar precedentes e enunciados de súmula o magistrado terá de demonstrar que o caso apreciado apresenta peculiaridades em relação àquele que ensejou o precedente. Trata-se do *distinguishing* (ou *distinguish*), método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente.

Na mesma esteira seguem Didier, Oliveira e Braga quando afirmam que:

²⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 02. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016; p. 343.

se, para aplicar um precedente ou enunciado sumular, o juiz tem o dever de demonstrar que os fatos sobre os quais se construiu a sua *ratio decidendi* são equivalentes àqueles que animam o caso posto, para deixar de aplicá-los também lhe é exigível que faça a distinção, apontando as diferenças fáticas que, no seu entendimento, justificam a não aplicação do precedente ou enunciado sumular no caso concreto, ou que informe a superação (*overruling* ou *overriding*) do precedente invocado²⁴⁴.

Nesse último caso, mais especificamente do que nunca, o legislador expressa claramente sua desconsideração pela distinção entre decisão não-fundamentada e decisão mal fundamentada. É porque, em verdadeira tentativa de vinculação do conteúdo decisório, taxa-se, *a priori*, de não-fundamento todo aquele *decisum* que não atender às orientações de precedentes e súmulas, como se esta fosse a condição elementar da fundamentação dos atos decisórios.

Efetuada essa observação, reconhece-se que os dispositivos constantes no § 1º do inciso II do art. 489 do Código de Processo Civil visam tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, apresentando ao julgador, já de antemão, os fundamentos que serão usados para a reforma da sua decisão, caso não atendidos. Não deixa de ser, em última instância, uma tentativa de vincular o conteúdo das apreciações judiciais.

²⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 02. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016; p. 347.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão que se propôs inicialmente responder no presente trabalho foi a seguinte: o que determina se uma decisão jurídica é fundamentada ou não? Mas junto desse questionamento vem outro acerca da possibilidade de auto-evidenciação de uma tal condição de fundamentabilidade; o que não se pode garantir.

Portanto, antes de tentar identificar o conteúdo de uma possível resposta para a primeira pergunta foi preciso analisar a própria forma pela qual se expressaria esse tal conteúdo: o juízo; e sobre a auto-evidencialidade dos juízos não se pode apresentar defesa. Como, então, garantir a legitimidade intersubjetiva de qualquer método avaliativo dos juízos, sobretudo do juízo de fundamentabilidade? Este é o ponto em torno do qual o foco da pesquisa foi direcionada.

Buscou-se delinear brevemente o surgimento do movimento conhecido como pós-modernidade e as consequências do desconstrutivismo para a ordem social moderna. A transcendentalidade (externa ao homem) como fator de validação do discurso foi rejeitada, porque demasiado metafísica. Em seu lugar foi posta razão cartesiana (interna ao homem), porque supostamente mais concreta para ocupar a mesma função, seja mediante o recurso à intuição espiritual ou à percepção dos sentidos²⁴⁵.

A consequência daí advinda é que qualquer pessoa, a partir de então, constitui um próprio Deus, seu próprio Deus, uma fonte de autoridade em si mesma detentora do poder discursivo da verdade, que a nenhuma outra autoridade se submete. Protágoras ficaria contente ao descobrir que parece comprovada, finalmente, a tese de que “*o homem é a medida de todas as coisas*”.

Nesse sentido, impecável a lição de Alexis de Tocqueville:

Quanto à ação que a inteligência de um homem pode exercer sobre outro, ela é, necessariamente, bastante restrita num país onde os cidadãos, que se tomaram mais ou menos iguais, *se veem todos de muito perto*, e, não sentindo em qualquer um deles qualquer sinal de grandeza nem de superioridade incontestáveis, são continuamente reconduzidos à sua própria razão como fonte mais visível e mais próxima da verdade²⁴⁶.

²⁴⁵ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976; p. 33.

²⁴⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Apud*. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: REVAN, 1999; p. 85.

Vê-se que resultante das intentadas desconstrutivistas desencadearam um processo inverso àquele que sucedeu à constituição dos Estados Nacionais. Ao invés de suprimir liberdades individuais para construir uma autoridade pública e integralizadora dos discursos sociais, tem-se a deslegitimação dessa autoridade pública, promovendo a reafirmação cada vez mais incisiva de individualidades singulares que a todo momento suscitam conflitos.

Ora, vivemos em estruturas sociais conhecidas como Estados Nacionais, cuja estrutura traz consigo a demanda pela reafirmação constante da sua soberania na atividade dos seus três órgãos funcionais. No Judiciário, a soberania se materializa no poder decisório final a respeito de qualquer assunto dito jurídico. Não há espaço para discussão acerca da melhor decisão – mesmo porque soberania e dialeticidade são ideias que se opõem –, mas tão somente uma instituição (judiciário) soberana que prescinde de qualquer legitimação prática. A legitimação da atuação jurisdicional, assim como também a da atuação administrativa e a da atuação legislativa, já teria acontecido no instante mesmo de formação do Estado. Toda especulação teórica no sentido de exigir legitimação prática da atividade estatal estaria, em tese, atentando contra a própria autoridade soberana do Estado.

Mas foi exatamente isso que aconteceu. Assim, restou aos teóricos procurar outra fonte de legitimação da autoridade pública, porque um eventual *Contrato Social* já entrava mesmo em crise.

Alguns apontaram para a necessidade de um consenso racional, obtido por participantes que interagem em um ambiente ideal de discurso, em torno do melhor argumento. Mas a extensão das dificuldades de formação de um tal consenso é diretamente proporcional à variedade ideológica e de interesses presente na sociedade.

A pragmática social não tem a “simplicidade” que possui a das ciências. É um monstro formado pela imbricação de um emaranhado de classes de enunciados (denotativos, prescritivos, performativos, técnicos, avaliativos, etc.) heteromorfos. Não existe nenhuma razão de se pensar que se possa determinar metaprescrições comuns a todos estes jogos de linguagem e que um consenso revisável, como aquele que reina por um momento na comunidade científica, possa abarcar o conjunto das metaprescrições que regulem o conjunto dos enunciados que circulam na coletividade.
[...] Por esta razão, não parece possível, nem mesmo prudente, orientar, como faz Habermas, a elaboração do problema da legitimação no sentido da

busca de um consenso universal em meio ao que ele chama o *Diskurs*, isto é, o diálogo das argumentações²⁴⁷.

Não há, em resumo, incentivos fortes o suficiente para que os sujeitos orientem suas ações, e sobretudo seus discursos, para o entendimento²⁴⁸. Muito ao contrário, todos os incentivos (econômicos) apontam para a necessidade cada vez maior de um agir voltado ao interesse particular.

A outra opção foi reconhecer (muito embora esse reconhecimento pareça hoje esquecido) as limitações próprias à linguagem discursiva no tocante às possibilidades de construção de um ambiente intersubjetivo dito “real”. Quanto a esse ponto, preciosas as lições de Luhmann a respeito da necessidade de criação dos *meios de comunicação simbolicamente generalizados* como forma de assegurar maior aceitabilidade das mensagens discursivas que circulam socialmente²⁴⁹. Retoma-se a necessidade de institucionalização de autoridades.

No caso do Órgão Judiciário, tem-se a eleição de uma autoridade como competente para a solução das controvérsias sociais, autoridade esta que detém o poder de dizer, sempre, a *última palavra*. E como instância decisória última, a jurisdição estatal não pode se submeter, até mesmo como consequência lógica da sua condição, a nenhum tipo de controle externo da sua atividade.

²⁴⁷ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009; p. 117/118. Bauman expressa semelhante pensamento: “vivemos num mundo diversificado e polifônico, onde toda tentativa de inserir o consenso se mostra somente uma continuação do desacordo por outros meios” (BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998; p. 251). MacIntyre adverte que “um dos fatos mais surpreendentes nas ordens políticas modernas é que elas não possuem foros institucionalizados nos quais as discordâncias fundamentais possam ser sistematicamente exploradas e mapeadas, e muito menos fazem qualquer tentativa de resolvê-las. O próprio fato da discordância frequentemente não é reconhecido, sendo escamoteado por uma retórica do consenso” (MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991; p. 13/14). E segue dizendo que: “a característica mais marcante da linguagem moral contemporânea é ser muito utilizada para expressar discordâncias; e a característica mais marcante dos debates que expressam essas discordâncias é seu caráter interminável. Não quero com isso dizer apenas que esses debates se arrastam - embora seja o que ocorre — mas também que obviamente não conseguem chegar a um fim. Parece que não existe meio racional de garantir acordo moral em nossa cultura” (MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001; p. 21).

²⁴⁸ “Normas garantem as expectativas, mas não o comportamento correspondente” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Apresentação*. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição da Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980; p. 02).

²⁴⁹ O poder (soberania) como um deles.

Mas essa necessidade, mesmo natural, de institucionalização dos meios de tomada de decisão e de definição daquilo que se entende por realidade fez emergir, conforme bem apontado por John Hardwig:

A conclusão de que é por vezes irracional pensar por si — que a racionalidade por vezes consiste em ter deferência pela autoridade epistêmica e, conseqüentemente, em aceitar passiva e acriticamente o que nos é dado para acreditar — parecerá estranha e inaceitável a quem tem apego pelo individualismo epistêmico, pois faz erodir o seu paradigma de racionalidade²⁵⁰.

Em tempos pós-modernos, sobretudo, o reconhecimento da condição de dependência epistêmica em que o sujeito se encontra quando inserido no mundo social intersubjetivo é profundamente inquietante, “*porque mostra até que ponto até mesmo a nossa racionalidade se apoia na confiança, e porque é uma ameaça a um dos nossos valores mais acarinhados — a autonomia*”²⁵¹.

A angústia, portanto, criada na sociedade em torno da reconhecida discricionariedade da autoridade judiciária levou à institucionalização de garantias processuais/procedimentais de modo a criar um ambiente democrático que permitisse a participação das partes envolvidas no conflito na *construção* do ato decisório. Não é o ideal de uma participação na *definição* do ato decisório, mas isto foi o mais longe que se conseguiu chegar levando em consideração as inúmeras problemáticas, sejam epistemológicas, metodológicas ou mesmo comunicativas, oriundas da tentativa de construção de uma “realidade” intersubjetiva.

Dentre as precitadas garantias processuais, este trabalho se dedicou à uma análise mais detida em relação ao dever de fundamentação. Percebeu-se que além de uma função naturalmente endoprocessual de condicionamento da impugnação recursal, a ciência jurídica, em especial, tem fabricado no seio da sociedade a ideia de uma outra finalidade a ser cumprida pelo dever de fundamentação das decisões, uma finalidade extraprocessual. Chegam a dizer, até mesmo contrafactualmente, em controle social da atividade jurisdicional, enquanto por outro lado é garantido ao juiz sua vitaliciedade justamente como forma de não se submeter às demandas sociais.

²⁵⁰ HARDWIG, John. *Dependência Epistêmica*. Trad. de Desidério Murcho. Disponível em: https://criticanarede.com/filos_epis.html; acesso em janeiro de 2019.

²⁵¹ HARDWIG, John. *Dependência Epistêmica*. Trad. de Desidério Murcho. Disponível em: https://criticanarede.com/filos_epis.html; acesso em janeiro de 2019.

Esta suposta finalidade extraprocessual existe tão somente enquanto expectativa social, e se dirige não só à atividade jurisdicional, mas também às funções administrativa e legislativa. A impossibilidade de normatizá-la advém justamente do seu aspecto inerentemente subjetivo, conforme pacificamente reconhecido pela doutrina administrativista e constitucionalista. Aos escritores da área de Direito Processual, no entanto, esta evidência parece mais difícil de ser enxergada, o que pode ser indicado com o teor do Código de Processo Civil publicado recentemente no ano de 2015, em mais uma tentativa de limitar o espectro discricionário do juiz.

Tem-se deixado de lado, ao que parece, sobretudo no campo do Direito Processual, análises interdisciplinares com os campos da Filosofia²⁵² e da Sociologia²⁵³, por exemplo. É que as produções teóricas mais conceituadas já há algum tempo nestas áreas apontam, como aqui se buscou demonstrar, uma tendência diametralmente oposta àquela perseguida pelos processualistas, ou seja, tem-se adotado uma desconfiança cada vez maior com relação ao postulado de uma realidade universal objetiva (donde se buscam extrair ideais de justiça, correção, racionalidade etc), além da firme convicção da contingencialidade de todo saber.

Se se ignora toda a crítica hermenêutica referente à historicidade tempo-espacial das experiências do sujeito e a consequente condicionalidade do conhecimento por ele assimilado; se se presume a validade de um método tal como o Imperativo Categórico kantiano, poder-se-ia dizer da busca por “verdades ideais”, de um mundo inteligível platônico, que se passaria, no final das contas, na hipótese de ultrapassadas todas as questões anteriormente presumidas, somente na perspectiva inteiramente individual da consciência privada de cada um. Se tais “verdades” de fato existem, é uma questão a ser discutida. Se há um método correto para alcançá-las, é outra questão que aqui não cabe adentrar. Mas a pergunta mais importante é referente à possibilidade de que essa *condição de verdade*, uma vez existente e uma vez alcançável, possa ser transportada para o discurso.

Higher-level relativists do admit that there may be an absolute truth regarding the superiority or inferiority of values and that some among us may see the truth correctly, while others do not. Nor they even deny that a man's intuition of basic differences in the value of ends and purposes may reach the degree of absolute certainty to him and, therefore, to him may constitute part of 'knowledge', of his knowledge. In other words, these relativists recognize the possibility that there might be a valid intuition regarding values. But they do

²⁵² Em especial no tocante à Filosofia Analítica e à Semiótica.

²⁵³ Em especial no tocante à Sociologia do Conhecimento.

deny that we can transmit or communicate our convictions, our 'knowledge' or 'intuition' regarding values, to other man in forms of proof or conclusive demonstration. They make a distinction between subjective conviction, intuition, or knowledge regarding the validity of value judgments, on the one side, and intersubjective, interpersonal, proof on the other²⁵⁴.

Assim, retomada a questão inicial, pode-se dizer, nesse ponto, que *o que determina se uma decisão jurídica é fundamentada* não é uma condição extraída do próprio texto decisório; não é também o acordo de vontades individuais, mas tão somente a estrutura processual que lhe precede.

A legitimidade depende [...] não do reconhecimento "voluntário", da convicção de responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das operações obrigatórias e que as encara, não como consequências duma decisão pessoal, mas sim como resultados do crédito da decisão oficial. Se através da substituição da motivação e responsabilidade pessoal se podem preservar a justa proporção necessária de observância de regras e uma prática de decisão que decorra sem dificuldades em organizações muito complexas, que têm simultaneamente de diferenciar com rigor e individualizar as personalidades. Só quando se renuncia a vincular o conceito de legitimidade à autenticidade das decisões, na qual se acredita pessoalmente, se podem investigar convenientemente as condições sociais da institucionalização da legitimidade [...] nos sistemas sociais²⁵⁵.

Ou seja, é fundamentada toda e qualquer decisão proferida em processo realizado em atendimento das condições do devido processo legal. E sobre a adequação dessa fundamentação, pode-se dizer que não é definida, aqui também, por condições extraídas do próprio texto argumentativo; nem tampouco por um acordo de vontades individuais, mas sim pelo fato de não sofrer reforma em instâncias superiores. Isto é, estaria *devidamente* fundamentada toda e qualquer decisão cujo conteúdo permaneça válido até o trânsito em julgado do processo; além, é claro, de

²⁵⁴ BRETCH, Arnold. *Beyond relativism in Political Theory*. American Political Science Review, vol. 41, nº. 03; 1947, p. 471/472. Tradução do autor: "Os maiores relativistas admitem que pode haver uma verdade absoluta no tocante à superioridade ou inferioridade dos valores e que alguns entre nós podem ver a verdade corretamente, enquanto outros não. Nem negam que a intuição de um homem no tocante ao valor de fins e propósitos possa atingir o grau de certeza absoluta para ele e, portanto, para ele possa constituir parte de 'conhecimento', de seu conhecimento. Em outras palavras, esses relativistas reconhecem a possibilidade de que exista uma intuição válida em relação aos valores. Mas eles negam que possamos transmitir ou comunicar nossas convicções, nosso 'conhecimento' ou 'intuição' a respeito de valores, a outro homem em formas de prova ou demonstração conclusiva. Eles fazem uma distinção entre convicção subjetiva, intuição ou conhecimento sobre a validade dos julgamentos de valor, por um lado, e prova intersubjetiva, interpessoal, por outro". Uma tal condição parece reviver o exato pensamento de Górgias, para quem: "Nada é. Se é, é incognoscível. Se é e é cognoscível, não pode ser mostrado aos outros" (CASSIN, Bárbara. *O efeito sofístico: sofística, filosofia, retórica, literatura*. Trad. de Ana Lúcia de Oliveira. São Paulo: Editora 34, 2005; p. 17).

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição da Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980; p. 34.

toda e qualquer decisão proferida nas instâncias decisórias últimas, porque não sujeitas à impugnação. A *adequação* da fundamentação é, ao contrário do que se tem dito, uma condição somente verificável ao fim do processo.

E, com relação à conclusão aqui apontada, e até mesmo confirmando-a, “*não há nenhum padrão de argumentação independente da tradição que possa mostrar que ela seja errada*”²⁵⁶.

²⁵⁶ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991; p. 431.

8 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional e o problema dos limites interpretativos e éticos do ativismo jurisdicional no Brasil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 20, nº 40. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/17980>; acesso em agosto de 2019.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁLVAREZ, Miriam. *Tipos de escrito II: exposición y argumentación*. Madrid: Arco/Libros, 1994.

ANSHEN, Ruth Nanda. *Freedom: Its meaning*. New York, 1940.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre princípios e regras*. Revista de Direito da Faculdade de Guanambi; Vol. 04, nº 01, 2017; p. 04-24. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144>; acesso em agosto de 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº 215, Rio de Janeiro, 1999; p. 151-179. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>; acesso em agosto de 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Trad. de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1983.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRETCH, Arnold. *Beyond relativism in Political Theory*. American Political Science Review, vol. 41, nº. 03; 1947. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1950443?seq=1>; acesso em outubro de 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. de Ary dos Santos. 4ª Edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora; 1971.

CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010; p. 95-130.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18ª Ed. Vol. 01. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 2008.

CAPLAN, Bryan. *Rational Ignorance versus rational irrationality*. Kyklos, Vol. 54, nº 01, 2001; p. 03-26. Disponível em: <http://econfaculty.gmu.edu/bcaplan/pdfs/rationalignorancevs.pdf>; acesso em janeiro de 2019.

CASSIN, Bárbara. *O efeito sofístico: sofística, filosofia, retórica, literatura*. Trad. de Ana Lúcia de Oliveira. São Paulo: Editora 34, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHATEAUBRIAND, Oswaldo. *The tyranny of belief*. Revista O que nos faz pensar. Vol. 06, nº 08, 1994; p. 39-61. Disponível em: http://oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/import/pdf_articles/OQNFP_08_03_oswaldo_chateaubriand.pdf; acesso em agosto de 2019.

COITINHO, Jair Pereira; SAGGIN, Daniel Fioreze. *Fundamentação de valores no Direito: A necessidade de uma mudança de perspectiva metodológica para a efetividade dos Direitos Fundamentais no Discurso Jurídico*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 17, nº 34, 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p159>; acesso em Abril de 2019.

CORREIA, Leda. *Direito e argumentação*. Barueri: Manole, 2008.

DAVIS, Morton D. *Teoria dos jogos: uma introdução não-técnica*. Trad. de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1973.

DEWEY, John. *Logic: The theory of inquiry*. New York, 1938.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 02. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EINSTEIN, Albert. *Freedom and Science*. In: ANSHEN, Ruth Nanda. *Freedom: Its meaning*. New York, 1940.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 5ª Ed. Trad. de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Trad. de Roberto Machado. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANKFURT. Harry G. *On bullshit*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. *Medo e ousadia: o cotidiano do professor*. Trad. de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Problemas epistemológicos das ciências humanas*. In: *O problema da consciência histórica*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GADAMER, Hans- Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª Ed. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. 02. Trad. de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAMEIRO, Paulo Alexandre Dias. *A improbabilidade de comunicar*. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Biblioteca Online de Ciências da

Comunicação. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/bocc-glaydson-improbabilidade.pdf>; acesso em setembro de 2019.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

GONÇALVES, João Fernando Ferreira. *O Jogo da Participação: pensamento estratégico nas caixas de comentários dos jornais online*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho no ano de 2014, sob a orientação da professora Dra. Sara Pereira. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/33464/1/Jo%C3%A3o%20Ferreira%20Gon%C3%A7alves.pdf>; acesso em setembro de 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento e procedimentos especiais*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 02. 2ª Ed. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HACKER, P. M. S. *O argumento da linguagem privada*. Trad. de Filipe Lazzeri. 2009. Disponível em: <https://criticanarede.com/linguagemprivada.html>; acesso em maio de 2019.

HARDWIG, John. *Dependência Epistêmica*. Trad. de Desidério Murcho. Disponível em: https://criticanarede.com/filos_epis.html; acesso em janeiro de 2019.

HUEMER, Michael. *Why People Are Irrational about Politics*. Disponível em: <http://www.owl232.net/papers/irrationality.htm>; acesso em janeiro de 2019.

JAPIASSÚ, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Letras & Letras, 1996.

KELLY, Thomas. *Disagreement, Dogmatism, and Belief Polarization*. The Journal of Philosophy, Vol. 105, nº 10; p.611-633. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/259829804_Disagreement_Dogmatism_and_Belief_Polarization; acesso em março de 2019.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª Ed. São Paulo: MARTINS FONTES, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8ª Ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Argumentação e linguagem*. 13ª Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *A construção dos sentidos no discurso: uma abordagem sociocognitiva*. Revista Investigações; UFPE. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/INV/article/view/1478> ; acesso em maio de 2019.

KORNBLITH, Hilary. *Distrusting reason*. Midwest Studies in Philosophy, 23ª ed. In: FRENCH, Peter A.; WETTSTEIN, Howard K. Boston, Mass.: Blackwell, 1999.

KORZYBSKI, Alfred. *What I believe*. Institute of General Semantics. New York: Country Life Press Corporation, 1949. Disponível em: https://ia600604.us.archive.org/31/items/WhatIBelieve_518/WhatIBelieve-AlfredKorzybski.pdf; acesso em fevereiro de 2019.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEPPER, Mark L; LORD, Charles G. and ROSS, Lee. *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*. Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 37, nº 11, 1979, p. 2098-2109. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/1981-05421-001>; acesso em maio de 2019.

LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. *Convencimento e verdade nos processos judiciais*. Revista de Direito; Vol. 10, nº 02; Viçosa, 2018; p. 343-371. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/59590/1/Convencimento%20e%20verdade%20nos%20processos%20judiciais_Revista%20Direito%20Vi%C3%A7osa.pdf; acesso em junho de 2019.

LUBENOW, Jorge Adriano. *Emancipação pela ação comunicativa: a leitura crítica de Jürgen Habermas da dialética do esclarecimento e o esgotamento do programa emancipatório de Horkheimer e Adorno*. Revista AUFKLÄRUNG, Vol. 01, nº 02, 2014. Disponível em: <https://www.periodicos.ufpb.br/index.php/arf/article/view/20244/11511>; acesso em janeiro de 2019.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª Ed. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição da Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 12ª Ed. Trad. de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MACHADO, Vitor Gonçalves. *O problema da “verdade processual”: nova perspectiva sobre a busca da verdade pela prova no processo civil*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Vol. 14, nº 28, 2011. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2011v14n28p198>; acesso em junho de 2019.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Trad. de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Novo Código de Processo Civil e o não-juiz*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Vol. 18, nº 35, 2015. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p97>; acesso em agosto de 2019.

MARSILLAC, Narbal de. *Racionalidade retórica e argumentativa*. Revista Princípios, vol. 18, nº 30, Natal, 2011, p. 271/291. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/1725>; acesso em setembro de 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Isabella Carolina; RIBEIRO, Ana Paula Brandão. *A jurisprudencialização do direito como violação às garantias fundamentais*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Vol. 16, nº 32, 2013. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p42>; acesso em junho de 2019.

MORELI, Daniel Nobre. *A garantia constitucional da motivação e a sentença no novo código de processo civil*. In: *O Novo Processo Civil*. Org. José Anchieta da Silva. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: LEX Editora; 2012.

MURCHO, Desidério. *Pseudo-Argumentos*. 2011. Disponível em: <https://criticanarede.com/pseudoargumentos.html>; acesso em abril de 2019.

NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Trad. de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: UNESP, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para os espíritos livres*. Trad. de Paulo César de Souza. Companhia de Bolso, 2005.

NOVAES, Adauto. *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

NOVAES, Adauto. *Mutações: a invenção das crenças*. Ministério da Cultura, 2010.

NOVAES, Adauto. *O silêncio dos intelectuais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. *O Processo Hermenêutico da Interpretação: Uma análise crítica das concepções de Karl Larenz e Hans Kelsen sobre a busca do sentido da norma jurídica*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, vol. 18, nº 36, 2015. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n36p92>; acesso em junho de 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB-RS, 2015.

PALMA, M. F. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Trad. de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares; Companhia das Letras.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

RANCIERE, Jacques. *O mestre ignorante: cinco lições sobre a emancipação intelectual*. Trad. de Lilian do Valle. Belo Horizonte: Autêntica, 2002.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento/Justificando, 2017.

RODRIGUES, Luís Estevinha. *Internismo e externismo fundacionalistas: o que são?* Disponível em: https://criticanarede.com/epi_internismo.html; acesso em Janeiro de 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abgrund*. Revista O que nos faz pensar? Vol. 16, nº 22, 2007. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/232>; acesso em abril de 2019.

SCHOPENHAUER, Artur. *A arte de ter razão: exposta em 38 estratégias*. Organização de Franco Volpi. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SILVA, Beclaute Oliveira. *Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem*. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Vol. 01. Salvador: JusPodvim, 2013.

SILVA, José Anchieta da. *O Novo Processo Civil*. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: LEX EDITORA; 2012.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. *A racionalidade das decisões judiciais à luz dos princípios da publicidade e da fundamentação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: PYR Edições, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo, ou de como a discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta*. In: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad*. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas; nº 11, 2002. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1523>; acesso em setembro de 2019.

TARUFFO, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Revista Derecho, Valdivia, Vol. 15, p. 205-213, 2003. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010; acesso em setembro de 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 01. 56ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 01. 2ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Vol. 02. 2ª Ed. Trad. de Augustin Wemet. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004.

ZUFELATO, Camilo. *Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir*. In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.