

Fundamentação da decisão judicial: Justificação interna e externa

André Ferreira Leite de Paula¹

Sumário: 1 Introdução; 2 Fundamentação e justificação; 3 Justificação interna; 4 Justificação externa; 5 Conclusão; Referências.

1 Introdução

No presente artigo serão abordadas algumas características que uma fundamentação de decisão judicial deve apresentar para ser considerada racional e legítima no Estado democrático de Direito, tendo como base a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

O jurista alemão parte da teoria do discurso prático para desenvolver uma teoria do discurso jurídico, consistindo este em um caso especial daquele (*Sonderfallthese*), já que, segundo ele, em ambos há a pretensão de correção das proposições normativas introduzidas no discurso. No paradigma desta teoria, uma decisão pode ser considerada *correta* ou *verdadeira* se puder ser o resultado do procedimento proposto², que consiste na elaboração de regras para o discurso. Essas regras podem ser de diversos tipos e visam a garantir a universalização, a clareza, a preferência, a consideração de consequências, etc. Não se pretende, porém, que a proposição normativa afirmada, sugerida ou ditada como decisão seja pura e simplesmente racional, mas que possa ser racionalmente fundamentada dentro do ordenamento jurídico vigente³.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² Cf. ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 95.

³ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, pp. 263 e 264.

O estudo da fundamentação de decisões judiciais para além do direito positivo a que elas se referem (processual ou material) traz reflexões próprias e evidencia diversos aspectos quanto à sua correção e legitimidade. Esse estudo é objeto da Teoria da Argumentação Jurídica, cujas investigações, embora não se limitem ao estudo apenas da decisão judicial, abrangendo também o raciocínio jurídico em geral, referem-se basicamente ao modo de proceder do juiz quando toma uma decisão fundamentada, já que essa atividade é que fornece os elementos que nos permitem por em evidência as características do raciocínio jurídico. De fato, o juiz, após apreciar o *valor* das razões opostas apresentadas pelas partes em contraditório no processo judicial, *decide* o caso concreto conforme o *Direito* vigente, por via de *autoridade*, fixando uma determinada interpretação da norma jurídica e considerando as *consequências* de sua decisão⁴.

Fala-se em *valor das razões* porque a interpretação e aplicação do direito dificilmente podem ser feitas sem uma valoração. De fato,

“raras são as situações em que as boas razões, que militam a favor de uma solução, não sejam contrabalançadas por razões mais ou menos boas em favor de uma solução diferente: a apreciação do valor dessas razões – que muito raramente pode ser reduzida a um cálculo, um peso ou uma medida – é que pode variar de um indivíduo para outro (...)”⁵

O projeto de Kelsen, por exemplo, de fundar uma teoria pura do direito de tendência anti-ideológica, que “se recusa a valorar o direito positivo”⁶, verificou-se inexecuível ante, entre outras razões, às consequências a que levou: um positivismo decisionista, que passou a admitir uma “*total inversão da pirâmide normativa*”, ao deixar, em última análise, a questão de o

⁴ Cf. PERELMAN, Chaïm; GALVÃO, Maria Ermantina. *Ética e direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 480 e segs.

⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 9.

⁶ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke, 1934, p. 29: “Ela [a teoria pura do direito] quer apresentar o direito como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto”. “Ela se recusa a valorar o direito positivo”: “Sie [die Reine Rechtslehre] will das Recht darstellen, so wie es ist, ohne es als gerecht zu legitimieren oder als ungerecht zu disqualifizieren. (...) Sie lehnt es ab, das positive Recht zu bewerten”.

que seja o Direito nas mãos de um Tribunal superior ou do legislativo infraconstitucional”⁷.

Até mesmo a “clareza” de uma determinada decisão pressupõe uma valoração, que pode ser chamada de “valoração negativa”,⁸ pois, ao se dizer que uma decisão é clara, está-se dando a entender que não há argumentos plausíveis a favor de uma decisão contrária.

Nos casos em que não é possível extrair uma decisão logicamente das normas positivadas do ordenamento jurídico (juntamente com enunciados empíricos), o aplicador do direito acaba tendo que recorrer a outros métodos para alcançar uma solução. Essa solução não é encontrada através de uma mera inferência, mas de uma *decisão*. Se dispuséssemos de um ordenamento jurídico perfeitamente completo, coerente e totalmente conhecido pelo aplicador, ou seja, se o sistema de direito a ser aplicado fosse axiomatizável, na origem do qual houvesse um enunciado fundamental (um axioma ou uma norma fundamental), a partir do qual todos os outros enunciados ou normas pudessem ser deduzidos logicamente, sem controvérsias; se as circunstâncias do fato concreto fossem evidentes e não precisassem ser interpretadas; e se bastasse para a aplicação do direito qualquer solução que tal sistema oferecesse, independentemente de sua justiça ou de suas consequências, então bastaria a formulação de uma pergunta a esse sistema para que ele oferecesse a resposta correta, que seria única e necessária, sem controvérsias.

Mas não dispomos de tal ordenamento, e as razões para isso são muitas. Entre elas: porque nosso ordenamento apresenta antinomias e lacunas; porque o Direito lida sempre com a linguagem e esta é suscetível de interpretação, apresentando-se ora vaga, ora ambígua; porque a interpretação é inevitável e está relacionada com a própria estrutura da compreensão, que apresenta os problemas evidenciados pelos círculos hermenêuticos entre parte e todo, compreensão e pré-compreensão, norma e caso concreto. A

⁷ OLIVEIRA, M. A. Cattoni de. Interpretação com ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 143 (grifos no original).

⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 25.

decisão é, então, muito mais a escolha entre alternativas, supondo “sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum”⁹. Na doutrina levanta-se inclusive a necessidade de uma teoria própria da *decisão*, que ofereça meios para a absorção de insegurança¹⁰.

A decisão deve ser conforme o direito vigente. No direito vigente devem-se incluir, além das regras positivadas, também os precedentes jurisprudenciais e os princípios¹¹.

A compreensão dos aspectos da decisão judicial que permitem afirmar se ela está devidamente fundamentada é de interesse não apenas teórico, mas está intimamente relacionada à prática de interpretação e aplicação do Direito positivo na atualidade. O ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, seguindo uma constante dos ordenamentos jurídicos ocidentais, preceitua que o juiz, além de ter o dever de decidir, não podendo alegar lacuna ou obscuridade na lei (art. 126 do Código de Processo civil), tem o dever de fundamentar a decisão (art. 93 IX da Constituição da República e art. 131 do Código de Processo Civil) conforme o ordenamento jurídico vigente (art. 4º Lei de Introdução ao Código Civil). Sua decisão será vinculante e terá a autoridade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da Constituição e 468 do Código de Processo Civil).

O estudo da fundamentação da decisão judicial tem, assim, grande importância tanto em âmbito teórico quanto na prática da interpretação e aplicação do Direito.

2 Fundamentação e justificação

A fundamentação pode ser entendida como a apresentação de razões que sustentem a decisão, livrando-a de objeções ou dúvidas¹². Quando se apresentam as razões da perspectiva de sua aptidão a levar alguém à

⁹ PERELMAN, Chaïm. . *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3.

¹⁰ Cf. FERRAZ JR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 286 e 287.

¹¹ Cf. ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Munique: Karl Alber, 1994, p. 201.

¹² Cf. ALEXY, R. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 54.

aceitação de uma proposição, não se está propriamente fundamentando¹³, mas argumentando. A fundamentação ocorre quando as razões resolvem um problema, quando sustentam ou justificam uma decisão. Nesse sentido, pode-se também utilizar a palavra *justificação* (*Rechtfertigung*). Embora justificação possa ter um sentido mais amplo que fundamentação, ambas as palavras são tratadas por Alexy em sua obra Teoria da Argumentação Jurídica como sinônimas¹⁴.

A justificação da decisão judicial tem dois aspectos: um interno e um externo, que serão adiante estudados separadamente.

3 Justificação interna

A justificação interna diz respeito à lógica interna da decisão, ao silogismo de aplicação da norma jurídica. Neste âmbito, verifica-se se a decisão segue logicamente das razões apresentadas na fundamentação, que podem ser questões de fato ou de direito. Ou seja, investiga-se se a decisão é uma conclusão lógica a partir das premissas dadas.

Na forma mais elementar do silogismo, a premissa maior seria a norma, e a menor, o fato. A lógica tratada aqui é principalmente a formal¹⁵, aristotélica, que oferece o critério de correção mais seguro na relação entre proposições.

Ilustrando tal característica, o matemático e estudioso da lógica Gottlob Frege referiu-se à linguagem formal como um microscópio, comparando-o com o olho humano. O olho,

“pela extensão de sua aplicabilidade e pela mobilidade com a qual consegue se ajustar às mais variadas circunstâncias, tem uma grande superioridade em relação ao microscópio. Todavia, considerado como aparelho ótico, o olho apresenta muitas imperfeições, que

¹³ Cf. ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p 16.

¹⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 54.

¹⁵ A lógica tratada aqui é “principalmente” a formal porque a teoria do silogismo jurídico não se restringe à lógica formal, mas recebe dela a importante contribuição metodológica da inferência necessária, conforme ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p 19.

costumeiramente só passam despercebidas em razão de sua íntima vinculação com a vida espiritual. Tão-logo fins científicos coloquem grandes exigências à precisão da diferenciação, o olho se apresenta insuficiente. O microscópio, ao contrário, ajusta-se a tais fins da forma mais perfeita, mas é, por isso mesmo, inutilizável para tudo o mais.”¹⁶

Nem todas as atividades necessitam da precisão desse microscópio, mas para uma coisa ele é absolutamente indispensável: para “provar do modo mais seguro possível uma cadeia de conclusões e evidenciar cada pressuposto que se queira passar despercebido, para que se possa ao final investigar sobre sua procedência”¹⁷. Assim é que analisando as estruturas formais do argumento e perquirindo sobre sua validade lógico-dedutiva, até mesmo com o uso da linguagem da lógica simbólica se necessário para a visualização mais nítida do objeto de estudo, chega-se a resultados não acessíveis por uma observação superficial ou que esteja mais concentrada em outros aspectos.

É indispensável que, ao se analisarem as questões fáticas e jurídicas, a decisão corresponda ao silogismo de aplicação do direito¹⁸. Apenas assim é satisfeita a exigência da justiça formal, ou princípio da universalidade (*Universalisierbarkeitsprinzip*), segundo os quais se devem tratar da mesma forma os seres de mesma categoria. De fato, se a premissa maior é a norma jurídica, que é geral e abstrata, então a decisão não estará baseada em um preceito arbitrário. É nesse sentido que Alexy, no contexto de sua teoria procedimental da argumentação jurídica, elabora a primeira regra da justificação interna: “para a fundamentação de uma decisão jurídica deve ser

¹⁶ FREGÉ, G. *Begriffsschrift*. Jena: Louis Nebert, 1879, p. XI: “Das Letztere [das Auge] hat durch den Umfang seiner Anwendbarkeit, durch die Beweglichkeit, mit der es sich den verschiedensten Umständen anzuschmiegen weiss, eine grosse Ueberlegenheit vor dem Mikroskop. Als optischer Apparat betrachtet, zeigt es freilich viele Unvollkommenheiten, die nur in Folge seiner innigen Verbindung mit dem geistigen Leben gewöhnlich unbeachtet bleiben. Sobald aber wissenschaftliche Zwecke grosse Anforderungen an die Schärfe der Unterscheidung stellen, zeigt sich das Auge als ungenügend. Das Mikroskop hingegen ist gerade solchen Zwecken auf das vollkommenste angepasst, aber eben dadurch für alle andern unbrauchbar”.

¹⁷ FREGÉ, G. *Begriffsschrift*. Jena: Louis Nebert, 1879, p. X: “[...] die Bündigkeit einer Schlusskette auf die sicherste Weise zu prüfen und jede Voraussetzung, die sich unbemerkt einschleichen will, anzuzeigen, damit letztere auf ihren Ursprung untersucht werden könne”.

¹⁸ Cf. ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 17.

apresentada pelo menos uma norma universal”¹⁹. O objetivo é a concretização do princípio da universalidade.

A segunda regra da justificação interna diz que “a decisão jurídica tem que seguir logicamente de pelo menos uma norma universal”²⁰. Isso se justifica pelo fato de que de nada adiantaria exigir a apresentação de uma norma universal como premissa, se fosse admitido decidir sem considerá-la.

Temos assim a estrutura do silogismo jurídico, que, em uma simplificação lógico-simbólica, pode ser assim representada:

1. $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
2. Ta
3. ORa [de 1 e 2]²¹

Mas esta simples estrutura do silogismo jurídico pode não bastar para a resolução de casos mais complexos. No discurso de aplicação do Direito apresentam-se várias dificuldades interpretativas da norma jurídica, como a linguagem vaga de preceitos normativos, palavras que admitem várias interpretações, necessidade do juízo de valor, necessidade de suprir lacunas no ordenamento e de superar antinomias, etc. Nesses casos, são necessários mais passos argumentativos que o simples encontro de uma norma geral (item 1 do esquema acima) com o fato (item 2 do esquema acima).

Se se está em dúvida se a é um T , ou seja, se há dúvida quanto à correção da atribuição do predicado legal T ao caso concreto a que se

¹⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 275: “Zur Begründung eines juristischen Urteils muß mindestens eine universelle Norm angeführt werden”.

²⁰ Cf. ALEXY, R. *Op. cit.*, p. 275: “Das juristische Urteil muß aus mindestens einer universellen Norm zusammen mit weiteren Aussagen logisch folgen”.

²¹ Para a compreensão da simbologia: x é a variável que se refere a qualquer caso concreto que se possa subsumir ao predicado T (do alemão *Tatbestand*, tipo legal). O símbolo \rightarrow indica uma proposição condicional. O é o operador deôntico, que indica “dever ser”. R , aqui como *Rechtsfolge* (consequência jurídica) é outro predicado que, neste caso, corresponde à consequência de T . A leitura da etapa 1, que é uma norma geral (porque é válida para todo x – para indicar isso, coloca-se o x entre parênteses), pode ser assim: “para todo caso x , se x for atribuído o predicado T , então deve ser o predicado R para o caso x ”. a é o caso concreto que se está considerando, no lugar do abstrato x . Entre colchetes indica-se que a etapa 3 é uma inferência extraída das premissas 1 e 2. M , no esquema seguinte, é outro predicado, diferente de T , ao qual x corresponde. O símbolo \sim no terceiro esquema significa a negação do predicado à sua direita. No quarto esquema, o símbolo v indica “ou”. O símbolo *sim* indica similaridade.

considera, então será necessária outra etapa argumentativa, que decidirá a questão²². Isso se dá através da formulação de uma outra regra, com um novo predicado (M) a ser considerado para a subsunção. Simbolicamente, pode ser acrescentada uma linha (regra 2) ao esquema anterior:

1. $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
2. $(x) (Mx \rightarrow Tx)$
3. Ma
4. ORa [de 1, 2 e 3]²³

Se ainda for duvidosa a subsunção do caso concreto em questão ao predicado M da nova regra, será necessário acrescentar uma terceira, que decida a questão, e assim por diante, até que não reste mais dúvida quanto à aplicabilidade da regra acrescentada ao caso em questão.

Tais regras são chamadas por Alexy de “regras de uso das palavras” (*Wortgebrauchsregeln*), pois tornam mais preciso o significado de uma expressão vaga. Essas regras intermedeiam o processo de subsunção de um caso concreto a uma norma geral de conteúdo vago, ambíguo ou suscetível de outras dificuldades interpretativas. Enquanto o caso concreto é específico e rico em características, com grande compreensão e pequena extensão, a norma é geral e abstrata, dotada de pequena compreensão e grande extensão. Assim, as regras de uso das palavras são formuladas como subsidiárias do “vai-e-vem do olhar”²⁴ no processo de subsunção do caso concreto à norma, que corresponde a um círculo hermenêutico. De fato, enquanto o caso concreto é analisado à luz da norma jurídica, de forma que as características

²² Cf. ALEXY, R. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 279: “Sempre que for duvidoso se a é um T ou um M , deve-se apresentar uma regra que decida a questão” (“Immer dann, wenn zweifelhaft ist, ob a ein T oder ein M ist, ist eine Regel anzugeben, die diese Frage entscheidet”). P. 280: “São necessários tantos passos de desdobramento quantos bastem para se chegar a expressões cuja aplicabilidade ao caso não mais seja discutível” (“Es sind so viele Entfaltungsschritte erforderlich, daß man zu solchen Ausdrücken gelangt, von denen nicht mehr streitig ist, daß sie auf den fraglichen Fall zutreffen”).

²³ Para simbologia utilizada, ver nota 20.

²⁴ Conforme expressão cunhada por Karl Engisch: “Hin- und Herwandern des Blickes”, citada por Alexy em ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p 77.

juridicamente relevantes do caso são aquelas que a norma específica, pode ocorrer de o caso apresentar características que dêem ensejo à aplicação de outra norma, ou seja, assim como as características do caso a serem analisadas juridicamente dependem da norma que se considera aplicável, a norma a ser aplicada depende também das características do caso. As regras de uso das palavras são, assim, formuladas pelo intérprete ao subsumir o caso à norma, auxiliando-o em sua tarefa de aplicação do Direito.

Tendo isso em vista, é possível dizer que a decisão fundamentada pressupõe uma *fixação do uso da língua*, sendo essa fixação efeito exatamente do uso das regras de uso das palavras. Tais regras devem ser usadas de forma tão generalizável quanto a própria norma jurídica, sob pena de, sutil e ilegitimamente, violar-se o princípio da universalidade. De fato, se for admitido tratar *a* uma vez como *M* e outra como não-*M* sem razões suficientes para isso, ou seja, se for admitido tratar casos semelhantes ora como passíveis de serem subsumidos à norma e ora como não subsumíveis, então se está violando a justiça formal e instaurando o arbítrio, deixando-se prevalecer a subjetividade do aplicador. As regras de uso das palavras já são normalmente usadas na fundamentação judicial para subsidiar o processo de subsunção do caso à norma legal; o que se acrescenta aqui é que elas *devem ser usadas e de forma generalizável* para que satisfaçam a um princípio basilar do estado democrático de direito: o princípio da universalidade. A justificação interna visa exatamente a evidenciar essas regras.

O interesse em se analisar a justificação interna dessa forma consiste na clareza com que as razões da decisão são apresentadas. Dessa forma descobrem-se e expõem-se claramente todas as premissas a serem fundamentadas, revelando-se o caráter não-formal do argumento²⁵, de forma que se possam identificar eventuais falácias ou mesmo ausências sutis de fundamentação em pontos cruciais da matéria que está sendo tratada.

²⁵ Segundo Perelman, "ao querer reduzir um argumento qualquer a um esquema formalmente válido só se pode por em evidência sua insuficiência. Mas, não é por não ser uma demonstração formalmente correta que uma argumentação deixa de ter valor.", em PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

4 Justificação externa

A justificação externa trata da fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Essa fundamentação é a mais ampla possível, pois, segundo Alexy, abrange desde os cânones de interpretação até os precedentes jurisprudenciais, a dogmática, as formas de argumento especificamente jurídicas e a argumentação propriamente empírica.

Os cânones de interpretação foram objeto de muitas discussões desde Savigny, mas até hoje não há consenso sequer quanto a seu número, quanto mais quanto a seu conteúdo, seu valor ou ordem de prioridade.

Os cânones são normalmente utilizados para resolver um conflito de normas ou para limitar a incidência de alguma norma, orientando o intérprete. Com intuito de sistematização, Alexy considera, na Teoria da Argumentação Jurídica, os argumentos semântico/gramatical, teleológico, histórico, comparativo e sistemático. Esses métodos fornecem uma direção interpretativa, não sendo capazes de indicar, por si só, a solução correta para o caso.

O argumento gramatical (ou linguístico), por exemplo, sozinho já pode conduzir a três resultados distintos, nenhum deles suficiente para se chegar à decisão: pode-se constatar que a literalidade do texto da norma leva obrigatoriamente a uma determinada interpretação; ou que a literalidade não admite em nenhuma hipótese uma determinada interpretação; ou que ela admite várias interpretações. Especialmente neste último caso, serão necessários outros argumentos para se decidir qual das interpretações possíveis dentro do campo de vagueza da norma será a correta.

O argumento teleológico pressupõe uma finalidade da norma e meios utilizáveis para o alcance dessa finalidade, sem que necessariamente a análise de tais finalidades e meios seja explícita na argumentação. Dizer, por exemplo, que a interpretação proposta é a correta porque está conforme a finalidade da norma pressupõe que a norma realmente tenha a finalidade Z atribuída implicitamente e também que essa finalidade não seja alcançável

senão pelo meio M dessa interpretação proposta. O seguinte esquema é esclarecedor do argumento teleológico:

1. OZ
2. $\sim M \rightarrow \sim Z$
3. OM [de 1 e 2]²⁶

Por meio da premissa normativa 1 e da premissa empírica 2, o argumento teleológico conduz a uma interpretação conforme a finalidade racional da norma dentro do ordenamento jurídico, levando a um resultado, portanto, diferente do argumento gramatical.

O argumento sistemático, por sua vez, visa a interpretar a norma mantendo a coerência e unidade do ordenamento jurídico como um todo, considerando a sua posição no texto da lei e evitando contradições.

O argumento histórico remete a fatos históricos, seja do processo legislativo seja da história de aplicação da lei, para fundamentar uma determinada interpretação.

Por último, com o argumento comparativo, propõe-se uma interpretação mediante pesquisa de soluções de outros ordenamentos jurídicos.

Essas breves considerações bastam para mostrar que cada um dos cânones interpretativos leva a resultados diferentes. Mas o fato de não haver hierarquia entre eles não significa que seu uso pelo intérprete possa ser arbitrário. Afim de afastar essa arbitrariedade, Alexy formula o requisito de “saturação do argumento” (*Erfordernis der Sättigung*), que significa que as premissas dos cânones interpretativos tem que ser reveladas e fundamentadas. No exemplo do argumento teleológico (esquema acima), as premissas 1 e 2 deverão ser fundamentadas para que a norma 3 seja aceita como racionalmente fundamentada dentro do ordenamento jurídico vigente.

²⁶ Para simbologia utilizada, ver nota 20.

Ou seja, é exigido que se enuncie a finalidade da norma, que se fundamente essa finalidade e que se prove que se não se utilizar o meio interpretativo proposto, essa finalidade não será alcançada.

Mas mesmo com a exigência de saturação do cânone interpretativo, ainda resta uma “dupla insegurança” em seu emprego: enquanto uma forma de argumento pode ser saturada de diferentes modos, podem ser empregadas diferentes formas de argumento para fundamentar diferentes resultados²⁷.

Para tentar reduzir essa insegurança e objetivar a escolha do método de interpretação na medida do possível, Alexy formula uma regra de primazia *prima facie*, segundo a qual: “Argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros, a não ser que se possam apresentar razões racionais para dar prioridade aos outros argumentos”²⁸.

A intenção aqui não é estabelecer uma hierarquia rígida entre as formas de argumento, mas de dar vazão aos valores que fundamentam sua força. “A força dos argumentos lingüísticos repousa no princípio da autoridade do legislador, que, numa democracia constitucional, se sustenta nos princípios da democracia, da divisão de poderes e do estado de direito”²⁹.

Também a dogmática tem um papel central na argumentação jurídica. Alexy entende-a como

“uma classe de enunciados que se referem à legislação e à jurisdição, mas que não se podem identificar com sua descrição, que estão entre si numa coerência mútua, que se formam e se discutem dentro de

²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 303.

²⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 305: “Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen.”

²⁹ ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p 90: “Die Kraft des linguistischen Arguments ruht auf dem Prinzip der Autorität des Gesetzgebers, das in einem demokratischen Verfassungsstaat durch die Prinzipien der Demokratie, der Gewaltenteilung und des Rechtsstaates gestützt wird.”

uma ciência do Direito que opera institucionalmente e que tem conteúdo normativo³⁰.

A dogmática relaciona-se, portanto, principalmente com a lei, os princípios e a jurisprudência dos tribunais. Esses enunciados são normalmente usados na argumentação sem maiores questionamentos, sem que precisem ser eles mesmos fundamentados. De fato, uma das principais funções que a dogmática cumpre no direito é exatamente a de descarga (*Entlastungsfunktion*), ou seja, a de evitar que se tenha que discutir tudo a cada caso. Os enunciados dogmáticos já fornecem um ponto de partida para a discussão, podendo ser usados em geral sem maiores justificativas, já que a grande maioria dos casos é de casos medianos, que não demandam maiores esforços interpretativos do ordenamento jurídico e nos quais não há controvérsias sobre a interpretação e aplicação da lei, do princípio ou da jurisprudência, a ponto de haver quem diga que “enunciados dogmáticos não exercem qualquer papel nos casos medianos”³¹.

É com vista nessa função da dogmática, a de descarga, que Alexy formula a seguinte regra para seu uso: “quando argumentos dogmáticos forem possíveis, eles devem ser usados”³².

Essa regra de emprego dos enunciados dogmáticos não significa que eles devam ser aceitos ou usados incondicionalmente. Nos casos difíceis será necessário encontrar argumentos de outras formas, que não dogmáticos, para resolver a questão, seja porque os argumentos dogmáticos não se aplicam, seja para fundamentar seu uso. A regra fixa assim uma preferência para a dogmática, mas não exclui novas soluções para além dela. Apenas busca excluir a possibilidade de se adotarem essas soluções sem razões suficientes

³⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 314: “Eine Rechtsdogmatik ist eine Klasse von Sätzen, die auf die gesetzten Normen und die Rechtsprechung bezogen, aber nicht mit ihrer Beschreibung identisch sind, untereinander in einem Zusammenhang stehen, im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt und diskutiert werden und normativen Gehalt haben.”

³¹ STRUCK, G. *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*. JZ, 1975, in ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 330: “(...) daß dogmatische Sätze in Durchschnittsfälle keine Rolle spielen”.

³² ALEXY, R. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 334: “Wenn dogmatische Argumente möglich sind, sind sie zu benutzen”.

para violar o princípio da universalidade. Nos casos difíceis, por exemplo, não basta que haja boas razões para uma nova solução extra-dogmática para o caso. Elas tem que ser tão relevantes que bastem não apenas para justificar si próprias, como também para justificar uma ruptura com a tradição³³, já que, em princípio, não decidir conforme a dogmática implica violar a justiça formal, com consequências na segurança jurídica.

O uso dos precedentes jurisprudenciais na fundamentação jurídica é, para Alexy, em grande medida semelhante ao uso dos enunciados dogmáticos, também cumprindo, em certa medida, algumas funções semelhantes como a de descarga da argumentação e a de estabilização³⁴, também com consequências na justiça formal e segurança jurídica.

Tendo isso em vista, também para o uso dos precedentes jurisprudenciais Alexy formula uma regra, segundo a qual: “quando puder ser apresentado um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve ser apresentado.” A decisão conforme o precedente é uma decisão que respeita a justiça formal, já que trata um caso como tratou o caso semelhante anterior. A questão é saber se o caso diante do qual se está é diferente do anterior, e se essa diferença será suficiente para que se dê um tratamento diverso. Se o caso concreto tiver uma diferença relevante, o ônus da argumentação será daquele que pretender divergir do precedente. Assim, para regular o uso dos precedentes, formula-se a regra do ônus da argumentação (*Argumentationslastregel*): “quem quiser divergir de um precedente tem o ônus da argumentação”³⁵.

As formas de argumento tipicamente jurídicas como a analogia, os argumentos *a contrario*, *a fortiori*, e *ad absurdum* também devem ter seu uso na fundamentação jurídica disciplinado, pois, assim como os cânones hermenêuticos, também pressupõem premissas que devem ser

³³ Cf. ALEXY, R. *Op cit*, p. 327.

³⁴ Cf. ALEXY, R. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 338. Tanto o uso da dogmática quanto o dos precedentes cumprem uma função de *estabilização*, na medida em que fixam durante certo tempo uma determinada solução jurídica para questões práticas, passando tal solução a ser reproduzida universalmente.

³⁵ Cf. ALEXY, R. *Op cit*, p. 339.

fundamentadas. De fato, ao se aplicar a analogia, por exemplo, pretende-se dar ao caso não previsto pela norma o mesmo tratamento do caso previsto. Aqui existe a pressuposição de duas premissas: a de que o caso não previsto é semelhante ao previsto a ponto de merecer o mesmo tratamento e também a premissa, menos óbvia, de que a norma que se pretende aplicar é aplicável não somente ao caso nela previsto, mas também a qualquer caso semelhante. Para esclarecer a estrutura formal do argumento, pode-se utilizar o seguinte esquema:

1. $(x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$
2. $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$
3. $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ [de 1 e 2]³⁶

Fica evidente, assim, que o problema central da analogia não reside propriamente na conclusão, que é perfeitamente válida logicamente. O que se discutirá na verdade são as premissas (1 e 2). A primeira premissa, que corresponde ao fundamento da analogia, assenta-se no princípio da universalidade, pressupondo que “casos concretos juridicamente semelhantes devem ter a mesma consequência jurídica”³⁷. A passagem da norma jurídica $(x) (Fx \rightarrow OGx)$ para a premissa 1 não é, então, necessária, pois pressupõe a aplicação do princípio da universalidade ao caso. A segunda premissa, por sua vez, encerra em si um típico juízo de valor, o de semelhança, que deverá ser fundamentado para que o uso da forma analógica de argumento seja racionalmente fundamentável.

Com os outros argumentos jurídicos especiais ocorre o mesmo, por isso vamos nos abster de tratá-los em detalhe. Mas apenas a título de exemplo: o argumento *a contrario*, segundo o qual o caso que se trata é diferente do caso previsto pela norma, portanto devendo ter um tratamento jurídico diverso, pressupõe que entre este caso e o previsto pela norma haja

³⁶ Para simbologia utilizada, ver nota 20.

³⁷ Cf. ALEXY, R. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 344.

uma diferença relevante e que a norma se aplica apenas a este último. O argumento *ad absurdum*, que diz que uma interpretação proposta de uma norma levaria a resultados despropositados, injustos ou não almejados pela norma, pressupõe a valoração do resultado como despropositado ou injusto e que a interpretação proposta realmente leve a isso.

Em vista disso, para que o emprego desses argumentos não seja arbitrário e possa ser aceito em um discurso jurídico racional, deve valer também para eles a regra de saturação da forma de argumento já tratada em relação aos cânones hermenêuticos. Temos assim que “as formas jurídicas especiais de argumento devem ser saturadas”³⁸.

5 Conclusão

O estudo empreendido aqui buscou mostrar que apenas será possível dizer que uma decisão judicial foi racional e legitimamente fundamentada após se perquirir analiticamente sobre sua justificação interna e externa.

Quanto à justificação interna, viu-se que é necessário evidenciar todas as premissas sobre as quais a decisão se fundou e inferir logicamente delas a decisão, evitando-se falácias e omissões, para que se possa, após, investigar sobre sua legitimidade. Essa exigência é o mínimo de objetividade e de racionalidade que se pode esperar de uma decisão que pretenda ser conforme o direito vigente.

Todas as premissas devem ser, por sua vez, fundamentadas. Esse é o terreno da justificação externa, que pode ser considerado o campo mais próprio da argumentação e do discurso jurídico³⁹, pois trata dos meios de se fundamentar as premissas, através de precedentes jurisprudenciais, da dogmática, das formas de argumento especificamente jurídicas, etc. É aqui que

³⁸ ALEXY, R. *Op cit*, p. 346: “Die speziellen juristischen Argumentformen sind zu sättigen”.

³⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 18.

a teoria da argumentação jurídica e a teoria do discurso jurídico racional tem mais a contribuir.

Com a justificação interna e externa, cumprem-se as exigências democráticas, constitucionais e legais de fundamentação da decisão judicial. Esse estudo, que é intimamente relacionado ao raciocínio jurídico, é teórico e prático e, se corroborado com a formação jurídica no ramo do direito material e processual dentro do qual se atua, torna apto o aplicador do Direito a *decidir* legítima e racionalmente em um ordenamento jurídico incompleto e imperfeito, que, pelas características da própria linguagem jurídica, oferece as mais diversas dificuldades interpretativas.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Munique: Karl Alber, 1994.
- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- FERRAZ JR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008.
- FREGE, G. *Begriffsschrift*. Jena: Louis Nebert, 1879.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Viena: Franz Deuticke, 1934.
- OLIVEIRA, M. A. Cattoni de. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chaïm; GALVÃO, Maria Ermantina. *Ética e direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Resumo: Neste artigo são abordados os aspectos interno e externo de justificação da decisão judicial a partir do marco teórico da teoria do discurso, tendo como base a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Analisam-se a linguagem e a lógica do silogismo jurídico e das formas de argumento, evidenciando-se assim algumas características que uma decisão judicial deve apresentar para que possa ser considerada legítima no Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: argumentação, justificação interna e externa, decisão judicial.

Abstract: The present article analyses the intern and external aspects of justification of the judicial decision from the perspective of the Discourse Theory and based on Robert Alexy's Theory of Legal Argumentation. The language and the logic of the legal syllogism and of the forms of argument are analyzed in order to indicate some characteristics that a judicial decision have to exhibit to be considered legitimate in the democratic state of law.

Key-Words: argumentation; intern and external justification; judicial decision.