



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOSÉ CÉLIO BELÉM DE PINHO FILHO**

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E A  
FUNDAMENTAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES: UMA PROPOSTA PARA A  
FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES DE APROVAÇÃO DE  
ENUNCIADOS VINCULATIVOS À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO**

**FORTALEZA**

**2013**

JOSÉ CÉLIO BELÉM DE PINHO FILHO

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E A  
FUNDAMENTAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES: UMA PROPOSTA PARA A  
FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES DE APROVAÇÃO DE  
ENUNCIADOS VINCULATIVOS À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para obtenção do Título  
de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Teoria da Argumentação  
Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Regnoberto Marques  
de Melo Júnior.

FORTALEZA

2013

JOSÉ CÉLIO BELÉM DE PINHO FILHO

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E A  
FUNDAMENTAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES: UMA PROPOSTA PARA A  
FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES DE APROVAÇÃO DE  
ENUNCIADOS VINCULATIVOS À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para obtenção do Título  
de Bacharel em Direito. Área de  
concentração: Teoria da Argumentação  
Jurídica.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Ms. Emanuel Abreu de Pessoa  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.  
À minha família.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ser digno de toda glória e me sustentar ao longo dessa trajetória, que se encerra com êxito, concluindo mais uma etapa da minha formação e do meu aprendizado.

À minha família, pelo apoio e pela confiança em mim, não me deixando desanimar ou desistir dos meus sonhos.

À minha mãe, de quem recebi a maior lição: amor.

Ao meu pai, por acreditar e investir em mim.

À minha irmã, pela amizade singular.

À minha namorada, amiga e companheira de sonhos e ideais.

Aos meus amigos, Arthur Feijó, Roncalli Barreto e Vitor Mello, por representarem o que de melhor conquistei na faculdade: amigos, companheiros de viagem, parceiros de discussão e aprendizagem, e futuros colegas de trabalho.

Aos amigos e membros da Sociedade de Debates, Arthur Cabral, Jáder Figueiredo, Stephane Lima, Renata Baltar, Roncalli Barreto, Vitor Mello e William Lessa, por acreditarem na ideia, partilharem da grandiosa visão desse projeto comigo e inspirarem a minha dedicação para fazê-lo crescer sempre mais.

Aos colegas de faculdade, por fazerem parte dessa história e tornarem esses cinco anos mais prazerosos.

Ao professor Regnoberto Marques de Melo Júnior, por ter aceitado a incumbência de orientar este trabalho, pelas importantes lições jurídicas e humanas, e pelo apoio espontâneo e imprescindível em diversas empreitadas acadêmicas.

Aos professores Flávio José Moreira Gonçalves e Emanuel de Abreu Pessoa, com os quais tive o privilégio de conviver na Faculdade de Direito e que prontamente aceitaram participar da Banca Examinadora desse trabalho.

“Devido ao homem ter tendência para ser parcial para com aqueles a quem ama, injusto para com aqueles a quem odeia, servil para com os seus superiores, arrogante para com os seus inferiores, cruel ou indulgente para com os que estão na miséria ou na desgraça, é que se torna tão difícil encontrar alguém capaz de exercer um julgamento perfeito sobre as qualidades dos outros.” (Confúcio)

## RESUMO

O dever de fundamentação das decisões judiciais compõe importante garantia do Estado Democrático de Direito, sendo prevista pelo Art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e por inúmeros dispositivos infraconstitucionais. Esse dever exige que os provimentos judiciais proferidos por qualquer magistrado sejam motivados, possibilitando conhecer as razões que os fundamentam e questionar o seu teor. Essa justificação não pode ser fruto da arbitrariedade ou pautada no subjetivismo dos julgadores, mas exige a adoção de critérios de fundamentação racionais. Inicialmente, este trabalho apresenta um estudo dos fundamentos e das características da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que se propõe a fundamentar racionalmente um caso especial de enunciados normativos: as decisões judiciais. Em seguida, adentra na investigação das principais propriedades das súmulas vinculantes, concluindo que a adoção, a revisão e o cancelamento de um enunciado vinculante, como resultado de um processo objetivo, configura uma decisão judicial do STF, exigindo, por isso, justificação segundo critérios racionais de fundamentação. Após isso, analisa os debates de aprovação de algumas súmulas vinculantes, a fim de verificar se as regras e as formas propostas por Alexy estão sendo adequadamente aplicadas como um critério de correção para a produção racional de súmulas vinculantes pelo STF. Diante disso, apresenta uma proposta de aperfeiçoamento da aplicação dos postulados da teoria de Robert Alexy sobre a produção de súmulas vinculantes, de modo que haja maiores garantias sobre a sua racionalidade.

**Palavras-chave:** Teoria da argumentação jurídica. Fundamentação racional. Súmula vinculante. Decisão judicial.

## ABSTRACT

The duty of justify judicial decisions takes part as an important guarantee of the democratic rule of law, as provided by Article 93, IX, in the 1988 Federal Constitution and by numerous others rules. This duty requires that jurisdictional provisions delivered by any magistrate must be motivated, in order to enable ascertain the reasons underlying them and question their content. This justification cannot be the result of arbitrariness or based on judge's subjectivism, but requires the adoption of criteria for rational justification. Initially, this paper presents a study of the fundamentals and characteristics of Robert Alexy's theory of legal reasoning, who intends to rationally justify a special case of normative statements: judicial decisions. Then enters the investigation of the key properties of *súmulas vinculantes* (binding precedents), concluding that the adoption, revision or cancellation of a binding statement, as a result of an objective process, configures a judgment of the Brazilian Supreme Court (STF), requiring therefore rational justification based on criteria reasoning. After that analyzes the approval debates of some *súmulas vinculantes* (binding precedents) in order to verify if the rules and forms proposed by Alexy are being properly applied as a criterion of correctness for the rational production of binding precedents by the Supreme Court. Given this, presents a proposal to improve the application of the postulates of Robert Alexy's theory on the production of *súmulas vinculantes* (binding precedents), so that there is greater assurance about their rationality.

**Keywords:** Legal reasoning theory. Rational justification. Binding precedent. Judicial decision.



## SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO .....	11
1	A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....	14
1.1	Breves considerações sobre o seu surgimento e a sua evolução .....	14
1.2	A teoria da argumentação de Robert Alexy .....	16
1.2.1	<i>As regras e as formas do discurso prático geral</i> .....	29
1.2.1.1	<i>As regras fundamentais</i> .....	29
1.2.1.2	<i>As regras de razão</i> .....	30
1.2.1.3	<i>As regras sobre a carga de argumentação</i> .....	31
1.2.1.4	<i>As formas de argumento características do discurso prático</i> .....	32
1.2.1.5	<i>As regras de fundamentação</i> .....	34
1.2.1.6	<i>As regras de transição</i> .....	35
1.2.2	A tese do caso especial .....	35
1.2.3	As regras e as formas do discurso jurídico .....	40
1.2.4	Normas, regras e princípios .....	47
1.2	Conclusões .....	51
2	A SÚMULA VINCULANTE .....	53
2.1	Síntese da evolução histórica da jurisprudência no Brasil .....	53
2.2	Aspectos relevantes sobre as súmulas vinculantes .....	58
2.3	O dever de fundamentação das decisões de adoção, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes .....	68
2.4	Conclusões .....	69
3	A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E OS DEBATES DE APROVAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES – ESTUDOS DE CASOS .....	70
3.1	Súmula Vinculante N° 11 .....	71
3.1.1	<i>Contexto e debates de aprovação</i> .....	72
3.1.2	<i>Análise</i> .....	74
3.2	Súmula Vinculante N° 14 .....	78
3.2.1	<i>Contexto e debates de aprovação</i> .....	78
3.2.2	<i>Análise</i> .....	81
3.3	Súmula Vinculante N° 18 .....	83
3.3.1	<i>Contexto e debates de aprovação</i> .....	83

3.3.2	<i>Análise</i> .....	84
3.4	Conclusões .....	87
4	UMA PROPOSTA PARA A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES DE APROVAÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULATIVOS À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO .....	88
4.1	Processo de desenvolvimento da justificação .....	89
4.2	Conclusões .....	92
	CONCLUSÃO .....	93
	REFERÊNCIAS .....	96

## INTRODUÇÃO

Com a introdução da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a Constituição Federal de 1988 passou a prever, no inciso IX do Artigo 93, a exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Tal previsão conferiu, então, maior importância à exigência de motivação das decisões judiciais, mandamento que já era previsto sob diferentes perspectivas em diversos dispositivos da legislação infraconstitucional.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais requer a exposição das razões que motivaram determinado entendimento, permitindo que o mesmo possa ser entendido e aceito como válido ou, se for o caso, questionado em suas razões. Apesar disso, de nada valeria requerer a justificação de uma decisão se a mesma não se puder pautar em premissas racionalmente fundamentadas, caso contrário seria suficiente apresentar razões puramente morais, subjetivas ou psicológicas.

Como proposta para a fundamentação racional de enunciados normativos, o jusfilósofo Robert Alexy elaborou um conjunto de formas e regras representativas do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, cujas bases estão fincadas na sua teoria da argumentação jurídica, que se propõe a fundamentar um caso especial de enunciados normativos: as decisões judiciais.

Aplicada às decisões judiciais, portanto, a teoria da argumentação jurídica busca atribuir um caráter racional à fundamentação por meio da observação de uma série de critérios de apreciação da validade de argumentos e do seu processo de aplicação no discurso.

Com a adoção da súmula vinculante como novo instituto do ordenamento jurídico brasileiro, um grande poder foi conferido ao Supremo Tribunal Federal, que passou a ter a prerrogativa de condensar determinados precedentes em um enunciado cuja aplicação se torna obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta.

A utilização desse mecanismo, contudo, exige que, como resultado de um processo objetivo, as súmulas sejam aprovadas mediante a decisão do Tribunal. Essa decisão, assim como as demais decisões judiciais, exige, para a sua validade, não apenas o cumprimento de certos requisitos formais, mas também a efetiva fundamentação, que, não é demais reiterar, deve ser racional.

Para os fins dessa investigação, é fundamental conhecer a teoria de Robert Alexy, suas características, seus pressupostos teóricos e sua pretensão de aplicação às decisões judiciais, o que será amplamente explorado no primeiro capítulo desse trabalho. Isso permitirá conceber de que modo o discurso jurídico pode ser tratado como um caso especial do discurso prático de tipo geral, e de que forma ele se aplica às decisões judiciais e na correção de seus enunciados.

De igual modo, é importante conhecer a súmula vinculante, suas peculiaridades e seus requisitos de validade, cujo exame será feito no segundo capítulo. Tal estudo possibilitará compreender a adoção de uma súmula vinculante como um processo objetivo típico, que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante), ensejando a prolação de uma decisão fundamentada, sob pena de nulidade.

No terceiro capítulo, promover-se-á o estudo dos debates que compuseram o processo de decisão da aprovação de algumas das súmulas vinculantes atualmente vigentes, indicando como se dá a utilização da teoria da argumentação na fundamentação dessas decisões, ainda que, eventualmente, não haja remissão expressa à teoria nas discussões analisadas. Por meio desse capítulo, objetiva-se não apenas confirmar que os componentes da teoria da argumentação jurídica já são aplicados nessas decisões, mas também verificar se os mesmos são utilizados com coerência e constância suficientes para caracterizar as decisões como racionalmente fundamentadas à luz da teoria do discurso jurídico racional.

A partir da compreensão de determinados aspectos relevantes da teoria da argumentação de Robert Alexy, da exigência constitucional de fundamentação das decisões de aprovação das súmulas vinculantes e do uso que o STF faz da argumentação nesse processo de motivação, afigura-se plausível elaborar uma proposta que, mediante um processo argumentativo racional baseado na teoria do discurso jurídico de Alexy, permita aferir a racionalidade das premissas adotadas na fundamentação e o grau de correção da decisão judicial de aprovação de uma súmula vinculante.

Esse é o objetivo desse ensaio. Almeja-se, portanto, que a proposta apresentada colabore para a aplicação do conjunto de preceitos racionais da teoria do discurso jurídico, contribuindo para a busca de maior certeza da racionalidade

que marca a fundamentação das decisões judiciais relativamente à criação de um enunciado vinculante, exigência de um Estado Democrático de Direito, para o qual a motivação das decisões é uma ferramenta de defesa contra o arbítrio, o subjetivismo, o psicologismo, enfim, a irracionalidade que não deve compor a persecução de uma prestação jurisdicional legítima e justa.

Espera-se, ainda, que o presente trabalho possa estimular, no meio acadêmico e nos profissionais do Direito, o interesse e o estudo da argumentação jurídica, sua teoria e aplicação nas diversas searas jurídicas, destacando a sua relevância para a Filosofia do Direito, de modo que possamos compreender que a aplicação adequada da justiça não é fruto apenas de leis, que são incapazes de resolver todos os problemas da vida apresentados aos juristas, mas também de uma construção científica interdisciplinar, da dogmática, dos costumes, dos precedentes, da hermenêutica, da linguagem, enfim, de um pensamento racional complexo.

## 1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A partir desse capítulo, adentra-se no estudo da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy com o escopo de facilitar a compreensão de suas características e propósitos, possibilitando, nos capítulos posteriores, destacar a possibilidade e as vantagens de sua aplicação no contexto judicial brasileiro.

### 1.1 Breves considerações sobre o surgimento, a evolução e a aplicação da argumentação jurídica

Alguns registros históricos apontam que a argumentação é estudada desde a antiguidade clássica, perpassando por muitas fases de desenvolvimento. Para o estudo aqui intentado, contudo, optamos por não adentrar profundamente nesse percurso histórico<sup>1</sup>, detendo-nos apenas naquilo que possui maior relevância para o estudo da argumentação que se dá em âmbito jurídico.

Datam de 1970 os esforços mais evidentes de estudo da argumentação voltada para o Direito, quando o jusfilósofo Chaïm Perelman iniciou o curso de argumentação na Universidade de Bruxelas.<sup>2</sup>

Durante séculos, em razão da não exigência de fundamentação das decisões, a argumentação assumiu um papel secundário no Direito. Sem a necessidade de apresentação de uma justificação racional, o Juiz tinha o papel de buscar o “justo”, embora, por vezes, não ficassem claros quais os critérios de justiça utilizados, confundindo-se, certas vezes, com ponderações não normativas puramente morais e/ou religiosas.<sup>3</sup>

Foi a partir da Revolução Francesa, por meio da aplicação da diferenciação dos poderes<sup>4</sup>, que se passou a exigir, do poder judiciário, a prolação de decisões fundamentadas. Essa obrigatoriedade de justificação inspirou a necessidade de desenvolvimento de teorias da construção racional do discurso.

---

<sup>1</sup> Isso, em parte, é feito por Robert Alexy ao longo do desenvolvimento de sua teoria da argumentação.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>4</sup> Por meio da aplicação de um sistema de freios e contrapesos, atribuíam-se prerrogativas e deveres a cada uma das vertentes do Poder Estatal.

Passa-se, então, a valorizar a segurança e a igualdade advindas das leis e de sua aplicação, que deve ser racionalmente conduzida pelo aplicador, o juiz.<sup>5</sup>

Ainda de modo superficial, sinteticamente, é possível dizer que, a partir da Revolução Francesa, foram diversos os estágios de desenvolvimento e os modos de aceitar a existência e a aplicação do Direito na sociedade. Das teorias jusnaturalistas ao seu completo afastamento pelo positivismo de Comte, a argumentação no Direito passou por diversos estágios de evolução, aplicação e valorização. No auge do positivismo, por exemplo, a persuasão assumiu menor valor ante a exigência de um raciocínio jurídico absolutamente exato, até mesmo formalmente lógico, no qual ao aplicador do direito cabia o papel quase acrítico de aplicar ao fato a norma.<sup>6</sup>

Da Revolução Francesa ao processo de Nuremberg, houve um movimento de valorização do formalismo e do legalismo do raciocínio judiciário. Com fundamento na lei, condutas altamente questionáveis foram justificadas e afetaram a vida de milhões no mundo. Diante das perplexidades que a humanidade presenciou na Segunda Guerra Mundial, tal processo passou a ser questionado, criticando-se a simples obediência à lei sem a avaliação da carga axiológica nela presente.<sup>7</sup>

O estudo e aplicação de valores como justiça e igualdade passaram a ser visto também como papel do Direito. Segundo Chaïm Perelman:

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao Direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de Direito.<sup>8</sup>

Nesse ínterim, aplicar o Direito não mais impõe a busca por uma verdade petrificada de um sistema fechado, inclusive, porque, conforme veremos a partir do estudo de uma série de regras da razão, ao ordenamento jurídico, é impossível conferir grau absoluto de exatidão. Conforme se verá ao longo desse estudo, em muitos casos a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes ou dos precedentes, justificando-se isso em, pelo menos, quatro razões fundamentais: 1) a inexactidão da linguagem do Direito; 2) os eventuais choques entre as normas; 3)

<sup>5</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 9.

<sup>6</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 9-10.

<sup>7</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 10.

<sup>8</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 185.

a ausência de normas válidas para certos casos que exigem regulação jurídica; e 4) casos especiais que permitam decidir em prejuízo à literalidade da norma.

Esses novos paradigmas estabelecidos pela evolução da Teoria do Direito, exigem, da aplicação das leis vigentes em determinado ordenamento jurídico, maior grau de racionalidade e certeza de que a mesma (aplicação da lei - decisão) se encontra livre de arbitrariedades e subjetivismos explicáveis apenas mediante estudos psicológicos.

Isso implica conferir maior relevo à atividade argumentativa no Direito, que deve ser entendida enquanto fundamentação racional do discurso que justifica a adoção de uma solução como mais razoável em determinado caso, respeitando princípios básicos gerais, como a universalidade e a justiça formal.

A argumentação jurídica desenvolve, portanto, uma função essencial na construção de uma justificação racional do direito aplicável aos casos concretos e das decisões jurídicas. Tal função assume especial importância no meio jurídico brasileiro, que reconhece a necessidade de estruturar as decisões judiciais de modo que as mesmas sejam fundamentadas (motivadas), segundo critérios racionais.

## 1.2 A teoria da argumentação de Robert Alexy

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas *não é senão* uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas.”<sup>9</sup> Por meio dessa conclusão, Robert Alexy dá início à apresentação dos suportes básicos que norteiam o desenvolvimento e proporcionam a conclusão das principais ideias que compõem a sua teoria da argumentação jurídica.

Alexy evidencia que, não raras vezes, a decisão de questões jurídicas não decorre da lógica presente nas enunciações das normas jurídicas então em vigor, acompanhadas dos postulados empíricos tidos como verdadeiros ou demonstrados.<sup>10</sup>

Em outras palavras, são muitos os casos em que a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes ou dos precedentes, justificando-se isso,

<sup>9</sup> LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 3. ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975, p. 154 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.



coforme já salientado, em, pelo menos, quatro razões fundamentais: a) a inexatidão da linguagem do Direito; b) os ocasionais choques entre as normas; c) a carência de normas válidas para certos casos, que exigem regulação jurídica; e d) casos especiais que possibilitem decidir em prejuízo à norma tida em sua literalidade.<sup>11</sup>

A partir dessas breves considerações, Robert Alexy passa a elencar uma série de pressupostos e intenções presentes em seu trabalho, indicando os fundamentos de sua investigação e partindo de uma crítica à metodologia jurídica explorada sob os cânones de interpretação.

Para o jusfilósofo, não obstante as dificuldades relativas à classificação e ao modo de utilização dos mencionados cânones, seu principal problema é a imprecisão, pois determinada regra pode resultar em conclusões divergentes se os intérpretes possuem compreensões desiguais sobre a questão. Assim, o autor assume que tais cânones de interpretação, apesar de úteis, não podem ser utilizados como regras suficientes para a fundamentação de decisões jurídicas.<sup>12</sup>

Assevera que, quando a decisão de determinado caso encontra as dificuldades relativas às quatro razões anteriormente citadas, e não é bem sucedida na utilização das regras da metodologia jurídica, o intérprete passa a ter de optar entre, quando não várias, pelo menos, duas soluções. Ao realizar tal opção, o intérprete elege determinada alternativa como superior em alguma acepção e, por tal razão, realiza uma *valoração* ou *juízo de valor*, pressuposto fundamental da tese de Alexy, no sentido de que o aplicador “deve” se nortear por uma perspectiva juridicamente pertinente em consonância com “*valorações moralmente corretas*”.<sup>13</sup>

Apesar da imprescindibilidade das valorações na Ciência do Direito e na jurisprudência, não podemos concluir que nas decisões judiciais há uma margem de liberalidade para crenças morais subjetivas dos aplicadores do Direito. Diante disso, diversas foram as tentativas de objetivar a aplicação desses juízos de valor<sup>14</sup>, mas que não obtiveram êxito diante das diferentes formas de concretização dos

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 21.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 23-26.

<sup>14</sup> São elencados quatro procedimentos na obra: “1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; 2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluindo as decisões anteriores); e 3) recorrer a princípios suprapositivos. [...] 4) apelar para conhecimentos empíricos [exceto os pressupostos em (1)].” (*Ibid.*, p. 29).

princípios decorrentes dessas propostas, das quais resultam diferentes consequências normativas.<sup>15</sup>

No propósito de investigar as possibilidades dessa objetivação, a argumentação jurídica, concebida por Alexy como atividade linguística que trata da *correção de enunciados normativos*, é designada por ele como caso especial do “*discurso prático geral*”<sup>16</sup>. Esse discurso jurídico pode ser concebido sob prismas empíricos (atuar jurídico sociológico), analíticos (estrutura lógica de argumentos efetuados ou possíveis) ou normativos (estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico).<sup>17</sup>

Para fins de compreensão de sua teoria da argumentação, Alexy alerta para a adoção de uma prática “analítico-normativa” aplicável ao discurso jurídico, vez que há referência à estrutura lógica do argumento e à fundamentação racional do discurso.<sup>18</sup>

Reputa fundamental a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois ambos tratam de enunciados normativos com “pretensão de correção”. Especializa-se o discurso jurídico porque há uma gama de condições limitadoras, a exemplo da submissão à lei, à necessária atenção aos precedentes, à dogmática e, fora do discurso científico-jurídico, às limitações de cunho processual. Espera-se do enunciado jurídico que seja racionalmente justificável sob a observância dessas limitações.<sup>19</sup>

E sobre esse último ponto é que se levanta a questão principal do trabalho de Alexy: “o que significa ‘racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras?’”<sup>20</sup>. Sob tal perspectiva, o teórico se propõe a formular um *código da razão prática*, agrupando uma série de regras e formas (cinco grupos de um total de vinte e duas regras e um quadro de seis formas de argumentos), que, se adotado, apresente, fundamentadamente, uma pretensão de correção.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 26-29.

<sup>16</sup> Confira a seção 1.2.2 desse trabalho.

<sup>17</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 30-31.

<sup>18</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>19</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 31-32.

<sup>20</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>21</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

Tais regras não definem o produto da argumentação em todos os casos<sup>22</sup>, nem determinam de quais premissas devem partir os participantes do discurso. Ou seja, dessas regras deriva um processo de decisão no qual não está estabelecido o que se deve tomar como fundamento da decisão e no qual nem todos os passos estão prescritos. Isso, para Alexy, é exatamente o papel da Teoria do Discurso, que deve propor regras com tão reduzido teor normativo que pessoas com entendimentos normativos distintos possam concordar, mas tão robustas que discuti-las seja apreciado como racional.<sup>23</sup>

Algumas regras do discurso, acrescente-se, só podem ser executadas de modo aproximado, o que não as torna descartáveis, pois contribuem para a elucidação da pretensão de correção, enquanto preceitos da correção de enunciados normativos, enquanto ferramentas de crítica de justificações não racionais e enquanto medidas de um ideal que se almeja, de forma que uma norma ou mandamento singular que preencha os requisitos estabelecidos pelas regras do discurso possa ser avaliada como *justa*.<sup>24</sup>

Tais delimitações exigem a determinação mais exata das regras nas quais ocorrem e das formas de argumentos que podem ser tomadas como referência, mas somente em certas formas de discurso é possível distinguir as regras e as formas importantes dentre todas as que conduzem o discurso jurídico. Nesse ponto, a relação entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral toma especial relevância dentro da chamada “*tese do caso especial*”<sup>25</sup>. São destacados três significados: a) “tese da secundariedade”: a fundamentação em si deve seguir os padrões do discurso prático geral, ao passo que a justificação jurídica é apenas legitimador secundário (se a solução não advém da lei, não há discurso

<sup>22</sup> Aqui se fala em questões discursivamente impossíveis, discursivamente necessárias e discursivamente possíveis. Para Alexy, o enlace do discurso real com o ideal resulta de forma limitada na eliminação de determinadas questões sobre certas coisas. Como exemplo apresenta a escravidão como impossível discursivamente e a democracia como resultado do necessário discursivamente. Ao lado desses dois discursos, há um amplo espaço do meramente possível discursivamente, no qual se pode, de modo racional, chegar a resultados diferentes, representando limites à Teoria do Discurso (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29-30).

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32-33.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

<sup>25</sup> Confira ALEXY, Robert. **La tesis del caso especial**. 13 p. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASliYCQCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

jurídico, mas sim prático); b) “tese da adição”: a argumentação jurídica tem um limite, após o qual passa a vigor a argumentação prática geral; c) “tese da integração”: os argumentos especificamente jurídicos devem somar-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais.<sup>26</sup>

Embora adote a última tese, Alexy adianta que a mesma não soluciona todas as questões, ao passo que o modo como essa integração ocorre de forma compatível com as normas legais, os precedentes judiciais e a dogmática, deve ser respondida pela presente teoria da argumentação jurídica.<sup>27</sup>

Antes de ingressar na análise de outras teorias do discurso prático, Alexy aponta que há certa identificação entre argumentação jurídica e tópica na sua investigação, assumindo que, mesmo quando não são possíveis fundamentações concludentes, deve-se buscar uma decisão racional, bem como a ideia de que fundamentação racional relaciona-se necessariamente com discussão racional.<sup>28</sup>

A partir desse ponto, Alexy passa a examinar uma série de teorias do discurso prático, a fim conhecer como se dá a fundamentação dos enunciados, das proposições ou das orações normativas, analisando-os a partir da teoria da linguagem normativa, cujos numerosos estudos resultaram no desenvolvimento da “metaética”. Uma vez que uma série de teorias metaéticas não se aplica ao discurso racional, seu estudo se mostra necessário.<sup>29</sup>

Enfatiza também que o modo mais simples de discurso geral prático é um debate entre duas pessoas que argumentam se algo deve ser feito ou se é bom. A resolução do caso apresenta duas propostas: a) um convence (prova) o outro da verdade de sua posição, por meio da fundamentação de uma convicção moral; b) ambos fazem um acordo por meio da persuasão (cunho psicológico). Para Alexy, a explicação da segunda proposta não supera os limites do psicologismo, restando averiguar se a justificação de convicções morais é possível (e, se sim, como).<sup>30</sup>

Diante disso, Alexy, partindo das ideias pertinentes ao naturalismo, ao intuicionismo e ao emotivismo, inicia seu estudo acerca das visões que diversos teóricos têm do discurso moral como uma atividade guiada por certas regras.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 34-35.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 35-38.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 45-46.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 46.

Para os naturalistas, os enunciados normativos<sup>31</sup> podem ser definidos por meio de expressões descritivas, verificando-se mediante os procedimentos típicos das ciências naturais e sociais de veia empírica, ao passo que, à filosofia moral, caberia traduzir tais expressões normativas para enunciados descritivos. Alexy considera que a teoria naturalista foi objetada satisfatoriamente pelo “argumento da questão-aberta” (*open-question argument*)<sup>32</sup> de Moore, ao concluir que significados normativos nem sempre coincidem com o de expressões normativas, não podendo o discurso moral ser abreviado ao empirismo do discurso.<sup>33</sup>

A tese do intuicionismo informa que, se determinados enunciados não podem ser expressos empiricamente, não são cognoscíveis pelos cinco sentidos, mas por uma capacidade especial (sexto sentido, conhecimento intuitivo *a priori*). Para essa corrente, o discurso prático se daria por meio de verdades evidentes impassíveis de argumentação. Tal teoria se torna insustentável quando constatamos que diferentes pessoas respondem distintamente ao mesmo sinal, não oferecendo qualquer critério para distinguir entre falso e correto.<sup>34</sup>

Em contrapartida ao naturalismo e ao intuicionismo, o emotivismo afirma que o papel fundamental dos juízos morais é influenciar pessoas, modificando ou intensificando seus interesses e não apenas descrevendo-os. A clara abordagem psicológica dada ao discurso moral por essa teoria, na qual os argumentos atuam no sentido de exercer pressão psíquica, desqualifica a existência de regras para aferição da validade ou invalidade dos argumentos no discurso moral.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Por exemplo: “bom”, “devido”, “correto” etc.

<sup>32</sup> Tal argumento está ligado a um problema de definição relativo a se é possível ou não definir “bom”. Por meio desse argumento, Moore busca provar que “bom” não pode ser definido nos termos do Naturalismo Metaético, mostrando que, qualquer definição de “bom”, é ultimamente mal formulada. Um dos exemplos básicos da utilização do argumento da questão-aberta é definir bom como prazeroso e fazer a pergunta “É o prazer realmente bom?”, concluindo que a pergunta não está perguntando se o prazer é prazeroso, concluindo que a pergunta “É isso bom?” é substancialmente diferente da “É isso prazeroso?”. A primeira pergunta é uma questão-aberta, ou seja, é um questionamento com sentido e deixa em aberto a resposta sobre se o prazer é ou não é bom (DALL’AGNOL, Darlei. **Naturalismo ético e o argumento da questão-aberta**. In: FELTES, H. & ZILLES, U. (orgs.) **Filosofia: Diálogo de Horizontes**. Porto Alegre/Caxias do Sul: Edipuc/Educs, 2001. p. 70). Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=9zGCWRzJU8C&pg=PA70&lpg=PA70&dq=argumento+da+quest%C3%A3o+aberta&source=bl&ots=\\_3tCV66rHg&sig=3G4ictMOZQi0engG8Puu8gTiADI&hl=pt-BR&sa=X&ei=8bftUM35KoSu9ATFu0DYCw&ved=0CDcQ6AEwAQ#v=onepage&q=argumento%20da%20quest%C3%A3o%20aberta&f=false](http://books.google.com.br/books?id=9zGCWRzJU8C&pg=PA70&lpg=PA70&dq=argumento+da+quest%C3%A3o+aberta&source=bl&ots=_3tCV66rHg&sig=3G4ictMOZQi0engG8Puu8gTiADI&hl=pt-BR&sa=X&ei=8bftUM35KoSu9ATFu0DYCw&ved=0CDcQ6AEwAQ#v=onepage&q=argumento%20da%20quest%C3%A3o%20aberta&f=false)>. Acesso em: 23 nov. 2012).

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 46-49.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 49-50.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 50-57.

A partir dessa análise, é possível concluir que “a função da linguagem moral não se exaure com a descrição de objetos, propriedades e relações empíricas e não empíricas”<sup>36</sup>. Uma fundamentação racional do discurso aponta para a necessidade de regras que pretendam alcançar respostas corretas e incorretas.

Em seguida, Robert Alexy adentra na investigação de teorias *metaéticas* que, diversamente das anteriores, reconhecem que o discurso moral é regido por regras. Frise-se que a compilação e a discussão dessas diversas concepções filosófico-linguísticas possuem importante papel na fundação da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Contudo, tendo em vista os limites da presente investigação e o caráter prático da mesma, acreditamos não ser prudente ingressar nos pormenores teóricos dos diversos filósofos analisados pelo autor, mas seguir para a discussão dos seus resultados.

Da análise das concepções<sup>37</sup> que tratam o discurso moral como uma atividade regida por regras, Alexy apresenta resultados relevantes para o balizamento da sua própria teoria: a) a principal tarefa da teoria do discurso prático racional é elaborar as regras que regem o discurso moral, diferenciando o âmbito empírico da teoria (descrição e análise das regras dos jogos de linguagem) do seu domínio normativo (justificação das regras); b) há de se distinguir formas de argumentos de regras de argumentação; c) juízos morais são universalizáveis, pois, quem expressa uma proposição normativa pressupõe a existência de uma regra; d) sem prejuízo à sua racionalidade, a argumentação prática obedece outras regras diferentes das empregadas nas ciências naturais.<sup>38</sup>

Posteriormente, Robert Alexy passa a analisar a teoria consensual da verdade de Habermas e a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen. Por meio dessas teorias, Alexy analisa o estudo da fundamentação das proposições normativas e o debate sobre sua aplicação às questões práticas. Logo após, adentra no estudo da teoria da argumentação de Chaïm Perelman e a influência na estruturação de sua teoria da argumentação jurídica.

Dos estudos de Habermas, parte-se do entendimento de que as expressões normativas (juízos de dever e juízos de valor) podem ser fundamentadas

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>37</sup> São analisados: a) os estudos sobre a Filosofia da Linguagem, com o conceito de jogo de linguagem de Wittgenstein e a teoria dos atos de fala Austin; b) a teoria de Hare sobre a linguagem e a argumentação morais; c) as propostas teóricas da argumentação de Toulmin; e d) a análise de Baier sobre a argumentação moral.

<sup>38</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 58-106.

de maneira similar às proposições empíricas, de modo que a *verdade* dessas corresponda à *correção* daquelas.<sup>39</sup>

Partindo de uma análise preliminar da distinção entre ação e discurso, Alexy conclui, com base no pensamento de Popper, que até mesmo os “enunciados básicos” podem ser falseados (não são incontestáveis), pois também possuem caráter de hipótese e dependem de uma teoria<sup>40</sup>, ao passo que a sua aceitação se baseia em um acordo. Isso significa que até mesmo simples proposições observacionais são passíveis de perquirição para a sua comprovação discursiva. Tal entendimento se estende às proposições mais complexas, de modo que a verdade de qualquer proposição seja estabelecida mediante processo argumentativo. Como resultado dessa distinção, obtém-se a definição de “fato” como a expressão de uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente, de modo que o fato depende da linguagem e as proposições sobre fatos dependem do discurso.<sup>41</sup>

Ainda sob a visão da teoria consensual, Habermas desenvolve a sua ideia de “consenso fundando” como critério de verdade, segundo a qual esse consenso tem por base a “força do melhor argumento”.<sup>42</sup> Para Habermas, “um argumento é a fundamentação que nos motiva a reconhecer a pretensão de validade de uma afirmação, ordem ou valoração”.<sup>43</sup> Isso significa que o argumento se encontra no núcleo da lógica do discurso, seja teórico, seja prático.

No contexto do ideário de Habermas, deve-se ter em vista que, se se quer ter algo como um juízo de valor, esse algo deve ser compreendido sempre como subordinado à pretensão de fundamentabilidade. Disso advém o que Alexy chama de *regra geral da fundamentação*: “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”.<sup>44</sup>

A regra geral de fundamentação possui estreita relação com as três *regras da razão*<sup>45</sup>, que estabelecem as seguintes exigências para que se configure a

<sup>39</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>40</sup> A palavra azul exige uma teoria das cores, assim como a palavra dezesseis exige uma teoria dos números.

<sup>41</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 110-112.

<sup>42</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 116-117.

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. *Wahrheitstheorien*, p. 241 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 117.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 130-132.

<sup>45</sup> “(1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

situação ideal de fala, conforme idealizada por Habermas: igualdade de direitos, universalidade e ausência de coerção. Tais regras são consideradas por Alexy as condições mais importantes para a racionalidade dos discursos, vez que expressam, no plano da argumentação, as ideias de liberdade e igualdade universal<sup>46</sup>, integrando o arcabouço de regras argumentativas da sua teoria.<sup>47</sup>

Apesar da importância das regras da razão, é preciso reconhecer que as mesmas possuem um caráter ideal e não indicam qualquer procedimento para a resolução de um determinado caso por um jurista. Tal deficiência, contudo, vem a ser complementada por outras teorias do discurso e pela teoria da argumentação de Alexy, mediante a apresentação de regras ulteriores da razão prática.

Do estudo da teoria de Habermas, Alexy conclui que a fundamentação racional também se aplica ao discurso prático (e não apenas ao teórico), pois também se mostra relevante a aplicação da pretensão de verdade (validade ou correção) de um juízo de valor ou de dever (expressão normativa) que venha a ser problematizado (ou questionado), exigindo um consenso fundado dos participantes do discurso de acordo com a *regra geral de fundamentação* e as *regras da razão* apresentadas.<sup>48</sup>

A tentativa de aplicação do método construtivista ao campo da ética foi mérito da teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen<sup>49</sup>. Por meio da análise das perspectivas trazidas por essa teoria, é possível agregar pontos de destaque à teoria do discurso racional: a) perquirição de um uso comum das palavras (precisão linguística), de modo que seja possível transpor do discurso prático ao de análise da linguagem quando surgir qualquer confusão linguística (clareza linguística); b) a formulação do *princípio da razão prática* de Schwemmer equivale à combinação do

---

[...]

(2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

[...]

(3) Não se pode impedir a nenhum falante de exercer seus direitos estabelecidos em (1) e (2) mediante coerção existente dentro ou fora do discurso." (*Ibid.*, 2011. p. 133).

<sup>46</sup> "Uma norma pode, em um discurso, somente então, encontrar aprovação universal, quando as consequências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um particular podem ser aceitas por todos." (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26).

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 132-134.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 107-140.

<sup>49</sup> Em razão da clara complexidade de determinados pontos da teoria da Escola de Erlangen, limitaremos-nos a apresentar as principais conclusões de Robert Alexy acerca da análise da teoria e sua aplicação à teoria do discurso racional prático.



princípio da universalidade de Hare<sup>50</sup> com o princípio do prescritivismo, não se podendo olvidar que outras de suas formulações também coincidem com o princípio da generalizabilidade de Habermas;<sup>51</sup> c) do *princípio moral* de Schwemmer, extraímos a ideia de que o discurso prático, além de conciliar desejos subjetivos e convicções normativas, também é ferramenta de modificação dos enunciados normativos e, por conseguinte, das concepções sobre a justificação dos desejos subjetivos;<sup>52</sup> d) a ideia da gênese fática e crítica é a principal contribuição da Escola de Erlangen para a construção de uma teoria do discurso racional, demonstrando ser plausível criticar uma norma presente em um discurso com referência à sua origem social e individual.<sup>53</sup>

Dando continuidade ao estudo das teorias da fundamentação do discurso, Robert Alexy ingressa nas ideias de Chaïm Perelman, filósofo que trata a teoria da argumentação como uma teoria lógica em sentido amplo, pois afirma não pretender substituir a lógica formal, mas complementá-la, agregando a ela um campo do raciocínio pouco explorado, o raciocínio prático.<sup>54</sup>

Conceito central das ideias de Perelman é o de *auditório*, caracterizado como o conjunto daqueles a quem o orador quer influenciar com sua argumentação<sup>55</sup>, cuja finalidade é obter ou fortalecer a adesão do auditório. Como o

<sup>50</sup> LUNARDI, Giovani Mendonça. **A universalização dos juízos morais na ética de Hare**. 2003. 119 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Centro de Humanidades, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/86253/195286.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 148.

<sup>52</sup> Em outras palavras, por meio da ideia do princípio moral, compreendemos que a tarefa do discurso prático funda-se na superação da subjetividade das concepções normativas faticamente existentes, de modo que possamos trabalhar sobre nossos desejos e discipliná-los de modo que nossa decisão de como atuar seja justificável (*Ibid.*, p. 150).

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 141-155.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 157-158.

<sup>55</sup> Vale destacar que Perelman não limita o conceito de auditório ao conjunto daqueles que recebem de fato o discurso, mas amplifica a noção de auditório com um contorno fluido e ampliado. O conceito de auditório passa a ser, portanto, uma construção do orador, ou seja, um conjunto daqueles a quem o orador visa ganhar a adesão ao construir o seu discurso. Isso significa que, ao discursar, o orador, além de argumentar, deve definir o seu auditório, ou seja, a quem o discurso é dirigido. Aqui também, é preciso deixar claro que o auditório não é uma simples e independente construção do orador, pois é em função dele que o discurso se constrói. Por isso, não se compreende o auditório independentemente do orador e vice-versa, pois ambos são fundamentais a qualquer argumentação (ALVES, Marco Antônio Sousa. **A Argumentação Filosófica: Chaïm Perelman e o Auditório Universal**. 2005. 215 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos\\_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumentacao\\_filosofica.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumentacao_filosofica.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2012).

orador deve adequar o seu discurso ao auditório, Perelman defende que a argumentação é uma função do auditório.<sup>56</sup>

O auditório, então, é o responsável por distinguir a argumentação da demonstração. Sobre a prova da demonstração, o auditório não exerce influência, por ser pura dedução lógica (a fórmula provê um resultado)<sup>57</sup>. Sobre a prova da argumentação, exige-se que o auditório adira às premissas e a *cada etapa da prova*, autorizando o avanço do raciocínio.<sup>58</sup>

Com base nas concepções acima apresentadas, Alexy entende que a ideia de auditório de Perelman é importante para embasar a construção de uma teoria normativa da argumentação, pois, sendo o auditório parte fundamental do discurso, o valor (qualidade) de um argumento (também) pode ser estabelecido conforme o valor do auditório a que se dirige (e não apenas pela sua eficácia - sopesamento quantitativo de prós e contras).<sup>59-60</sup>

A partir desse conceito de auditório<sup>61</sup>, Perelman apresenta a ideia de *auditório universal*<sup>62</sup>, que possui correspondência com a situação ideal de fala de Habermas, enfrentando problemas muito semelhantes, vez que o acordo de todos não se pode alcançar nunca. Apesar disso, visando sua aplicação à argumentação racional prática, a ideia de *auditório universal* assume, pelo menos, dois componentes de significado compatíveis: i) o auditório que um indivíduo ou uma sociedade forma como característico (*auditório universal concreto*); ii) o conjunto de todos os homens como seres que argumentam, ou seja, racionais, sem limites, nem espaciais nem temporais (*auditório universal ideal*).<sup>63</sup>

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 159.

<sup>57</sup> Na demonstração, “a prova é evidente, ela obriga a mente a aderir, não deixando qualquer espaço para a liberdade de assentimento, para a escolha justificada.” (ALVES, Marco Antônio Sousa. *op cit.*, p. 45).

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 159-160.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 161-162.

<sup>60</sup> Confira: ALVES, Marco Antônio Sousa. *op. cit.*, *passim*.

<sup>61</sup> Analisando o conceito de auditório particular, podemos compreender melhor o que constitui o auditório universal. O auditório particular implica um enquadramento temporal e espacial de um grupo particular, delimitado. O que é aceito em um auditório particular, tem eficácia apenas dentro dele, razão pela qual é possível convencer determinado auditório e não obter sucesso em outro (*Ibid.*, p. 62-63).

<sup>62</sup> Vemos, então, que o *auditório universal* se apresenta como um caso limite, uma idealização do orador, constituído de um conjunto sempre potencialmente aberto, do qual fazem parte todos os seres racionais. Por tal razão, tal auditório não é real e nunca se realiza efetivamente (*Ibid.*, p. 63-65).

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 160-164.

Diante dessas considerações, Robert Alexy destaca, como de especial interesse para a sua teoria, determinados pontos do trabalho de Chaïm Perelman: a) por pretender determinar o valor dos argumentos (parte normativa) e analisar as estruturas dos argumentos (parte analítica), sua investigação pertence à lógica; b) normas podem ser válidas e racionalmente generalizadas (*auditório universal*); c) racionalidade e universalidade estão vinculadas, mas o enquadramento temporal e espacial de determinado grupo, suas concepções e atitudes também influem na argumentação, pois esta não pode partir do nada; d) isso significa que nem sempre é possível apresentar um resultado único e correto definitivamente, exigindo abertura para a crítica e a tolerância.<sup>64</sup>

Na sequência, Alexy passa a sintetizar, com base na discussão precedente<sup>65</sup>, os resultados de seus estudos em uma *teoria do discurso prático geral*. Para tanto, devemos partir da conclusão de que o discurso prático geral constitui um conjunto de ações interconectadas no qual se comprova a verdade ou a correção de proposições normativas<sup>66</sup>, ao passo que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que ocorre sob certas condições limitadas (lei, dogmática, precedente e, nas disputas judiciais, pelo processo), o que ficará mais claro adiante.<sup>67</sup>

A teoria do discurso racional deve ser entendida como uma teoria do discurso normativa, pois, por meio dela, se propõem e fundamentam critérios (regras) para a fundamentação do discurso racional. Ou seja, tais regras podem ser tratadas como normas (do discurso) para a justificação racional de normas (práticas). A possibilidade de encontrar tais regras é contemplada por meio de quatro vias: técnica, empírica, definitória e pragmático-universal.<sup>68</sup>

A fundamentação técnica consiste em considerar as regras do discurso como “regras que prescrevem os meios para determinados fins”<sup>69</sup>. Contra essa forma de fundamentação, duas objeções são apresentadas: a) como o fim também

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 165-173.

<sup>65</sup> Por isso, a fim de garantir a correta compreensão da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, não pudemos deixar de apresentar uma sinopse da análise das diversas teorias que fundamentam o seu pensamento.

<sup>66</sup> O jusfilósofo esclarece que a sua teoria também oferece bases a uma teoria do discurso interno (reflexões de uma pessoa em que se consideram os possíveis contra-argumentos dos oponentes fictícios), mas isso exigiria considerações e fundamentações adicionais (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 179).

<sup>67</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 177-179.

<sup>68</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 180-185.

<sup>69</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p.180.

deve ser fundamentado, questiona-se sob quais regras isso poderá ser feito, já que o fim é que justifica as regras; b) um fim capaz de fundamentar todas as regras do discurso teria de ser muito genérico (o que poderia fazer com que duas normas antagônicas fossem igualmente justificáveis) ou definível mediante o próprio cumprimento das regras (ou seja, as regras cumpridas definiriam o fim).<sup>70</sup>

A fundamentação empírica se respalda por meio de regras que regem de fato, ou seja, que são parte da convicção normativa existente, sendo seguidas em medida suficiente. A crítica contra essa forma de justificação está na falta de comprovação da racionalidade de uma prática existente na sociedade, pois, embora a norma possa ser seguida e respeitada, não temos garantias de que a mesma é, de fato, racional.<sup>71</sup>

A fundamentação definitória prevê que a apresentação do conjunto de regras que definem uma prática seja tomada como motivação da decisão de aceitá-lo. Ou seja, para legitimação do sistema de regras não são apresentadas outras razões além da própria formulação e introdução das próprias regras. A aplicação dessa forma de fundamentação não exclui a utilização de outros modos de fundamentação (técnica e analítica), mas apresenta certo grau de arbitrariedade ao considerar a norma posta como suficiente em si mesma.<sup>72</sup>

A fundamentação pragmático-universal indica que a validade de certas regras é exigência de possibilidade de comunicação da linguagem, ou seja, tais regras estão pressupostas de maneira geral e necessária na comunicação linguística ou são típicas de formas de comportamento particularmente humano. A possibilidade de fundamentação por meio desse procedimento gera questões extremamente nebulosas, aplicáveis apenas a poucas regras fundamentais.<sup>73</sup>

Sem a pretensão de haver esgotado a análise das quatro vias de fundamentação, Robert Alexy conclui que nenhuma delas está isenta de pontos frágeis, o que não significa que não tenham apresentado contribuições importantes para o desenvolvimento de uma teoria da fundamentação racional prática baseada em regras. Para o autor, um discurso sobre as regras do discurso deve ser designado como discurso teórico-discursivo, cuja determinação das formas de

---

<sup>70</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 180-181.

<sup>71</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 182-183.

<sup>72</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 183-184.

<sup>73</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 184-185.

aplicação (mediante regras fundamentadas ou não) é de responsabilidade dos participantes do discurso.<sup>74</sup>

### **1.2.1 As regras e as formas do discurso prático geral**

A seguir, serão elencadas as regras e formas que definem o discurso prático geral racional propostas por Robert Alexy como resultado de sua investigação.<sup>75</sup> Algumas delas aplicam-se apenas ao discurso prático, outras a outras formas de discurso, definindo obrigações, proibições e permissões. Certas regras devem ser cumpridas estritamente e outras apenas o podem de modo aproximado. Há regras aplicáveis apenas à argumentação prática e outras que atuam na transição para outras formas de discurso. Ademais, é preciso diferenciar as formas de argumento das regras da argumentação.<sup>76</sup>

Partiremos, então, para a exposição dos grupos de regras e formas estabelecidas por Alexy.

#### **1.2.1.1 As regras fundamentais**

Em qualquer discurso que trate da verdade ou da correção, exige-se que a aplicação desse grupo de regras seja válida.<sup>77</sup> Vejamos:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.
- (1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 185-186.

<sup>75</sup> O autor faz questão de salientar que um dos reais objetivos de sua investigação é tornar os defeitos desse conjunto de regras e formas, ou do resultado de sua aplicação, mais claros. Isso pode contribuir para a construção de um código da razão prática mais completo e menos falho (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 187).

<sup>76</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 186-187.

<sup>77</sup> Conforme aduz Robert Alexy, “[...] quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta. No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso. Os enunciados jurídicos formulam, portanto, como os enunciados normativos gerais, uma pretensão de correção [...]” (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 212).

<sup>78</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 287.

Em suma, tais pontos nos remetem às regras da lógica (1.1)<sup>79</sup>; à observância da sinceridade na discussão (1.2)<sup>80</sup>; à atuação coerente do falante (1.3), inclusive quando expressa juízos de valor (1.3'); e ao estabelecimento de uma comunidade de uso da linguagem (1.4), de forma que a fala sejam mantida com clareza e sentido. Em razão do caráter elementar dessas regras para a realização racional do discurso, as mesmas são chamadas fundamentais.<sup>81</sup>

### 1.2.1.2 As regras de razão

Discursos práticos ocorrem mediante a fundamentação de asserções, que podem se referir a enunciados normativos, refutações, contestações de perguntas ou justificação de propostas. Assim, quem afirma algo também deve pretender que seja fundamentável, ou seja, deve haver uma pretensão de fundamentabilidade no discurso.<sup>82</sup>

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

(2.1) Quem pode falar pode participar do discurso.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.<sup>83</sup>

Embora não a acrescente à tabela de regras e formas, Alexy apresenta uma regra completar de número (2.3), que estabelece que “[a] nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna e externa ao discurso ao longo da exposição”<sup>84</sup>. Apesar de apresentá-la juntamente com os demais postulados, o jusfilósofo questiona sua aplicação como regra, salientando que a mesma, na verdade, deveria ser entendida como uma condição para a realização de (2.1) e (2.2), o que lhe confere um *status* especial.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> Alexy fala com naturalidade acerca dessa característica, refutando possíveis críticas quanto à insuscetibilidade à verdade das proposições normativas, sugerindo que, no lugar de valores como “verdadeiro” e “falso” (típicos da lógica formal), sejam utilizados valores como “válido” ou “inválido” (aplicáveis ao discurso prático), ou “lícito” ou “ilícito” (aplicáveis ao discurso jurídico) (*Ibid.*, *op. cit.*, 187-188).

<sup>80</sup> Sem essa regra, mentir não seria possível, pois, se não se pressupor a sinceridade do discurso, não se pressupõe que haja o contrário. Vale destacar que esse postulado não limita a realização de conjecturas, desde que as mesmas sejam apontadas como tais (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 188-189).

<sup>81</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 187-190.

<sup>82</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>83</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 287-288.

<sup>84</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>85</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 191-192.

O mandamento concebido em (2) representa a chamada “regra geral de fundamentação”. Já os postulados (2.1)-(2.3) apresentam um critério *hipotético-normativo*<sup>86</sup> para a fundamentação de proposições normativas, razão pela qual podem ser cumpridos apenas de maneira aproximada nas discussões práticas. Tais regras definem, portanto, condições mais relevantes para a racionalidade da argumentação, razão pela qual são chamadas de “regras de razão”.<sup>87</sup>

### 1.2.1.3 As regras sobre a carga de argumentação

Das regras de razão concluímos que qualquer um pode problematizar uma asserção, o que pode ser feito por meio de um simples “por quê?”. Certo é que o grau de responsabilidade na justificação de enunciados normativos é satisfatoriamente regulado pelas regras até aqui apresentadas. O mesmo não se pode dizer quanto à carga de fundamentação relativa a perguntas ou à expressão de dúvidas. Para tanto, como resultado do princípio da universalidade (1.3’) e da regra de fundamentação (2), Alexy elenca o que denomina de “regras sobre a carga de fundamentação”:

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.
- (3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.
- (3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentam como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação.<sup>88</sup>

O teor dessas regras privilegia a igualdade (3.1); a opinião ou a práxis tida como aceita (que não pode ser abandonada sem motivo e, para ser questionada, precisa de uma razão) (3.2); a inadmissibilidade de que se possa exigir continuamente a apresentação de razões pelo interlocutor (se este já apresentou um argumento, não está obrigado a apresentar outro até que se lhe oponha um contra-

<sup>86</sup> Faticamente, não é possível considerar um caso em que os participantes do discurso exerçam as prerrogativas reguladas em (2.1) e (2.2), assim como se supõe impossível obter a ausência de coerção demandada por (2.3). Justifica-se a utilização dessas regras como paradigma ideal que norteia a busca pela racionalidade do discurso prático, funcionando, então, como uma ferramenta de crítica às restrições de direitos e oportunidades dos participantes do discurso, que não sejam fundamentáveis (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 192).

<sup>87</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 192-193.

<sup>88</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 288.

argumento) (3.3); a possibilidade de aproveitar (ou averiguar a relevância) no discurso asserções e comentários sobre as opiniões, os desejos e as necessidades de um falante, conforme as prerrogativas (2.2.b) e (2.2.c), mediante a apresentação de fundamentação (3.4).<sup>89</sup>

#### 1.2.1.4 As formas de argumento características do discurso prático

Em meio à formulação das regras aplicáveis à argumentação racional, Alexy articula as chamadas formas de argumento. Inicia apontando duas formas principais de fundamentar *proposições normativas singulares* (*N*): 1) toma-se uma *regra* (*R*), admitida como válida, como referência; 2) indicam-se as *consequências* (*F*) de obedecer a um imperativo que implique *N*.

Entre ambas as formas acima apresentadas, há uma semelhança estrutural: quem recorre a uma regra em uma fundamentação admite a observação de suas condições de aplicação<sup>90</sup>. Ou seja, quem apresenta uma regra como fundamento admite como verdadeiro um *enunciado* (*T*), que retrata essas condições (4.1). E quem propõe como razão para *N* uma afirmação sobre consequências pressupõe uma regra que manifesta que a produção destas consequências é obrigatória ou é boa (4.2).<sup>91</sup>

Ainda sobre a verdade de *T* e sobre se *F* é realmente uma consequência da ação indicada, pode-se produzir um *discurso teórico* (empírico). Para tanto, é preciso considerar que *R* enseja diversas possibilidades. Assim, em (4.2) é possível justificar cumprir *R* em razão das *consequências decorrentes da obediência a essa regra* (*Fr*), o que pressupõe outra regra (*R'*) como razão dessa asserção (afirmação, justificação) (4.3). Além de apontar *Fr*, pode-se utilizar uma regra adicional *R'* que exija *R* sob uma condição *T'* (que não seja uma consequência de *R*) (4.4).<sup>92</sup>

Em (4.1)-(4.4), aplicar uma regra conduz a um resultado. A utilização de regras distintas, contudo, pode levar a resultados incompatíveis, exigindo, por isso, uma indicação de prioridade entre diferentes formas de fundamentação, razão pela qual devem ser estabelecidas *regras de prioridade*. Algumas dessas regras são

<sup>89</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 194-195.

<sup>90</sup> Tais condições “podem ser características de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, a existência de um determinado estado de coisas ou o que ocorre após um determinado acontecimento” (*Ibid.*, op. cit., p. 196).

<sup>91</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 196.

<sup>92</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 196-197.



gerais e valem para qualquer condição, outras informam um esquema de preferências aplicáveis apenas em determinadas condições (C). Por fim, *P* deve ser entendido como uma *relação de preferência entre duas regras*.<sup>93</sup>

Vejamos, então, o conjunto das formas de argumento formuladas por Robert Alexy<sup>94</sup>, na qual (4) é a forma geral:

$$\begin{array}{ll}
 (4) & \frac{G}{\frac{R.}{N.}} \\
 (4.1) & \frac{T}{\frac{R}{N}} \qquad (4.2) \quad \frac{F}{\frac{R}{N}} \\
 (4.3) & \frac{Fr}{\frac{R'}{R}} \qquad (4.4) \quad \frac{T'}{\frac{R'}{R}} \\
 (4.5) & R_i P R_k \quad \text{ou} \quad R'_i P R'_k \\
 (4.6) & (R_i P R_k) C \quad \text{ou} \quad (R'_i P R'_k) C^{95}
 \end{array}$$

Destaque-se que as formas apresentadas (até limite do nível duplo de argumentação) são livremente combináveis e transitáveis. As estruturas de argumento decorrentes dessas formas são finitas, motivo pelo qual nem todas as regras podem ser justificadas (algumas têm de ser aceitas para que seja possível a ação de justificação). Isso não significa que seja impossível cumprir a exigência de racionalidade na adoção das regras, pois nem todas as regras precisam se justificar por si, mas devem poder ser objeto de justificação.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>94</sup> Para facilitar o entendimento das formas de argumentação, segue um rol de legendas:

*C* – condições específicas;

*F* – consequências de obedecer a um imperativo;

*Fr* – consequências da regra *R*;

*G* – razões, fundamentos;

*N* – proposições normativas singulares;

*N.* – enunciado normativo qualquer (não apenas uma proposição singular);

*P* – relação de preferência entre duas regras;

*R* – regra;

*R'* – regra adicional;

*R.* – regra de qualquer nível;

*T* – enunciado (caso concreto, condição);

*T'* – condição que não é uma consequência de *R*.

<sup>95</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>96</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 199.

### 1.2.1.5 As regras de fundamentação

Apesar da ampliação da racionalidade proporcionada pelas formas de argumentos, aplicáveis ao discurso prático, (4.1)-(4.6), sua utilização possibilita justificar qualquer enunciado normativo e qualquer regra. Isso demanda que continuemos na busca por regras de fundamentação realizadas com essas formas.<sup>97</sup>

Robert Alexy apresenta, assim, um conjunto de regras resultantes das variações do princípio da generalizabilidade. Essas regras são obtidas com base nos postulados de: Hare ([5.1.1] como resultado da aplicação de [1.3'] e do princípio da prescritividade); Habermas ([5.1.2] como resultado ideal da aplicação de [2.1]-[2.3] e do princípio da igualdade de direitos); Baier ([5.1.3] como uma concreção de [1.2] e da exigência de abertura e sinceridade).<sup>98</sup>

Apesar de encerrarem um reforço às regras fundamentais e às regras de razão, (5.1.1)-(5.1.3) não garantem a racionalidade do acordo. A questão é que não se vislumbra ser possível estabelecer um procedimento que guie, em cada caso, a um acordo racional. A busca, portanto, segue no sentido de estabelecer procedimentos que visem nos guiar no sentido da racionalidade. Em suma, isso foi proposto por Habermas e pela Escola de Erlangen sob a plataforma da gênese crítica, de modo que a construção dos sistemas de regras morais seja reconstituída pelos participantes do discurso coletiva (5.2.1) e individualmente (5.2.2).<sup>99</sup>

Por fim, o discurso prático é utilizado para a solução de questões práticas realmente existentes e que demandam resultados que também possam ser aplicados na prática (5.3).<sup>100</sup>

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral.

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

<sup>97</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>98</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 200.

<sup>99</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 201-202.

<sup>100</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 202.

b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.<sup>101</sup>

As regras (5.1)-(5.3) definem o conteúdo dos enunciados e das regras a fundamentar, razão pela qual são chamadas “regras de fundamentação”.<sup>102</sup>

#### 1.2.1.6 As regras de transição

As regras até aqui apresentadas mostram que são muitos os problemas dos discursos práticos que não podem ser resolvidos pelos meios da argumentação prática geral. Trata-se de problemas de fato (discurso teórico), dificuldades linguísticas (falhas de comunicação) e questões relativas à própria discussão prática (discurso sobre a teoria do discurso). Em casos assim, deve-se estabelecer regras que permitam passar a outras formas de discurso.<sup>103</sup>

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.<sup>104</sup>

Portanto, (6.1)-(6.3) são formuladas como “regras de transição”.

#### 1.2.2 A tese do caso especial

Antes de adentrar no estudo das regras e das formas do discurso jurídico sugeridas por Alexy com base na análise das diversas teorias apresentadas, nas considerações sobre as regras e as formas do discurso prático geral e na formulação de sua própria teoria da argumentação jurídica, é necessário verificar até que ponto tais regras e formas do discurso prático geral se aplicam ao discurso

<sup>101</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 289.

<sup>102</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 203.

<sup>103</sup> *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

<sup>104</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 289.

jurídico e de que modo este se diferencia daquele, caso contrário, todo esse esforço sinóptico terá sido absolutamente em vão para os fins da investigação ora intentada.

Para Alexy, “[a] questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico”.<sup>105</sup> Não são poucos os tipos de discussão jurídica existentes: polêmicas dogmáticas (discussões da Ciência do Direito); debates de juízes e órgãos jurisdicionais colegiados; ponderações de questões jurídicas nos órgãos legiferantes (parlamentares, comissões e conselhos); discussões jurídicas entre estudantes, advogados, setores jurídicos empresariais ou governamentais; debates sobre questões de direito entre cidadãos ou meios de comunicação nos quais seja possível introduzir argumentos jurídicos. Em todos esses casos, vê-se um ponto em comum capaz de caracterizar o que chamamos de argumentação jurídica: a vinculação ao direito vigente. Os conflitos jurídicos, portanto, não submetem todas as questões à análise, mas ocorrem sob certas limitações (temporais, espaciais, legais, institucionais, processuais etc), que variam de acordo com as diversas formas de discussão.<sup>106</sup>

Por meio da *tese do caso especial*<sup>107</sup>, Alexy defende que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, baseando-se, para tanto, em três razões: 1) ambos os discursos se referem ao que é obrigatório, proibido ou permitido<sup>108</sup>, ou seja, a questões de ordem prática; 2) no discurso jurídico, assim

<sup>105</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 209.

<sup>106</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 209-210.

<sup>107</sup> “A partir da compreensão da tese do caso especial como uma tentativa para sustentar a dupla vertente da argumentação jurídica (seu caráter institucional, factual ou real, por um lado, e sua dimensão livre, discursiva ou ideal, por outro), Alexy se propõe a defender essa tese frente às críticas realizadas por Jürgen Habermas. Em primeiro lugar, Alexy defende a sua tese ante à crítica que sustenta que as limitações existentes nos procedimentos judiciais excluiriam sua compreensão nas condições da teoria do discurso. Em segundo, o autor enfatiza que a tese do caso especial defendida implica que se deva entender a argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral e não meramente do discurso moral, tal como é definida por Habermas. Por último, defende a tese do caso especial contra a objeção de que os argumentos práticos gerais mudariam seu caráter ao passar a formar parte do Direito; propõe, por fim, que argumentos práticos gerais podem e devem ser inseridos, integrados e especificados de maneira institucional e procedimental, desde que não percam o seu caráter livre e não institucional.” (ALEXY, Robert. **La tesis del caso especial**. p. 23. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASliYCQCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 nov. 2012).

<sup>108</sup> Para Alexy “o ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido” (ALEXY, Robert. **Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica**. 1988. p. 149. Disponível em:

como no discurso prático geral, há uma pretensão de correção; (as duas primeiras razões são semelhanças entre o discurso prático geral e a argumentação jurídica) e 3) o discurso jurídico se faz com base nas limitações anteriormente mencionadas (ou seja, não se refere ao que é absolutamente correto, mas o que é correto segundo o arcabouço da ordem jurídica validamente vigente)<sup>109 110</sup>.

O cerne da tese do caso especial aponta que a pretensão de correção também se aplica ao discurso jurídico, mas, diferentemente de sua formulação no discurso prático geral, não se dirige à racionalidade dos enunciados normativos em questão, mas à sua fundamentação racional dentro do ordenamento jurídico vigente.<sup>111</sup>

A necessidade de aplicação de regras e formas especiais de discurso nas questões de ordem jurídica surge da debilidade das regras e das formas aplicáveis ao discurso prático geral, que, muitas vezes, definem um processo decisório que não chega a resultados concretos ou não consegue segurança efetiva aos resultados obtidos. Isso se dá por três motivos: 1) as regras do discurso prático geral não estabelecem as premissas das quais se devem partir; 2) nem todas as etapas da argumentação estão fixadas; 3) algumas regras do discurso só podem ser obedecidas aproximadamente, existindo sempre a possibilidade de não se obter acordo (há um grande espectro para o possível discursivamente)<sup>112 113</sup>.

Diante dessa situação e da necessidade de obter decisões de fato para as questões jurídicas, torna-se justificável adotar um procedimento que limite o

---

<<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em: 13 nov. 2012).

<sup>109</sup> Em outras palavras, é possível dizer que a argumentação jurídica deve estar vinculada às leis, aos precedentes e à observância do sistema Jurídico elaborado pela dogmática.

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. **La tesis del caso especial**. p. 24-25. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASliYCQCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 nov. 2012; e ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 210-211.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 211-217.

<sup>112</sup> O discursivamente possível pode ser entendido como um amplo espaço, situado entre aquilo que se enquadra no impossível discursivamente (escravidão) e aquilo que se caracteriza como necessário discursivamente (democracia), no qual é possível, de modo racional, chegar a resultados diferentes dentro da teoria do discurso prático geral. Na seara jurídica, a necessidade de decisões faticamente aplicáveis e aceitáveis enseja a necessidade de delimitar cada vez mais o campo do discursivamente possível, ao que se propõe a teoria da argumentação jurídica por meio do estabelecimento de um conjunto de regras e formas racionais específicas (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29-30).

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 279-280.

possível discursivamente de modo racional, a exemplo das normas jurídicas (materiais e processuais) adotadas com base no princípio da representação democrática da maioria.<sup>114</sup>

Contudo, conforme já apontado neste trabalho, em muitos casos a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes ou dos precedentes, justificando-se isso em, pelo menos, quatro razões fundamentais: 1) a imprecisão da linguagem do Direito; 2) os possíveis conflitos entre normas; 3) a inexistência de normas válidas para determinadas questões que demandam apreciação jurídica; e 4) casos especiais que permitam julgar em detrimento do teor literal da norma. Em decorrência disso, a adoção de uma linha pautada unicamente na argumentação prática geral é insuficiente para superar, fundamentadamente, esses casos complexos, tornando racional a necessidade da adoção de regras e formas especiais da argumentação jurídica, sua incorporação à Ciência do Direito e, especialmente, sua inserção no cenário dos precedentes judiciais.<sup>115</sup>

Assim, a argumentação jurídica mantém-se atrelada à argumentação prática geral, numa relação de dependência, uma vez que os argumentos práticos de tipo geral continuam sendo aplicáveis ao discurso jurídico (o que torna impossível eliminar completamente a incerteza), mas também argumentos especiais (típicos da fundamentação jurídica) são introduzidos de forma complementar, visando elevar consideravelmente a certeza dos seus resultados com base em um discurso jurídico institucionalizado como Ciência do Direito.<sup>116</sup>

O vínculo entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral mostra-se ainda mais evidente pela similitude entre as estruturas de regras e formas características de ambos os discursos. A uma, tais regras e formas de fundamentação subordinam-se ao princípio da universalidade<sup>117</sup> no discurso prático geral, o que equivale ao princípio da isonomia (justiça formal) no discurso jurídico, ambos compondo a estrutura básica de justificação interna da argumentação. A duas, a argumentação empírica<sup>118</sup> se aplica a ambos os discursos quando, apesar da certeza normativa, há discussão sobre os fatos. A três, certas formas de

---

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>115</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>116</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>117</sup> Regra (1.3'): "Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes."

<sup>118</sup> Regra (6.1): "Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico)."

interpretação adotadas na argumentação jurídica são variantes de formas de argumentos práticos de tipo geral<sup>119</sup>. A quatro, é possível entender a Ciência do Direito como a institucionalização do discurso prático sob a vigência de um ordenamento jurídico, ampliando o grau de certeza dos resultados obtidos por meio do reforço à consistência do discurso (baseada nos princípios da não contradição<sup>120</sup>, da universalidade<sup>121</sup> e da inércia<sup>122</sup> e na regra da razão<sup>123</sup>)<sup>124</sup>. A cinco, há coincidência entre o fundamento do *uso do precedente* (objeto de estudo desse trabalho) na argumentação jurídica e a combinação entre os princípios práticos da universalidade e de inércia. A seis, por fim, as *formas de argumentos jurídicos especiais* correspondem a variantes de *regras, formas e argumentos práticos gerais*<sup>125 126</sup>.

Em decorrência das conexões acima destacadas, observamos que, além de haver coincidência estrutural entre os discursos, há também a necessidade de utilização de argumentos práticos (e princípios) gerais no discurso jurídico. Não obstante a aproximação e da dependência entre os discursos aqui evidenciada, a argumentação jurídica deve continuar sendo vista como caso especial da argumentação prática geral, pois se dá de acordo com regras e formas especiais, e sob condições especiais (que lhe conferem maior eficácia na busca de certeza)<sup>127 128</sup>.

<sup>119</sup> Por exemplo, o argumento teleológico (J.5) pode ser visto como uma variação do argumento consequencialista geral (4.3).

<sup>120</sup> Regra (1.1): “Nenhum falante pode contradizer-se.”

<sup>121</sup> Regra (1.3’): “Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes.”

<sup>122</sup> Regras (3.1): “Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo.”; e (3.2): “Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso.”

<sup>123</sup> Regra (2.2): “(a) Todos podem problematizar qualquer asserção; (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.”

<sup>124</sup> Para Alexy, “[o] cumprimento dessas exigências corresponde às funções desenvolvidas pela dogmática de: estabilização, progresso, controle e heurística” (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 282-283).

<sup>125</sup> O exemplo discutido do *argumentum a contrario* é uma forma de uso da regra lógica (1.1). (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 282-283).

<sup>126</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 281-283.

<sup>127</sup> Fala-se em maior eficácia na busca de certeza e não em resultados absolutamente corretos porque, embora a argumentação jurídica se realize sob regras, formas e condições especiais, a mesma, conforme demonstrado, sempre manterá uma relação de dependência com a argumentação prática geral, enquanto caso especial que é, estando, portanto, sujeita (ainda que de forma consideravelmente amenizada) às debilidades do discurso prático geral, que nunca poderão ser eliminadas (a limitação racional do discursivamente possível sob regras representa, para a Teoria do Discurso, um limite, que ela própria não pode exceder) (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 30; e ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 284).

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 283-284.

A proposta apresentada por Alexy, portanto, implica na adoção de critérios mais fortes do que os presentes no discurso prático geral para fundamentar a adoção racional da argumentação jurídica como meio de persecução da correção de enunciados normativos. Assim, a teoria da argumentação jurídica desse *jusfilósofo* é explicada “mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula”<sup>129</sup>, de modo que o resultado alcançado em uma discussão que obedeça a esses postulados possa ser designado como “correto”. Ou seja, essas regras e formas são aplicáveis como um *critério de correção* para a aplicação racional dos enunciados normativos, a realização racional do processo decisório e a produção racional das decisões judiciais.<sup>130</sup>

### 1.2.3 As regras e as formas do discurso jurídico

A argumentação jurídica trata da fundamentação de um caso especial de enunciados normativos: as decisões jurídicas. Essa justificação deve ser observada sob dois prismas: *justificação interna* (decorrência lógica entre a decisão e as premissas da fundamentação) e *justificação externa* (correção das premissas).<sup>131</sup>

Observamos, assim, que, no discurso jurídico, exige-se que as proposições normativas sejam racionalmente fundamentadas de acordo com o ordenamento jurídico vigente (não havendo uma pretensão, como ocorre no discurso prático geral, de absoluta racionalidade).

No que tange à justificação interna, Alexy apresenta os principais resultados decorrentes do estudo do silogismo jurídico<sup>132</sup>.

A forma mais simples de fundamentação interna (J.1.1) diz respeito à observância de regras universais (1.3’), como base para o princípio da justiça formal (isonomia).<sup>133</sup> Sua estrutura<sup>134</sup> é:

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 285-286.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>132</sup> A norma aplicável ao caso como resultado do raciocínio dedutivo jurídico mediante a combinação de duas premissas: a norma e fato.

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219-220.

<sup>134</sup> Para facilitar o entendimento dessa forma de argumentação, segue um rol de legendas:

X – variável do indivíduo (pessoa natural e jurídica);

A – constante do indivíduo (característica, e. g., nome próprio);

T – predicado que expressa a suposição de fato da norma (1);



- (J.1.1) .(1) (x) (Tx → ORx)  
 .(2) Ta  
 (3) ORa (1),(2)

[...] Um exemplo disso seria:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço [...]  
 (2) O senhor M é um soldado.  
 (3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço. (1) (2)<sup>135</sup>

Vemos, por meio de (J.1.1) que o uso de uma regra na fundamentação jurídica demanda que a decisão resulte logicamente dessa regra. Por isso, como a materialização do princípio da universalidade no discurso jurídico, é possível observar as seguintes regras.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.<sup>136</sup>

Essas regras cabem para fundamentar casos nos quais haja norma de direito positivo e também nos quais não haja, quando, então, da lei, deve-se construir a regra.<sup>137</sup>

A forma (J.1.1) constitui a forma mais simples de justificação interna, o que a torna inadequada para casos mais complexos, por exemplo: uma norma depende de outras normas para ser compreendida; quando são possíveis vários resultados jurídicos; quando uma norma é passível de interpretações diversas. Disso, decorre a terceira regra de justificação interna, cuja combinação com (J.2.2) proporciona uma forma (J.1.2) de justificação interna simplificada e geral:<sup>138</sup>

(J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou um M', deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

[...]

- (J.1.2) .(1) (x) (Tx → ORx)  
 .(2) (x) (M<sup>1</sup>x → Tx)  
 .(3) (x) (M<sup>2</sup>x → M<sup>1</sup>x)  
 .  
 .  
 .  
 .(4) (x) (Sx → M<sup>n</sup>x)  
 .(5) Sa  
 .(6) ORa (1)-(5)<sup>139</sup>

---

R – predicado que representa o que o destinatário da norma deve fazer;

M – características que definem T;

Sa – descrição dos fatos.

<sup>135</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 220.

<sup>136</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 221.

<sup>137</sup> *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

<sup>138</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 221-224.

<sup>139</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 224-225.

Observando (J.1.2), surge a questão sobre a quantidade necessária de etapas de desenvolvimento do processo de justificação. Apesar da complexidade e da demora decorrentes da efetuação de um grande número de passos, o efeito clarificador de tal conduta torna racional exigir a observância de duas outras regras.<sup>140</sup>

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

[...]

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de passos de desenvolvimento.<sup>141</sup>

Saliente-se que as regras e formas até aqui estabelecidas designam a estrutura formal da justificação jurídica, privilegiando a segurança da universalidade e da isonomia, razão pela qual podemos chamá-las de “regras e formas da justiça formal”.<sup>142</sup>

É importante notar também que a previsão de (J.2.2) não implica a utilização exclusiva de normas anteriormente fornecidas para a fundamentação jurídica. Em verdade, os casos mais complicados exigem, muitas vezes, a adoção de uma série de premissas que não advém de leis. O procedimento de justificação interna nos permite perceber que não são poucos os casos em que a norma inicial utilizada não se remete ao direito positivo, explicitando a exigência de justificação externa, cujo papel é fundamentar as premissas que não advém de leis.<sup>143</sup>

Enquanto justificadoras internas, (J.1.1)-(J.2.5) garantem maior grau de racionalidade quanto à adoção das premissas. São as justificadoras externas que respondem pelo juízo sobre a racionalidade de uma decisão.<sup>144</sup>

As premissas utilizadas na justificação interna podem ser de três tipos: 1) regras de direito positivo (devem estar em conformidade com o ordenamento jurídico); 2) enunciados empíricos (verificáveis por métodos das ciências empíricas, máximas de presunção racional e regras do ônus da prova no processo); 3) premissas que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos (aplica-se a argumentação jurídica).<sup>145</sup>

<sup>140</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 225-226.

<sup>141</sup> *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

<sup>142</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 226.

<sup>143</sup> *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

<sup>144</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 228.

<sup>145</sup> *Ibid.*, op. cit., loc. cit.

O papel da justificação externa volta-se para as premissas enquadradas no terceiro ponto, ao passo que suas formas de argumento e regras de justificação podem ser assim subdivididas: 1) interpretação da lei; 2) dogmática (Ciência do Direito); 3) precedentes; 4) argumentação prática geral (razão); 5) argumentação empírica<sup>146</sup>; 6) formas especiais de argumentos jurídicos.<sup>147</sup>

Os cânones de interpretação, enquanto formas de argumentos, têm como principal atribuição a fundamentação da interpretação de normas positivas, normas não positivas e outros enunciados jurídicos. Seu papel, portanto, é justificar como, a partir de uma norma ( $R$ ) e de uma regra de uso das palavras ( $W$ ), é possível obter uma regra concreta ( $R'$ ). Segundo Alexy, destacam-se os grupos de interpretação: semântica (J.3)<sup>148</sup>, genética (J.4)<sup>149</sup>, teleológica (J.5)<sup>150</sup>, histórica<sup>151</sup>, comparativa<sup>152</sup> e sistemática<sup>153, 154</sup>.

É preciso destacar que, dependendo do argumento utilizado, os resultados da aplicação dos cânones de interpretação podem ser diferentes, ensejando o estabelecimento de regras de ponderação (J.8) que determinem o prevalecimento de argumentos semânticos e genéticos em relação aos demais (J.7), e também regras que estendem a vigência do princípio da universalidade (1.3') e da liberdade ([2.2.a] e [2.2.b]) aos argumentos interpretativos (J.9).

[...] Formas da interpretação semântica

(J.3.1)  $R'$  deve ser aceita como interpretação de  $R$ , com base em  $W_i$ .

(J.3.2)  $R'$  não pode ser aceita como interpretação de  $R$  com base em  $W_k$ .

<sup>146</sup> A argumentação empírica assume especial relevância na argumentação jurídica, por meio da presença constante de enunciados empíricos que promovem uma cooperação interdisciplinar (Economia, Sociologia, Psicologia, Medicina etc) para a resolução de questões jurídicas. Sua importância é destacada pela regra de transição (6.1) do discurso prático geral (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 230-231).

<sup>147</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>148</sup> O argumento semântico corresponde à justificação, à crítica ou à aceitação da possibilidade de se obter uma interpretação  $R'$  de  $R$  com base no uso da linguagem (natural ou técnica) ( $W$ ) (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 232).

<sup>149</sup> O argumento genético corresponde à justificação de obtenção de uma interpretação  $R'$  de  $R$  em razão da vontade do legislador (direta ou finalisticamente perseguida) ( $W$ ) (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 234).

<sup>150</sup> O argumento teleológico considera os fins "racionais" ou prescritos "objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente", estabelecendo uma relação teleológica entre normas, fins e princípios (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 238).

<sup>151</sup> O argumento histórico corresponde à exposição de fatos relativos à história da questão jurídica abordada, destacando pontos a favor e contra, de modo a justificar a adoção ou não de determinada aplicação da norma (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 237).

<sup>152</sup> O argumento comparativo se refere não à aplicação anterior de uma norma, mas o seu modo de utilização em outra sociedade (*Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*).

<sup>153</sup> O argumento sistemático corresponde à consideração das relações lógicas entre normas, fins e princípios. (*Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*).

<sup>154</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 231-242.

(J.3.3) É *possível* aceitar  $R'$  como interpretação de  $R$  e é *possível* não aceitar  $R'$  como interpretação de  $R$ , pois não regem nem  $W_i$  nem  $W_k$ .

[...] Formas da interpretação genética

(J.4.1) .(1)  $R' (= I_W^R)$  é querido pelo legislador

(2)  $R'$

(J.4.2) .(1) Com  $R$  o legislador pretende alcançar  $Z$

.(2)  $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$

.(3)  $R'$

[...] Forma fundamental da interpretação teleológica

(J.5) .(1)  $OZ$

.(2)  $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$

.(3)  $R'$

[...] Não se elaboram formas da interpretação histórica, comparada e sistemática.

[...] Regras

(J.6) Deve ser saturada<sup>155</sup> toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.<sup>156</sup>

Como conceito de dogmática do Direito, Alexy visualiza um conjunto de enunciados jurídicos (referentes às leis e à sua aplicação), mas que não se confundem com sua descrição, pois coexistem numa relação de dependência recíproca, geram-se e discutem-se no interior de uma Ciência do Direito que opera institucionalmente e têm conteúdo normativo. O papel da dogmática dentro do discurso jurídico pode ser observado pelo desempenho de funções de: 1) definição dos “conceitos jurídicos genuínos” (contrato, ato administrativo, legítima defesa); 2) definição de outros conceitos (falso, função social da propriedade); 3) expressão de normas não extraídas da lei; 4) descrição e caracterização de estados de coisas; 5) formulação de princípios (enunciados com alto grau de generalidade).<sup>157</sup>

<sup>155</sup> O requisito de saturação exige que um argumento de uma forma contenha todas as premissas pertencentes a esta forma para ser considerado completo. As premissas que precisam ser saturadas são de diferentes tipos, especialmente empíricas e normativas (que não se extraem da lei). A regra (J.6) protege a racionalidade do uso dos cânones de interpretação, evitando que se afirme que um argumento é resultado de uma interpretação literal, por exemplo (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 242-243).

<sup>156</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 291-292.

<sup>157</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 247-256.

Da definição acima adotada, observamos que os enunciados dogmáticos não podem derivar logicamente apenas de normas jurídicas nem somente de enunciados normativos. Não há objeções a que um enunciado dogmático seja fundamentado com base em outro enunciado do mesmo tipo, que também deverá ser fundamentado. Nesse esforço de justificação, em algum momento, acabam os enunciados dogmáticos, exigindo-se, para a sua fundamentação, a utilização de outros argumentos, que, em razão do teor normativo dos enunciados dogmáticos, terão de ser do tipo prático geral (J.10).<sup>158</sup>

Não obstante a constatação da necessidade de utilização de argumentos práticos gerais para fundamentar enunciados dogmáticos, o que os diferencia dos demais enunciados com teor normativo é a possibilidade de comprovação sistemática, que efetua um duplo controle de consistência (J.11). Ainda conforme Alexy, os papéis de estabilização<sup>159</sup>, progresso<sup>160</sup>, descarga<sup>161</sup>, técnica<sup>162</sup>, controle<sup>163</sup> e heurística<sup>164</sup> desempenhados pelos argumentos dogmáticos, destacam a imperiosidade da utilização desse tipo de argumento no contexto do discurso jurídico (J.12).<sup>165</sup>

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado com mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

<sup>158</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 256-257.

<sup>159</sup> Por meio da função de estabilização, os enunciados normativos fixam e reproduzem determinadas soluções de questões práticas anteriormente submetidas à análise, evitando a necessidade de discutir a questão novamente a cada caso (o que, inclusive, poderia gerar resultados incompatíveis) de modo a privilegiar o princípio da universalidade e da justiça formal. Isso não implica que, uma vez aceito, um enunciado dogmático será cristalizado, mas que o mesmo representa um paradigma, cuja superação exige nova e superior justificação (princípio da inércia de Perelman) (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 261-262).

<sup>160</sup> O progresso na dogmática é proporcionado por meio da discussão jurídica que se perfez em todos os meios da Ciência do Direito com base no papel do cientista, do legislador e das mudanças de valores da sociedade (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 262-263).

<sup>161</sup> A função de descarga ocorre mediante a adoção de enunciados já comprovados e aceitos (provisoriamente, pois os mesmos tem aceitação contingente) nas fundamentações dogmáticas sem a necessidade de nova comprovação. Ou seja, essa função dispensa a observância de certa carga de argumentação, contribuindo para a otimização de decisões judiciais (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 263).

<sup>162</sup> A função técnica tem um caráter de promoção do ensino e da aprendizagem jurídica, amplificando sua capacidade de transmissão (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 264).

<sup>163</sup> Sobre a função de controle, confira a referência 159.

<sup>164</sup> O estabelecimento de um sistema dogmático proporciona a realização de novas observações com base no estado de compreensão até então alcançado de modo a favorecer a obtenção de novos conhecimentos e soluções, constituindo a chamada função heurística (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 265).

<sup>165</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 257-259.

- (J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto no sentido estrito<sup>166</sup> como em sentido amplo<sup>167</sup>.  
 (J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.<sup>168</sup>

Além dos cânones da interpretação e da dogmática, Robert Alexy destaca, com base nos princípios da universalidade e da justiça formal, a importância do uso dos precedentes no discurso jurídico. A dificuldade que de imediato pulula é a impossibilidade de que dois casos sejam completamente iguais. Isso, contudo, não diminui a racionalidade da utilização do precedente, especialmente se rememorarmos os limites que cercam a argumentação prática geral, informando sobre a impossibilidade de encontrar sempre exatamente um mesmo e único resultado correto. A utilização de precedentes, portanto, privilegia a consistência da argumentação (J.13), cabendo, a quem desejar modificá-los, a carga da argumentação<sup>169</sup> (J.14).<sup>170</sup>

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.<sup>171</sup>

Enfim, encerrando a proposição do seu conjunto de regras e formas para o discurso jurídico, Alexy aborda formas de argumentos jurídicos especiais utilizados na metodologia jurídica: a analogia (J.16), o *argumentum a contrario* (J.15) e o *argumentum ad absurdum* (J.17). Tais tipos especiais são utilizados como formas de inferência logicamente válidas, facilitando a compreensão de seu arranjo lógico e elucidando seu conteúdo não lógico. Assim como os cânones, sua utilização exige enunciados saturados (J.18) e que possam ser fundamentados no discurso jurídico.<sup>172</sup>

(...) *Formas*

- (J.15) .(1) (x) (OGx → Fx)  
 .(2) (x) (¬ Fx → ¬ OGx) (1)

<sup>166</sup> A comprovação sistemática em sentido estrito “se refere às relações lógicas entre o enunciado a ser comprovado e o resto dos enunciados dogmáticos, assim como às normas jurídicas vigentes (*Ibid.*, *op. cit.*, p. 258).

<sup>167</sup> A comprovação sistemática em sentido amplo “se refere à relação entre enunciados normativos a serem fundamentados mediante enunciados dogmáticos a serem comprovados, e os enunciados normativos singulares que devem ser justificados pelos enunciados dogmáticos restantes ou pelas normas jurídicas” (*Ibid.*, *op. cit.*, *loc. cit.*).

<sup>168</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 292.

<sup>169</sup> Confira seção 1.2.2.3 (regras sobre a carga de argumentação).

<sup>170</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 268-270.

<sup>171</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 292.

<sup>172</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 272-276.

(J.16) .(1) (x) (Fx v F sim x  $\rightarrow$  OGx)  
 .(2) (x) (Hx  $\rightarrow$  F sim x)  
 .(3) (x) (Hx  $\rightarrow$  OGx) (1), (2)

(J.17) .(1) O  $\neg$  Z  
 .(2) R'  $\rightarrow$  Z  
 .(3)  $\neg$  R'

[...] *Regras*

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.<sup>173</sup>

Ao longo da construção dessas regras, foi possível observar que os argumentos de tipo geral possuem um papel importante no discurso jurídico<sup>174</sup>, especialmente porque podem atuar: 1) na fundamentação de premissas normativas necessárias à saturação de diversas formas de argumentos; 2) na justificação da preferência entre uma ou outra forma de argumento que dirigem a resultados diferentes; 3) na fundamentação e adequação de enunciados dogmáticos; 4) na fundamentação do *distinguishing* e do *overruling*<sup>175</sup> (adoção ou afastamento de precedentes); 5) imediatamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.<sup>176</sup>

A conclusão acima apresentada corrobora com a tese do caso especial de Robert Alexy, ratificando a dependência da argumentação jurídica em relação à argumentação prática geral, sem, contudo, retirar dela o caráter especial resultante da limitação ao discursivamente possível sob a perspectiva do direito vigente.

#### 1.2.4 Normas, regras e princípios

No decorrer desse estudo, muito se falou sobre enunciados normativos, normas jurídicas, normas positivas, normas não positivas, choque entre normas etc.

<sup>173</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 292-293.

<sup>174</sup> Para Alexy, com fundamento na ideia de unidade da razão prática, devemos entender que o modo de integração de argumentos práticos gerais ao discurso jurídico é procedimental. É que a razão prática: a) justifica a existência do sistema jurídico como tal e das suas estruturas básicas; b) deve estar presente nos procedimentos de formação das opiniões (e vontades) democráticas para que haja resultados legítimos; e c) deve ser empregada na argumentação jurídica para satisfazer a pretensão de correção que dela advém (ALEXY, Robert. **La tesis del caso especial**. p. 34. Disponível em:

<<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASliYCQCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 nov. 2012).

<sup>175</sup> Confira MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 384.

<sup>176</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 276-278.

Diante disso, parece adequado explorar a visão de Alexy sobre a norma jurídica, indicando suas principais conclusões, o que será feito expositiva e resumidamente a fim de não ultrapassar os limites dessa investigação.

Primeiramente, cumpre apresentar a distinção entre *norma* e *enunciado normativo* estabelecida pelo jusfilósofo, para quem o conceito de *norma* (ou de *dever-ser*) é um dos mais abstratos e importantes da filosofia do direito.<sup>177</sup> Tal distinção se revela necessária em razão da possibilidade de que uma mesma norma seja expressa por enunciados normativos diferentes. A norma, então, deve ser tratada como o *significado* extraído de um enunciado normativo, por meio do qual deve ser possível reconhecer uma obrigação, uma proibição ou uma permissão<sup>178, 179</sup>.

Para Alexy, tanto regras quanto princípios devem ser encarados como espécies de norma, pois ambos se referem a um “dever-ser” que pode ser traduzido sob a forma de modelos deônticos básicos (obrigação, proibição e permissão).<sup>180</sup> Apesar das semelhanças, regras e princípios podem ser distinguidas tanto quantitativa quanto qualitativamente (corrente à qual Alexy se filia), mas sua compreensão deve se dar de forma combinada. Diante disso, a construção de um modelo que combine regras e princípios tem especial relevância para a teoria da argumentação jurídica.<sup>181</sup>

Regras, então, são entendidas como “normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente”<sup>182</sup>. Tal espécie de norma contém um dever definitivo, ao passo que se produz uma consequência jurídica pelo simples cumprimento de seus pressupostos. Se não se aceita uma regra (ou se duas regras apontam para juízos concretos de dever-ser contraditórios), é necessário: a) declará-la inválida, expulsando-a do ordenamento jurídico; ou b)

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. **La naturaleza de la filosofía del derecho**. Doxa: Barcelona, n.26, 2003. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79126620007683940700080/015782.pdf?incr=1>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>178</sup> São os chamados modelos deônticos básicos (Confira ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 208 e ss.).

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 53-64.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 90-91.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 121 e ss.

<sup>182</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.



excepcioná-la para certo caso, mediante a criação de uma nova regra. Assim, regras são aplicadas mediante o processo de subsunção<sup>183 184</sup>.

Princípios, ao contrário, devem ser vistos como emblemas de um dever ideal, a ser realizado, conforme suas possibilidades fáticas ou jurídicas, em medida tão alta quanto possível. São mandamentos a serem otimizados, pois não encerram deveres e direitos definitivos, mas sim o que Alexy chama de *direitos e deveres prima-facie*<sup>185</sup>. Entendidos, assim, como mandamentos ideais, os princípios exigem mais do que é possível cumprir na realidade. Em decorrência disso, colidem com outros princípios e exigem, para a sua aplicação, a ponderação (sopesamento)<sup>186</sup>, que conduz do *direito/dever prima-facie* ideal ao direito/dever real e definitivo.<sup>187</sup>

Sobre a realização de princípios, assim fala Virgílio Afonso da Silva:

[...] para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes.<sup>188</sup>

A distinção qualitativa entre princípios e regras, portanto, baseia-se em dois fundamentos interdependentes: 1) princípios importam deveres *prima-facie* e regras, deveres definitivos; 2) princípios são mandamentos de otimização que exigem que algo seja cumprido na maior medida possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto regras seguem a regra do “tudo ou nada” (all-or-nothing)<sup>189</sup>, ou são obedecidas ou são desobedecidas.<sup>190</sup>

<sup>183</sup> O choque de regras enseja a preponderância de uma sobre a outra, ao passo que uma regra automaticamente exclui a aplicação de outra, sem a necessidade de que haja a devida ponderação, vez que seus enunciados indicam um dever definitivo e factualmente realizável.

<sup>184</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>185</sup> Por exemplo: “a liberdade de expressão consiste, *prima facie*, na liberdade de exprimir o que se deseja por meio da forma que se deseja. Esse direito só pode ser um direito *prima facie*, já que não é difícil imaginar que o exercício dessa liberdade poderá colidir com outros direitos, principalmente com a honra e a privacidade. Em cada caso ou grupos de casos, aquele direito *prima facie* poderá revelar-se, então, menos amplo” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, n.1, p. 607-631, jan./jun. 2003. p. 612. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2013).

<sup>186</sup> Ou seja, aqui, nenhum dos princípios será considerado inválido, nem haverá necessidade de se estabelecer uma regra de exceção para aplicação de um dos princípios. Valendo-se da ponderação de princípios, um deles, em determinadas condições, terá precedência sobre o outro, sendo considerado mais aplicável ao caso concreto e, portanto, assumindo maior peso. Em outro caso, a situação poderá ser a inversa.

<sup>187</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37-38.

<sup>188</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 611.

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94.

Segundo Alexy, regras também poderão possuir um caráter *prima-facie*, mas de forma distinta do existente nos princípios. Nos princípios não há mandamentos definitivos, mas apenas *prima-facie*, o que decorre da possibilidade de que um princípio (razão) seja afastado por outro princípio (outra razão) antagônico em um dado caso. Ao contrário, nas regras, que possuem mandamentos definitivos, o caráter *prima-facie* pode ser adquirido mediante a inserção de uma cláusula de exceção<sup>191</sup> na decisão de um caso, o que pode ocorrer pela atribuição de maior peso ao princípio contrário ao que sustenta a regra.

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. [...] Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra.<sup>192</sup>

Esse caráter *prima-facie* que as regras podem vir a adquirir advém, portanto, não de um sopesamento entre princípios contrapostos, mas da flexibilização do sistema de regras por meio da mitigação do que Alexy chama de princípios formais.<sup>193</sup>

Observada a discussão anterior acerca da teoria do discurso jurídico, a diferenciação entre princípios e regras assume especial importância nesse estudo em decorrência da relevância que regras e princípios assumem na fundamentação da própria aplicação de regras e na concreção de decisões judiciais.

<sup>190</sup> BLANCO, Carolina Souza Torres. **A Constituição como um Sistema Aberto de Princípios e Regras**. ORBIS: Campina Grande, v. 3, n. 1, p. 17-45, 2012. p. 34. Disponível em:

<<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/137/70>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>191</sup> Como exemplo de cláusula de exceção, Alexy apresenta o seguinte exemplo: “[...] Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de *dever-ser* contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92).

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 104-105.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 103-106.

### 1.3 Conclusões

Decorre da análise efetuada nesse capítulo, a compreensão de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, mediante a institucionalização do discursivamente possível, na tentativa de limitar e, com isso, conferir mais certeza, às questões e às decisões que envolvem a aplicação do direito.

O discurso prático geral, portanto, constitui um conjunto de ações interconectadas no qual se comprova a verdade ou a correção de proposições normativas, ao passo que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que ocorre sob certas condições limitadas (lei, dogmática, precedente e, nas disputas judiciais, pelo processo), ou seja, vinculadas ao direito vigente.

Ambos os discursos são marcados pela pretensão de correção de seus enunciados normativos, para os quais se voltam os esforços de justificação racional. Com a argumentação jurídica, busca-se fundamentar formas especiais de enunciados normativos: as decisões judiciais. Isso se dá por meio de um arcabouço de regras racionalmente construídas para fundamentar a racionalização do discurso.

Tais regras não definem o produto da argumentação em todos os casos<sup>194</sup>, nem determinam de quais premissas devem partir os participantes do discurso. Ou seja, dessas regras deriva um processo de decisão no qual não está estabelecido o que se deve tomar como fundamento da decisão e no qual nem todos os passos estão prescritos. Isso, para Alexy, é exatamente o papel da Teoria do Discurso, que deve propor regras com tão reduzido teor normativo que pessoas com entendimentos normativos distintos possam concordar, mas tão robustas que discuti-las seja apreciado como racional.<sup>195</sup>

A proposta apresentada por Alexy, portanto, implica na adoção de critérios mais fortes do que os presentes no discurso prático geral para fundamentar

---

<sup>194</sup> Aqui se fala em questões discursivamente impossíveis, discursivamente necessárias e discursivamente possíveis. Para Alexy, o enlace do discurso real com o ideal resulta de forma limitada na eliminação de determinadas questões sobre certas coisas. Como exemplo apresenta a escravidão como impossível discursivamente e a democracia como resultado do necessário discursivamente. Ao lado desses dois discursos, há um amplo espaço do meramente possível discursivamente, no qual se pode, de modo racional, chegar a resultados diferentes, representando limites à Teoria do Discurso (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29-30).

<sup>195</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32-33.

a adoção racional da argumentação jurídica como meio de persecução da correção de enunciados normativos. Assim, a teoria da argumentação jurídica desse *jusfilósofo* é explicada “mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula”<sup>196</sup>, de modo que o resultado alcançado em uma discussão que obedeça a esses postulados possa ser designado como “correto”. Ou seja, essas regras e formas são aplicáveis como um *critério de correção* para a aplicação racional dos enunciados normativos, a realização racional do processo decisório e a produção racional das decisões judiciais.

Para a proposta desse trabalho, a aplicação das regras e das formas da argumentação jurídica deve se adequar à pretensão de justificação racional das decisões de adoção, revisão e cancelamento de Súmulas Vinculantes, razão pela qual será necessário explorar completamente a proposta de Alexy.

---

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 285.

## 2 A SÚMULA VINCULANTE

A partir desse ponto do trabalho, a súmula vinculante passa a ser o foco da nossa investigação. Por meio de uma breve apresentação do transcurso histórico do papel da jurisprudência no país, introduzimos o estudo dos principais aspectos característicos das súmulas vinculantes, abordando a natureza, os requisitos e as demais peculiaridades que marcam o ingresso desse novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Esse estudo nos guia à conclusão de que, como resultado de um processo objetivo, a aprovação, a revisão e o cancelamento de um enunciado vinculante efetivamente configura uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, que deve ser justificada segundo critérios racionais de fundamentação.

### 2.1 Síntese da evolução histórica da jurisprudência no Brasil

É razoável considerar que foi a partir de Roma que a expressão *jurisprudência* passou a ter um significado que, de certo modo, remete-se ao que entendemos hoje pelo termo. Nesses primórdios, contudo, a prática dos jurisconsultos<sup>197</sup> (chamados *prudentes*) de esclarecimento e interpretação dos, ainda incipientes, escritos jurídicos, por vezes, também envolvia postulados de caráter moral, religioso e consuetudinário.<sup>198</sup>

Ainda com a queda do Império, os doze séculos de construção jurídica romana continuam exercendo influência, alcançando o período bizantino e sendo objeto de releitura na Alta Idade Média (séculos XI e XII), pela chamada Escola de Bolonha. Daí em diante, a jurisprudência passou a apresentar características e finalidades diversas, conforme era aplicado em ordenamentos jurídicos diversos, especialmente nas correntes romano-germânica (prevalência da norma escrita) e anglo-saxã (primado do precedente judiciário).<sup>199</sup>

No Brasil, a ideia de *assentos obrigatórios* presentes nas “Ordenações” lusitanas, indica a decisiva influência portuguesa para a filiação de nosso direito à

<sup>197</sup> “A grande função do jurisprudente explica o poder da antiga jurisprudência na vida romana, sua influência organizadora, a observância da rigorosa linguagem jurídica e, em suma, a flexibilidade dos atos jurídicos e a pouca expansão da lógica jurídica.” (ROSAS, Roberto. **Aspectos da jurisprudência como fonte de direito**. Arquivos do Ministério da Justiça, n. 111, set. 1969, p. 18-19 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 16).

<sup>198</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 15.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 18-19.

corrente codicística dos países de tradição do *civil law*. Acompanhamos, sob a perspectiva romano-germânica, a evolução do conceito e do papel da jurisprudência na composição do direito, entendida, então, como um *conjunto harmônico e sistemático de decisões reiteradas sobre uma dada matéria*.<sup>200</sup>

Embora com diversas alterações, é possível observar que o que hoje entendemos por jurisprudência tem raízes históricas profundas, sendo resultado de séculos de aplicação, desenvolvimento e, ainda hoje, reflexão de estudiosos do Direito. Isso indica, que o tema continua sob constante evolução<sup>201</sup> e diferentes modos de aplicação<sup>202</sup>, que variam de acordo com o contexto de valores e interesses vigentes em determinado momento histórico.

Diante dessa compreensão, o termo jurisprudência, portanto, não apresenta um caráter unívoco, o que é destacado por Rubens Limongi França, para quem o vocábulo encerra cinco acepções:<sup>203</sup>

O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados (...) O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de 'jûris + prudentia', consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados *pareceres*, quer emanados de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos em funções públicas. O terceiro, o de *doutrina jurídica*, teórica ou prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o de massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.<sup>204</sup>

Não obstante a importância e a aplicabilidade dos demais sentidos acima destacados, interessa-nos, especialmente, em vista da realidade jurídica brasileira, o conceito que retrata a jurisprudência num sentido mais próprio, técnico-jurídico,

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>201</sup> Nesse contexto entendida como mudança, que pode indicar progresso ou retrocesso.

<sup>202</sup> Que variam de acordo com o modelo político-institucional adotado no pacto fundamental de cada país; dependem das peculiaridades da organização judiciária de determinado Estado; decorrem da construção cultural de cada povo.

<sup>203</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>204</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Jurisprudência** – Seu caráter de forma de expressão de Direito, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 30, p. 273-274 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 37.

como um conjunto de decisões reiteradas, sobre determinada matéria, proferidas por órgãos do Poder Judiciário, no efetivo exercício da atividade jurisdicional.

Apesar da bem vinda unificação processual ensejada pela promulgação do Código de Processo Civil (CPC) de 1939, é necessário admitir que seu texto previa excessivas possibilidades de oposição e recursos ao judiciário, o que, diante das carências da organização judiciária nacional, estimularam o aumento do volume de processos, e a consequente demora da prestação jurisdicional agrava a cada ano.<sup>205</sup>

Tal situação estimulou, quando da elaboração de um novo CPC, a adoção de mecanismos capazes de conferir às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a força persuasiva e vinculativa considerada adequada e necessária para garantir que a resolução de casos reiterados não tivesse de perpassar por diversas instâncias do judiciário, desestimulando a multiplicação de processos e propiciando a celeridade desejada. A técnica adotada foi denominada *incidente de uniformização de jurisprudência*.<sup>206</sup>

Antes mesmo da inserção do incidente de uniformização da jurisprudência, em 1963, baseando-se nas construções do Ministro Victor Nunes Leal, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou o que veio a denominar-se *súmula da jurisprudência predominante*<sup>207</sup> daquela Corte, tendo, no sistema anterior à Constituição de 1988, editado 621 enunciados (verbetes), dos quais os primeiros 370 foram aprovados na sessão plenária de 13/12/63.<sup>208</sup>

Aduz o Ministro Victor Nunes Leal que a incorporação da Súmula do modo como foi feito pelo STF realizou:

[...] o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência [...], ela ficou entre a dureza implacável dos antigos *assentos* da Casa de Suplicação, 'para a inteligência geral e perpétua da lei' e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada [...]. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e dos juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria

<sup>205</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 231.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>207</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/VictorNunes.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2012.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 30.

realidade social e econômica<sup>209</sup>. Com essa precaução, a Súmula substitui a *loteria judiciária* das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito.<sup>210</sup>

A partir da iniciativa do STF, a adoção das súmulas<sup>211</sup> também passou a ser prevista pelo Código de Processo Civil, que, por meio do art. 479, estabeleceu que “[o] julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”<sup>212</sup>. A súmula, ao sintetizar o entendimento dos tribunais na construção e no estabelecimento de teses jurídicas, reflete o posicionamento dos mesmos em temas controvertidos e serve como orientação aos jurisdicionados, que têm, por meio dos enunciados sumulados, com nitidez e presteza, a autêntica exegese dos órgãos judiciais em temas geralmente polêmicos.<sup>213</sup>

Ainda sobre a justificação e a valorização das súmulas, assim se pronuncia Ellen Gracie Northfleet, entusiasta da aplicação dessa ferramenta pelos tribunais superiores:

Não se pode deixar de referir que, inobstante todas as objeções fundadamente apresentadas por ilustres doutrinadores, representantes da magistratura e da classe dos advogados, as decisões dos tribunais superiores (e, não apenas as do Supremo Tribunal Federal) tradicionalmente têm, em nosso sistema judiciário, força persuasiva prevalecente sobre a formação de convencimento dos magistrados das instâncias inferiores. Isso porque, ao apreciar demanda nova, uma das atitudes mais comuns aos magistrados consiste no saudável estudo da jurisprudência já assentada sobre o tema. Tal exercício, conjugado com a análise detalhada dos fatos da causa, da legislação aplicável e dos subsídios oferecidos pela produção doutrinária, conduz à prolação de sentenças densas de conteúdo, em que a decisão do litígio encontra embasamento seguro e as probabilidades de reforma se reduzem consideravelmente.<sup>214</sup>

<sup>209</sup> É interessante notar que nesse texto, datado de 1981, parece haver plena concordância entre a importância do precedente (materializado pela Súmula do STF) e a necessidade da apresentação de razões maiores para o seu afastamento, conforme aduz a regra (J.14) sugerida por Alexy: “Quem quiser afastar-se de um precedente, assume a carga da argumentação.”

<sup>210</sup> LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**, in RDA 145/1-20. p. 17. Disponível em: <[http://www.ivnl.com.br/download/passado\\_e\\_futuro\\_da\\_sumula\\_do\\_stf.pdf](http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2012.

<sup>211</sup> Sobre mais informações acerca do aspecto histórico da súmula, confira NEVES, Fernando Crespo Queiroz, WAMBIER, Te reza Celina A. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. RT, 1994. p. 222 e seguintes.

<sup>212</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>213</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As tendências brasileiras rumo a jurisprudência vinculante**. p. 10. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18390-18391-1-PB.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

<sup>214</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. **A força vinculante do precedente judicial**. University of Baltimore, 1998 *apud* FERREIRA, Rogerio Silva. **A uniformização da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro**. 2012. 56 p. Monografia (Especialização em Direito Processual



Nesse contexto, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 passou a prever a possibilidade de edição de uma espécie singular de súmula, a Súmula Vinculante. Dado o caráter normativo que lhe foi atribuído, suas principais características e requisitos possuem, acertadamente, previsão constitucional, cabendo à lei infraconstitucional regulamentar seu procedimento de edição, revisão e cancelamento.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.<sup>215</sup>

Diante disso, a súmula vinculante apresenta algumas peculiaridades que a diferenciam da jurisprudência dominante e das súmulas simples (não vinculantes), sendo importante destacar que a primeira atua como elemento constitutivo ou fonte das segundas, vez que as súmulas comuns correspondem à concreção sintética da jurisprudência preponderante sobre uma matéria.<sup>216</sup>

No que tange às singularidades acima mencionadas, destacamos que a súmula vinculante: 1) possui gênese diferenciada, pois só pode ser emitida, revista ou cancelada pelo STF (súmulas comuns podem ser adotadas por outros tribunais superiores); 2) tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de norma determinada, com conteúdo constitucional (súmulas simples podem versar sobre

---

Civil). Faculdade Integrada AVM, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2012. p. 44. Disponível em: <[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K218571.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K218571.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>215</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 71, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>216</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 344.

quaisquer tipos normas); 3) sobre o qual haja polêmica atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a Administração Pública (embora as súmulas convencionais geralmente já se remetam à demonstração do entendimento dos tribunais sobre assuntos controversos, não há obrigatoriedade expressa que se exige para a edição de uma súmula vinculante); 4) capaz de promover profunda insegurança jurídica e considerável multiplicação de processos sobre questão idêntica (aqui também valem as considerações feitas no ponto três). Além disso, seu efeito vinculante, conforme o nome sugere, tem eficácia contra todos (*erga omnes*), havendo uma clara semelhança com a impositividade típica das normas legais.<sup>217</sup>

A lei regulamentadora prevista pelo Artigo 103-A da CF/88 adveio em 2006 sob o nº 11.417<sup>218</sup>, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento dos enunciados das súmulas vinculantes pelo STF. A partir de então, com a primeira edição no ano de 2007, 31 Súmulas Vinculantes<sup>219</sup> foram aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre as mais diversas matérias.

A relevância e a força desse instrumento e o ainda recente início da projeção de seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro tornam o estudo da súmula vinculante um tema efetivamente profícuo. Tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 11.417/2006 dotaram as súmulas vinculantes de valiosas prerrogativas, ao mesmo tempo em que ergueram uma série de requisitos para a sua edição fundamentada, visando, principalmente, mantê-la sob o controle da legalidade.

## 2.2 Aspectos relevantes sobre as súmulas vinculantes

Enquanto uma investigação sobre a adequação e o respeito dos fundamentos utilizados pelo STF para justificar a aprovação das súmulas vinculantes ora vigentes aos pressupostos da teoria do discurso jurídico racional de Robert

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>218</sup> BRASIL. **Lei nº 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>219</sup> Apesar das Súmulas Vinculantes estarem organizadas até o número 32, o enunciado 30 foi suspenso pelo STF para análise de seu cabimento, razão pela qual, atualmente encontram-se em vigor 31 verbetes vinculantes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência: Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em: 8 jan. 2013).

Alexy, transborda os limites do presente trabalho adentrar mais aprofundadamente em questões relativas: a) aos efeitos formais e materiais operados pelas súmulas vinculantes diante dos demais órgãos do judiciário e da administração pública;<sup>220</sup> b) aos meios de fazê-las se cumprir ou, de sua aplicação indevida, recorrer;<sup>221</sup> c) ao seu pretenso papel de agilização da prestação jurisdicional e desafogamento do Poder Judiciário; e d) a outros pontos que não estejam diretamente relacionados ao cumprimento dos requisitos formais e materiais fundamentais para validade dos enunciados. Sobre tais pontos, é possível que sejam feitas apenas breves considerações necessárias ao entendimento de outros pontos relevantes do trabalho, sem, contudo, ingressar em reflexões profundas.

Nesse ponto da investigação, portanto, trataremos das exigências implícitas e explícitas de fundamentação do conteúdo dos enunciados e observação do procedimento especial para a edição de súmulas vinculantes previstas não apenas na legislação diretamente relacionada ao tema, mas também de forma sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que tange à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

De acordo com o Artigo 103-A da CF/1988, a súmula a qual o STF atribuir caráter obrigatório terá efeito vinculante, razão pela qual é necessário considerá-la um enunciado prescritivo. Conforme salientado no capítulo um desse trabalho, uma norma deve ser tratada como o *significado* extraído de um enunciado prescritivo (ou normativo), por meio do qual deve ser possível reconhecer uma obrigação, uma proibição ou uma permissão.<sup>222</sup> Na medida em que pertence a um ordenamento jurídico, a súmula vinculante é encarada como um enunciado prescritivo jurídico, e não moral ou de outra ordem. Desse raciocínio, decorre a conclusão de que a súmula é uma norma jurídica<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> Confira MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p.401-402 e 413-414.

<sup>221</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 410-411 e 425-426.

<sup>222</sup> São os chamados modelos deônticos básicos (Confira ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 208 e *et seq.*).

<sup>223</sup> De igual modo entendem os ministros do STF. Após os debates de aprovação das três primeiras súmulas vinculantes, o Ministro Celso de Mello “ponderou sobre a diferença entre a ‘súmula comum’, que o Supremo edita comumente, e as súmulas vinculantes. Segundo ele, a primeira é uma “mera” síntese de decisões da Corte sobre normas. Já as súmulas vinculantes são ‘uma norma de decisão’. Ou seja, elas têm poder normativo.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Plenário do STF aprova as três primeiras súmulas vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70120&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 jan. 2013).

Aqui, abre-se um parêntese para indicar que, com a assunção da súmula vinculante no modelo de estado brasileiro, o princípio da legalidade, típico dos sistemas jurídicos romano-germânicos, perde, em parte, sua primazia. A partir de então, o ordenamento jurídico nacional deixa de ser regrado apenas por normas legais, admitindo, em igual medida, os precedentes sumulares (com efeito vinculante). É apenas na fonte de onde procede e no seu âmbito de abrangência que a súmula vinculante e a lei podem ser diferenciadas, pois, em substância, ambas têm aptidão para prescrever condutas de maneira impositiva para toda a sociedade.<sup>224</sup>

Assim se posiciona Lênio Luiz Streck, escrevendo sobre o papel das súmulas no sistema jurídico brasileiro antes mesmo da criação dos enunciados vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45/2004:

[...] as Súmulas passaram a ter valor superior às próprias leis, sendo que, em muitos casos, muito além de serem interpretativas das normas vigentes, passam a ser [...] *fontes criadoras de lei*, editadas contra as leis vigentes (súmulas *contra legem*) e contra a Constituição Federal (súmulas inconstitucionais). [...] O poder de violência simbólica exercida pelas Súmulas sobre os juristas em sua prática cotidiana é resultado de uma situação que se pode chamar de controlabilidade difusa do sistema jurídico sobre os operadores do Direito. Esse controle difuso funciona como poder normativo. [...] Em consequência, toda edição de súmula corresponde à formação de um *arbitrário juridicamente prevalecente*.<sup>225</sup>

Ainda sobre a hierarquia que se estabelece com o advento das súmulas vinculantes, José de Albuquerque Rocha, para quem há clara incompatibilidade entre o novo instituto e o princípio democrático<sup>226</sup>, assim se posiciona:

O artigo 103A dispõe que, havendo controvérsia sobre validade, interpretação e eficácia entre normas, a súmula resolverá a controvérsia. Logo, a súmula é uma norma superior às outras normas justamente porque

<sup>224</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 350-356

<sup>225</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: Eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995. p. 251-252.

<sup>226</sup> “Por sua vez, a análise do princípio democrático na Constituição evidencia que só estamos obrigados a obedecer à lei, norma geral e abstrata, formulada com a necessária participação dos representantes do povo. Por outras palavras, só estamos obrigados a obedecer às normas de cuja formulação participamos. Nisso consiste a essência da democracia. Conclusão, confrontando-se o conteúdo do artigo 103A que outorga poderes ao Supremo para editar súmulas vinculantes com caráter geral e abstrato e hierarquia superior à norma do legislador, com o princípio democrático na Constituição, verifica-se haver uma radical incompatibilidade entre o referido conteúdo e o mencionado princípio democrático na Constituição.” (ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009; e ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia na Constituição**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. p. 2655. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose\\_de\\_albuquerque\\_rocha.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013).

tem o poder de dizer quando são válidas ou não, eficazes ou não e, o mais importante, quando tem o poder dizer em que sentido as normas sobre que haja controvérsia interpretativa devem ser entendidas. A súmula é uma metanorma, isto é, uma norma que tem por objeto determinar a validade, eficácia e a interpretação de outras normas.<sup>227</sup>

Essas considerações indicam que uma súmula vinculante não pode ser vista apenas como a concretização sintética de uma série de entendimentos reiterados a qual o cidadão, o administrador público e o julgador têm a mera opção de se filiar, mas deve ser encarada como uma norma para a qual há o efetivo dever de obediência. Seus efeitos, portanto, não são apenas *endoprocessuais*, mas também *panprocessuais* (em relação a processos análogos) e, ainda, reflexos à coletividade.

Não obstante os reconhecidos ganhos, em termos de uniformização jurisprudencial, proporcionados pelas súmulas vinculantes, dois efeitos colaterais preocupantes devem ser evidenciados e combatidos. De um lado, um possível enrijecimento da interpretação em matéria constitucional. De outro, o estímulo ao ativismo judicial do STF pela aproximação excessiva à atividade legiferante.<sup>228</sup>

Em especial sobre o segundo ponto, repousam as principais preocupações contidas nesse trabalho, porquanto a adoção de enunciados vinculantes exige, para realizar os fins aos quais se propõe, um discurso racional de fundamentação pautado nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Em relação à superação das dificuldades advindas do primeiro ponto, de advogados, julgadores e demais aplicadores e estudiosos do direito, será exigido maior esforço argumentativo e hermenêutico, o que, por si só, exige um estudo próprio que foge à proposta desse trabalho.

Ponto de especial relevância para essa investigação é a definição da natureza do processo de criação, modificação ou cancelamento das súmulas vinculantes. Diferentemente das súmulas persuasivas ou ordinárias, cuja aprovação se dava mediante procedimento administrativo, a adoção de uma súmula vinculante deve ser compreendida como um processo objetivo típico, que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante).<sup>229</sup>

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 2648.

<sup>228</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 361.

<sup>229</sup> TAVARES, André Ramos. **Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado: Salvador, n. 11, 2007. p. 6. Disponível em:

Ademais, há legitimados ativos constitucionalmente elencados, a exigência de uma discussão séria sobre o conteúdo e a redação<sup>230</sup> da súmula vinculante (bem como sobre seus efeitos), a obrigatoriedade da ouvida do Procurador Geral da República e possibilidade de manifestação de terceiros interessados na questão. Acrescente-se, ainda, a necessidade de uma fundamentação sólida para a adoção, modificação ou cancelamento de súmula.<sup>231</sup>

Pelas razões acima, o procedimento que baliza a produção dos verbetes foi regulamentado por lei, que disciplina o modo de tomada de *decisão* quando à adoção e ao conteúdo da súmula, configurando, pois, um típico processo objetivo (com certas particularidades).<sup>232</sup> Trata-se, portanto, de processo objetivo que enseja a prolação de uma *decisão* por parte dos Ministros do STF.

Diante das características ressaltadas, a formulação de uma súmula vinculante exige do STF atenção especial nas deliberações e discussões de aprovação do conteúdo normativo, bem como na redação atribuída aos enunciados, para que sua atuação não se paute em arbitrariedades, não desrespeite direitos e garantias fundamentais, nem se torne um óbice à evolução do ordenamento jurídico nacional. Isso demanda dos Ministros que a decisão resultante do processo de discussão e adoção de um enunciado vinculante seja fundamentada segundo critérios racionais de justificação.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, com o toque da obrigatoriedade, as súmulas passam, então, a dividir com a norma legal algumas características fundamentais em termos de eficácia jurídica e social, o que pode ser visualizado por meio, entre outros, dos seguintes pontos;<sup>233</sup> a) exerce influência sobre as condutas sociais, pois materializa o que o Judiciário considera *certo* ou *errado*, *justo* ou

---

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>>.

Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>230</sup> Juvêncio Vasconcelos Viana aponta que, no que tange à redação decorrente do processo decisório, impõe-se buscar objetividade e clareza textual, evitando que mais dúvidas do que as decorrentes da lei venham a surgir, especialmente no que diz respeito à sua “hipótese de incidência”. (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Súmulas Vinculantes**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 4, n. 3 (2). p. 9. Disponível em:

<[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/search/authors/view?firstName=Juv%C3%A2ncio&middleName=Vasconcelos&lastName=Viana&affiliation=Universidade%20Federal%20do%20Cear%C3%A1-UFC%2C%20Fortaleza%2FCE&country=BR](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/search/authors/view?firstName=Juv%C3%A2ncio&middleName=Vasconcelos&lastName=Viana&affiliation=Universidade%20Federal%20do%20Cear%C3%A1-UFC%2C%20Fortaleza%2FCE&country=BR)>. Acesso em: 8 jan. 2013).

<sup>231</sup> TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 7.

<sup>232</sup> É importante ressaltar que “[a] possibilidade de atuação de ofício pelo STF não descaracteriza a natureza jurisdicional do processo em questão. Até porque essa atuação encontra-se circunscrita na base, pois demanda a provocação e o julgamento de diversos casos anteriores. Não se trata, pois, de uma atuação oficiosa amplamente livre.” (*Ibid.*, *loc. cit.*).

<sup>233</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 364-365.

*injusto, válido ou inválido, jurídico ou antijurídico;*<sup>234</sup> b) influi fortemente na formação da *persuasão racional* do magistrado;<sup>235</sup> c) simplifica ou condensa o discurso jurídico, na medida em que se torna a *premissa menor* do silogismo da decisão judicial, que, de outro modo, seria composta pela norma legal, a qual, todavia, demandaria interpretação;<sup>236</sup> d) reduz o número de decisões conflitantes, propiciando a uniformização da jurisprudência, valendo-se de um mesmo juízo de valor, aumentando a segurança jurídica da aplicação do direito e assegurando o tratamento isonômico dos jurisdicionados; e) agiliza as decisões, pois representa o entendimento majoritário do Tribunal, superando possíveis argumentos contrários ao seu enunciado.<sup>237</sup>

Destaque-se, nesse ponto, que este trabalho não tem o fito de criticar ou louvar a adoção das súmulas vinculantes no arcabouço jurídico brasileiro<sup>238</sup>. Essa

<sup>234</sup> Aqui cabe reiterar o que Alexy fala em relação às regras da lógica no discurso prático geral (1.1), refutando possíveis críticas quanto à insuscetibilidade à verdade das proposições normativas, sugerindo que, no lugar de valores como “verdadeiro” e “falso” (típicos da lógica formal), sejam utilizados valores como “válido” ou “inválido” (aplicáveis ao discurso prático), ou “lícito” ou “ilícito” (aplicáveis ao discurso jurídico) (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 187-188).

<sup>235</sup> As súmulas vinculantes podem ser entendidas como a materialização de um conjunto de decisões reiteradas cujo entendimento passa a ser obrigatório, ou seja, precedentes vinculantes que deverão ser utilizados no discurso de fundamentação racional, conforme prevê a regra (J.13), anteriormente apresentada: “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.”

<sup>236</sup> Nesse ponto, cabem diversas críticas ao raciocínio de valorização da súmula vinculante apresentado por Mancuso: 1) como resultado do chamado “silogismo jurídico” advém as formas de justificação interna do discurso jurídico (adequação aos princípios da universalidade e da justiça formal) apresentadas por Robert Alexy, cuja base, representada por (J.1.1), indica que o uso de uma regra na fundamentação jurídica demanda que a decisão resulte logicamente dessa regra; 2) ficou claro que os casos mais complicados exigem, muitas vezes, a adoção de uma série de premissas que não advém de normas legais (a súmula vinculante, diante de sua força normativa pode ser entendida como algo superior a um precedente, igualando-se às normas legais); 3) a utilização da súmula vinculante como *premissa menor* do silogismo da decisão judicial indica não só a necessidade de outras premissas, mas também a exigência de justificação externa, cujo papel é fundamentar as premissas que não advém das normas legais (cânones de interpretação, dogmática, uso de precedentes e outras formas de argumentos jurídicos, além de argumentos práticos de tipo geral); 4) isso indica que a aplicação do direito consubstanciado em enunciados vinculantes não pode ser encarado como uma mera subsunção do fato à norma (ou do fato à súmula vinculante), livre de qualquer carga de interpretação, como tenta fazer parecer o autor.

<sup>237</sup> Essa consideração não parece adequada em termos de argumentação racional, vez que, tanto regras quanto precedentes podem ser considerados inaplicáveis no caso concreto mediante a apresentação fundamentos racionais (ônus da carga de argumentação).

<sup>238</sup> Para maiores informações sobre as críticas positivas e negativas, sugerimos a leitura de trabalho de autoria de Álvaro Melo Filho, que elabora uma reflexão acerca dos fundamentos favoráveis e contrários às súmulas vinculantes, apresentando trinta e três argumentos pró e contra a proposta de vinculação de decisões. Confira MELO FILHO, Álvaro. **Súmulas vinculantes**: os dois lados da questão. Themis, Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 27-35, 1998. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25632/sumulas\\_vinculantes\\_dois\\_lados.pdf?ssequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25632/sumulas_vinculantes_dois_lados.pdf?ssequence=1)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

investigação busca analisar a racionalidade do discurso de justificação apresentado pelo STF para fundamentar a adoção dos enunciados vinculantes, utilizando as lentes da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Contudo, visitar alguns dos fundamentos utilizados para embasar o valor atribuído a essa ferramenta pelos seus defensores é, também, uma forma de entender a motivação para a sua utilização e, remotamente, o que pode ser entendido como representativo da vontade do legislador.<sup>239</sup>

Conforme ressalva o Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, o efeito vinculante não se estende a todas as súmulas do STF, mas apenas à súmula que seja atribuída eficácia obrigatória. Para tanto, há de se observar o atendimento a certos requisitos constitucionais formais e materiais, que, de acordo com a sua natureza, são aferidos objetiva ou subjetivamente. Passamos, a partir desse ponto, a analisa-los com maior dedicação, procedendo, inicialmente, com apresentação dos requisitos e, posteriormente, com o seu detalhamento.

No que tange aos requisitos formais e materiais para a adoção de enunciados vinculantes, observamos que, conforme a redação do 103-A da CF/88: 1) devem ser aprovados por maioria de 2/3 (dois terços) dos votos do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a pelo menos 8 (oito) dos 11 (onze) Ministros; 2) incidindo sobre matéria constitucional; 3) que tenha sido objeto de reiteradas decisões do Tribunal; 4) tendo por objetivo a) superar controvérsia atual entre órgãos do judiciário (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas b) capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos (sobre a matéria); 5) a edição, a revisão ou o cancelamento podem ser feitos de ofício<sup>240</sup> pelo STF ou mediante provocação dos legitimados previstos no art. 3º da Lei nº 11.417/2006.

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes, bem como as razões que sempre deverão estar presentes e indicadas para fundamentar a adoção desses enunciados prescritivos pelo Tribunal. Entre as

<sup>239</sup> Isso nos permite verificar, por exemplo, se, quando da aprovação de súmulas vinculantes, são utilizados argumentos que se fundamentam na regra (J.7): “Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos”.

<sup>240</sup> Apesar da ausência de previsão legal para que o cancelamento ou a revisão de súmula possa ocorrer de ofício, André Ramos Tavares defende que, por não ficar vinculado por suas próprias decisões, o STF poderá adotar um novo entendimento e, com base nele, propor, de ofício, uma nova súmula, revogando a anterior (TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 6).



condições apresentadas, a primeira e a quinta, aparentemente, não reclamam fundamentação argumentativamente produzida nos moldes da teoria do discurso jurídico de Robert Alexy. A primeira, matematicamente, aponta para um número certo de votos necessários. Na quinta, a averiguação dos legitimados é feita pela simples adequação lógica à lista legalmente estabelecida.

Portanto, para que a súmula vinculante seja aprovada é preciso que a questão já tenha sido anteriormente apreciada por *reiteradas decisões* (no mesmo sentido, embora o texto constitucional não indique expressamente, pois, caso assim não fosse, incorrer-se-ia em verdadeira contradição). O assunto, portanto, deve estar amadurecido e estabilizado no Tribunal, facilitando identificar a *ratio decidendi*<sup>241</sup>. A Constituição, contudo, não indica qual medida deve ser utilizada para caracterizar um número mínimo (ou suficiente) de decisões homogêneas reiteradas sobre casos tidos como similares.

A menos que o STF passe a adotar um valor objetivo e geral para a edição de todas as súmulas vinculantes (o que até agora não aconteceu)<sup>242</sup>, esse critério sugere uma apreciação caso a caso do que possa configurar a quantidade adequada<sup>243</sup> de decisões reiteradas e uniformes a ensejar a cristalização do entendimento sobre dada questão, exigindo não apenas a sua indicação pelo Tribunal, mas também a efetiva justificação racionalmente fundamentada.

<sup>241</sup> O requisito das reiteradas decisões é fundamental para que seja possível identificar a *ratio decidendi* que cerca a súmula vinculante, facilitando a confusão com os *obiter dicta* (“considerações desenvolvidas a propósito do caso em debate, sem que delas decorra necessariamente a decisão, portanto, sem efeito de precedente vinculante”). Embora tenham caráter normativo, as súmulas não podem ser aplicadas diretamente como se normas legais fossem, pois trata-se da razão de decidir de vários (reiterados e uniformes) precedentes. Sua aplicação acaba sendo por analogia, obtida da razão de decidir, e não apenas pelo enunciado da súmula, que atua como uma fórmula sintética ou um guia dos diversos casos decididos. Isso significa que a súmula vinculante não pode ser vista como uma regra abstrata, pois não advém do legislador democrático e, principalmente, na sua formação, tem como premissa um conjunto de casos concretos, dos quais não pode se distanciar sem perder substância (ZANETI JÚNIO, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 259-260).

<sup>242</sup> Marco Antonio Botto Muscari acredita que, “com a responsabilidade do cargo que ocupam e a prudência que os têm caracterizado, podemos supor que os integrantes do Supremo Tribunal Federal não irão conferir eficácia vinculante a uma primeira decisão de mérito sobre dado tema, aguardando um debate profundo, com a participação de toda a comunidade jurídica. A partir daí, quando houver jurisprudência *sedimentada* na Corte, terá lugar o efeito vinculativo.” (grifos no original) (MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 80 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 348).

<sup>243</sup> Hermes Zaneti Júnior aponta que “não importa tanto que sejam muitos, no sentido de variados, mas que sejam bem pensados, no sentido de solucionar bem o problema posto, ou seja, formar uma “jurisprudência dominante”, uma convicção firme e também satisfatória do *thema in decidendum*” (ZANETI JÚNIOR, Hermes, op. cit., p. 259).

As decisões, além de reiteradas e uniformes, devem versar sobre *matéria constitucional*. Aqui também devem ser apresentadas razões que justifiquem a abrangência conferida à expressão “matéria constitucional” que justifique a apreciação de determinados assuntos em um caso. Devemos entendê-la em sentido amplo, abrangendo todos os temas contemplados na Constituição,<sup>244-245</sup> ou em sentido estrito, alcançando apenas as matérias constitucionais “clássicas” (direitos e garantias fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes)? Para justificar a adoção de enunciados vinculantes sobre determinados assuntos, o STF também deve oferecer, em sua decisão, fundamentação capaz de justificar racionalmente a interpretação dada à expressão “matéria constitucional”.

Outro pressuposto exigido pela Constituição é a existência de *controvérsia atual* entre órgãos do judiciário ou entre estes e a Administração Pública que acarrete *grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos* sobre idêntica questão.

O requisito de que a controvérsia seja *atual* indica que, mesmo que um entendimento jurisprudencial tenha sido firmado no passado, o tema mote da súmula vinculante deve ter repercussões nos dias de hoje, gerando dissídio na atualidade.<sup>246</sup> O conceito de atual, contudo, também é passível de interpretações diversas, exigindo, portanto, que haja a devida justificação da decisão que considerar uma demanda atual a ponto de exigir tratamento sumular vinculativo.

Em relação à *grave insegurança jurídica* combinada com a *relevante proliferação de processos*, mais termos indeterminados são apresentados, carecendo de tratamento judicial específico para o caso concreto. Conceber quais matérias são passíveis de causar tamanha instabilidade jurídica e (ou seja, simultaneamente) ensejar o crescimento considerável do número de processos exige, outra vez, a exposição de argumentos de forma racional para fundamentar a aprovação de uma súmula vinculante.

<sup>244</sup> Novelino entende que deve ser interpretada em sentido amplo. Confira NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 931.

<sup>245</sup> Para Tereza Arruda Alvim Wambier, “[a]s súmulas só podem dizer respeito a situações capazes de se repetir ao longo do tempo de modo *absolutamente idêntico*. Em princípio não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um *leasing* é sempre um *leasing*, e se deve saber, com certeza, se se trata, ou não, de atividade tributável.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 320 *apud* VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *op. cit.*, p. 9-10).

<sup>246</sup> NOVELINO, Marcelo, *op. cit.*, p. 932.

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmulas também é de grande importância para a manutenção de algumas das razões que sustentam o instituto (segurança jurídica, isonomia, justiça), demandando não apenas o cumprimento de formalidades, mas a efetiva justificação racional para a modificação ou o abandono do texto vinculante.<sup>247</sup> Dessa forma, assim como a adoção de uma súmula vinculante não pode ser admitida imediatamente após a decisão de um único caso, também sua alteração ou exclusão exige discussão cuidadosa.<sup>248</sup> Isso indica que, quando da apreciação de propostas que visem rever ou cancelar uma súmula vinculante, as mesmas cautelas tidas para a sua adoção devem compor o processo, ensejando a prolação de decisão fundamentada, aqui também de acordo com critérios racionais.

De modo semelhante ao procedimento aqui realizado, José Carlos Barbosa Moreira, após analisar os pressupostos e os requisitos de atribuição do efeito vinculativo às súmulas, destaca alguns dos principais pontos que deverão pautar a conduta do STF, indicando que o Tribunal:

[...] está obrigado a respeitar escrupulosamente os limites postos ao poder de atribuir efeito vinculante a proposições que sua jurisprudência consagre. Não lhe é lícito [...] atribuir aqueles efeitos a proposições relativas à matéria de índole não constitucional ou afirmadas apenas em dois ou três julgamentos isolados, ou a respeito das quais inexista “controvérsia atual” (isto é, contemporânea à vinculação, excluídas, portanto, as hipóteses de controvérsia já morta e sepulta). [...] [O STF não se desobriga de] fundamentar a atribuição de efeito vinculante, explicando por que lhe pareceu grave a insegurança jurídica, ou relevante a multiplicação de processos; não lhe bastará dizer que se configura uma ou outra – o que de jeito algum satisfaria a exigência de motivação do art. 93, IX, da carta federal. [...] [Por fim,] se alguma vez, por escusável distração (*quandoque bonus dormitat Homerus*), o STF vier a atribuir efeito vinculante a proposição que não preencha os requisitos acima enumerados, vale a pena saber que se poderá impugnar, como inconstitucional a proposição supostamente vinculativa.<sup>249</sup>

<sup>247</sup> É o que preceitua a regra (J.14) apresentada por Alexy: “Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”. Desse modo, não apenas a composição de decisões paradigma (precedentes) exige fundamentação, mas também o seu afastamento (específico ou geral) ou a sua substituição.

<sup>248</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 967.

<sup>249</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Súmula da jurisprudência dominante do STF**. Revista Fórum, da Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – AMAERJ, n. 16, 2005, p. 30-31 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 397.

### 2.3 O dever de fundamentação das decisões de adoção, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes

O estudo até aqui produzido sobre as súmulas vinculantes aponta que, como fruto de um processo objetivo que demanda a prolação de *decisão* do Supremo Tribunal Federal, a adoção de um enunciado vinculante deve obrigatoriamente a cumprir a exigência do Artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, qual seja:

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

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>250</sup> [grifos nossos]

A exigência de motivação para a validade das decisões judiciais também é fruto da Emenda nº 45/2004, responsável pela instituição das súmulas vinculantes, conhecida como reforma do Poder Judiciário. Isso também indica que, em ambos os casos, o espírito que animou o legislador constitucional derivado pautou-se numa prestação jurisdicional de maior qualidade, segurança e, sobretudo, justiça.

De igual modo, a legislação infraconstitucional preserva o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. No Código de Processo Civil, tanto o Artigo 165 estabelece que as decisões judiciais “serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”<sup>251</sup>, quanto o Artigo 131, ao informar que o juiz deve indicar “os motivos que lhe formaram o convencimento”<sup>252</sup>. De igual modo, os Artigos 21, 155, 185, § 2º, 283, 310, 315, 375, 413, 414, 415, 427, § 2º, 516 e 660 do Código de Processo Penal<sup>253</sup> apontam a importância da prolação de decisões devidamente fundamentadas, sem o que, não se configuram válidas. A Consolidação das Leis do

<sup>250</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 71, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>251</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>252</sup> *Idem*.

<sup>253</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

Trabalho<sup>254</sup> também informa a relevância da motivação das decisões por meio dos Artigos 794, § 2º, 832, 896, § 1º, 635, parágrafo único.

Essa exigência de fundamentação presente na legislação que compõe o ordenamento jurídico brasileiro é parte essencial do direito de questionar as decisões judiciais, o que restaria prejudicado caso não fosse exigida a apresentação das razões que motivaram determinado entendimento.

Não faria sentido preservar o cumprimento de princípios como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, sem exigir dos magistrados a demonstração de como atingiu a conclusão que o motivou a indicar e a determinar o direito que considera aplicável ao caso concreto. Sem o respeito ao princípio da motivação das decisões judiciais, vive-se sob o risco do arbítrio, do subjetivismo do intérprete, da irracionalidade do provimento judicial, o que é inaceitável dentro de um Estado Democrático de Direito.<sup>255</sup>

## 2.4 Conclusões

Da conjugação de tais disposições, extraímos a obrigatoriedade de que a aprovação de uma súmula vinculante seja devidamente *fundamentada*, esclarecendo as razões jurídicas que *motivaram* o Tribunal a decidir tornar imperiosa a aplicação de um entendimento específico sobre certa questão que, necessariamente, é polêmica. Essa *justificação* não pode ser arbitrária, parcial ou precipitada, mas requer o consenso do Tribunal e exige a demonstração de que as diversas vertentes foram exploradas e analisadas pelo Supremo de forma abrangente em casos reiterados, chegando-se a resultados uniformes. As razões para a adoção de uma súmula vinculante devem, portanto, ser *racionalmente demonstradas*.

<sup>254</sup> BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei N° 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>255</sup> JORGE JUNIOR, Nelson. **O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, v. 1, 2008. p. 3. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/search/authors/view?firstName=Nelson&middleName=&lastName=Jorge%20Junior&affiliation=PUC-SP&country=BR>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

### 3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E OS DEBATES DE APROVAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES – ESTUDO DE CASOS

Diante do que apontam as conclusões do capítulo anterior, por expressa previsão constitucional, o conteúdo das decisões que adotem, revisem ou cancelam súmulas vinculantes deve ser fundamentado. Isso indica que os Ministros do STF devem se utilizar de argumentos jurídicos racionais. A validade de tais argumentos presume a existência de um sistema ou um mecanismo capaz de indicar que os mesmos não são frutos do acaso ou da arbitrariedade do julgador.

Diante dessa situação e da necessidade de se obter decisões aplicáveis às questões jurídicas que demandem a utilização de súmulas vinculantes, torna-se justificável adotar um procedimento que limite o possível discursivamente de modo racional. A proposta apresentada pelo jusfilósofo Robert Alexy, aqui explorada, é composta de um conjunto de formas e regras representativas do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, cujas bases estão fincadas na sua teoria da argumentação jurídica, que se propõe a fundamentar um caso especial de enunciados normativos: as decisões judiciais.

A concepção exposta por Alexy, portanto, explica a teoria da argumentação jurídica “mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula”<sup>256</sup>, de modo que o resultado alcançado em uma discussão que obedeça a esses postulados possa ser designado como “correto”.

Para os fins dessa investigação, é fundamental conhecer a teoria de Alexy, suas características e sua pretensão de aplicação às decisões judiciais, o que já foi amplamente explorado no primeiro capítulo desse trabalho. De igual modo, é importante conhecer a súmula vinculante, suas peculiaridades e seus requisitos de validade, já amplamente estudados no segundo capítulo.

Nesse capítulo, portanto, promoveremos o estudo dos debates, enquanto importante componente da decisão, de aprovação de algumas das súmulas vinculantes atualmente vigentes em nosso ordenamento jurídico, indicando como se dá a utilização da teoria da argumentação, ainda que, eventualmente, não haja remissão expressa à teoria nas discussões analisadas.

---

<sup>256</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 285.

Visamos, então, não apenas confirmar que os componentes da teoria da argumentação jurídica já são aplicados nessas decisões, mas verificar se os mesmos são utilizados com coerência e constância suficientes para caracterizar as decisões como racionalmente fundamentadas à luz da referida teoria. Ou seja, esse trabalho tem a pretensão de conferir se as regras e as formas da teoria estão sendo adequadamente aplicadas como um *critério de correção* para a realização racional do processo decisório e a produção racional das decisões judiciais de aprovação, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes pelo STF.

Com esse escopo, foram escolhidas algumas das decisões que ensejam, de modo mais evidente, a utilização do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, conforme considera Robert Alexy.

Diante disso, parece conveniente estabelecer e esclarecer os padrões utilizados para a análise desses casos. A norma em que se fundamenta a decisão será qualificada como *norma universal*, respeitando a regra (J.2.1)<sup>257</sup>. A norma que expressa o dispositivo da decisão caracterizará a *proposição normativa singular* (o enunciado normativo que se pretende ver fundamentado racionalmente). Em cada estudo, reproduziremos o teor da súmula vinculante aprovada; a contextualização da questão abordada; quando necessário, os trechos dos debates; e, por fim, uma breve análise da argumentação desenvolvida no caso.

### 3.1 Súmula Vinculante N° 11

Súmula Vinculante N° 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”<sup>258</sup>

<sup>257</sup> “(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.” (*Ibid.*, p. 221).

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 11**. In Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FL.SV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

### 3.1.1 Contexto e debates de aprovação

Trata-se de súmula aprovada em 13 de agosto de 2008, cuja proposta partiu do Plenário do STF, conforme decisão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952<sup>259</sup>. A base legislativa de seu conteúdo tem referência no art. 1º, III, no art. 5º, III, X, XLIX da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Constituição Federal de 1988

1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

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:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;<sup>260</sup>

A proposta de súmula ora analisada partiu do próprio Plenário do STF logo após julgar o *Habeas Corpus* nº 91.952. Para o Ministro Marco Aurélio, a referência à dignidade da pessoa e à garantia de respeito à integridade física e moral dos cidadãos deve constituir a base de fundamentação constitucional do tema foco da súmula, sem prejuízo de outros pressupostos legais cabíveis.

<sup>259</sup> Foi no HC 91.952, de 7 de agosto de 2008, que o STF decidiu elaborar a Súmula Vinculante nº 11. Referido caso, tinha por objeto o pedido de anulação do julgamento, efetuado pelo Júri da cidade de Laranjal Paulista, sob o fundamento de que o réu ficara algemado durante a sessão de julgamento, tendo isso influenciado a visão dos jurados, que por serem leigos, fizeram um pré-julgamento, condenando-o. Argumentou-se, ainda, que não havia dados concretos, pelo perfil do acusado, que pudessem fazer acreditar que ele oferecesse risco aos presentes, caso permanecesse no Plenário sem algemas, razão pela qual considerou ferida a sua dignidade como pessoa humana. O impetrante teve o seu pedido julgado procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.952**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 7 de agosto de 2008, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 8 jan. 2013).

<sup>260</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 71, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.



Para o Ministro Menezes Direito, a questão foi posta com absoluta correção, mostrando a importância da decisão do Supremo. Apontou, então, para uma jurisprudência estrangeira, o “*Case Miranda*” (EUA), na qual todo um processo foi anulado em razão do desrespeito dos direitos do réu.

Em concordância, os Ministros Cesar Peluso e Menezes Direito disseram acreditar que a súmula, por sua pertinência, deveria prever de forma mais explícita as consequências decorrentes do descumprimento da súmula pela autoridade policial, exigindo, portanto, que ficasse clara as possibilidades de responsabilização disciplinar, civil e penal. Para o Ministro Peluso, Ministério Público, Ministério da Justiça, Diretoria do Departamento de Polícia Federal, Estadual, Municipal e Juízes de Direito, todos têm responsabilidade diante do conteúdo e da eficácia da súmula, devendo ter ciência das repercussões de seu descumprimento.

O Procurador Geral da República, ressaltando o entendimento dos Ministros, apontou que não se podem confundir duas situações fáticas diferentes. Na primeira, há uma preparação prévia do réu para a realização de um ato processual. Na segunda, o agente público, ao cumprir um mandado judicial de constrição da liberdade, gera uma situação de tensão natural entre aquele que será privado da sua liberdade, situação essa potencialmente conflituosa. Assim, o Procurador expressou preocupação com a aplicação do comando dessa súmula em face de situações concretas, pois da mesma maneira com que se preserva a dignidade da pessoa humana, também é preciso ter a consciência de que não se pode partir da presunção contrária de que o agente do Estado - o policial -, ao cumprir com os seus deveres, também estaria, presumidamente, violando a regra.

O Ministro Cesar Peluso coadunou com as observações feitas pelo Procurador Geral da República, concordando que a interpretação dos casos concretos deveria ser feita sempre em favor do agente e da autoridade do Estado. Para ele, então, só deveria ser reconhecido ilícito o caso em que fique claro que, por não oferecer risco, o uso das algemas tem o propósito de expor o preso à execração pública, ou de lhe impor, longe do público, constrangimento absolutamente desnecessário.

Para os Ministros, uma vez representando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia de respeito à integridade física e moral dos cidadãos em caso de utilização de algemas, o teor da súmula mereceu a devida aprovação.

### 3.1.2 Análise

A adoção do enunciado vinculante foi justificada pelo STF com base na restrição dos casos em que há licitude no uso de algemas, cujo desrespeito enseja a responsabilização civil, penal e disciplinar de agentes ou autoridades, com base na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Procedendo à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais, passíveis de fundamentação pelo STF, para a aprovação de súmula vinculante, temos:

- a) matéria constitucional: princípio da dignidade da pessoa humana e direito fundamental de ver respeitada a integridade física e moral dos cidadãos;
- b) reiteradas decisões do Tribunal: foram apontados quatro precedentes do Tribunal, embora os mesmos versem sobre fatos diferentes relativos ao uso de algemas e não tenham correspondência absoluta com a súmula aprovada;
- c) atual controvérsia entre órgãos do judiciário ou entre estes e a Administração: não foi diretamente apontada pelos Ministros, valendo destacar que dois dos precedentes tiveram seu pleito negado;
- d) grave insegurança jurídica e perigo de relevante multiplicação de processos: não foram efetivamente apresentados nem pelos precedentes, nem quando da elaboração da proposta de súmula vinculante.

Em relação à exigência de reiteração de decisões uniformes sobre a mesma matéria, é preciso destacar que, dos quatro precedentes citados pelo STF (RHC 56.465<sup>261</sup>; HC 71.195<sup>262</sup>; HC 89.429<sup>263</sup>; e HC 91.952<sup>264</sup>), três analisaram o uso

<sup>261</sup> No RHC 56.465, de 6 de outubro de 1978, firmou-se o entendimento de que o uso de algemas pelo acusado, durante a instrução criminal, não constituía constrangimento ilegal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso (alegava o recorrente ter ficado algemado durante o depoimento testemunhal). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 56.465**. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Data de Julgamento: 6 de outubro de 1978, Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>>. Acesso em: 8 jan. 2013).

<sup>262</sup> No HC 71.195, de 24 de outubro de 1994, o impetrante questionava a validade do seu julgamento pelo fato de ter permanecido algemado em plenário, o que, na sua visão, teria influenciado negativamente o Conselho de Sentença. Destaque-se, que de acordo com a narrativa dos fatos, o réu teria agido no sentido de querer agredir o Magistrado e o Promotor, no

de algemas apenas dentro das salas de audiência ou Plenários do Júri, não se debruçando sobre os demais casos. Apenas o penúltimo precedente adentra no cerne da questão relativa ao uso de algemas em circunstâncias diversas, aludindo para questões relativas à exposição do preso pela mídia.

Partimos, então, para a análise da fundamentação dos argumentos que ensejaram a aprovação da súmula vinculante.

Da análise literal dos dispositivos constitucionais que formam a base legislativa para a adoção do enunciado, não decorre a conclusão de que, a licitude do uso de algemas está adstrita aos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Isso se dá porque referido enunciado não tem como base uma regra (condicional), mas princípios (mandado de otimização). Por isso, não há um mandamento normativo legal exato (concreto) que indique aos agentes e às autoridades a necessidade de observância dessas condições. A amplitude de realização desse direito decorre de como os princípios da dignidade da pessoa humana e da garantia de respeito à integridade física e moral dos cidadãos (inclusive presos).

---

Plenário do Júri. O STF entendeu, *in casu*, que a medida foi justificada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 71.195**. Relator: Ministro Francisco Rezek. Data de Julgamento: 24 de outubro de 1994, Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em: 8 jan. 2013).

<sup>263</sup> No HC 89.429, de 21 de agosto de 2006, o impetrante, que estava preso, buscava não ser algemado por ocasião de sua condução da carceragem da Polícia Federal em Brasília para o Gabinete de uma Ministra do STJ, onde seria ouvido, bem como em outros atos judiciais. Também, buscava não ser exposto à exibição para as câmeras de imprensa. Note-se que, neste caso, o preso era um Conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia. A liminar requerida foi concedida e, posteriormente, no mérito reconheceu-se o direito de o réu não ser algemado por ocasião dos outros transportes que viessem a ser feitos, salvo em caso de reação violenta (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 89.429**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 21 de agosto de 2006, Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 8 jan. 2013).

<sup>264</sup> Foi no HC 91.952, de 7 de agosto de 2008, que o STF decidiu elaborar a Súmula Vinculante nº 11. Referido caso, tinha por objeto o pedido de anulação do julgamento, efetuado pelo Júri da cidade de Laranjal Paulista, sob o fundamento de que o réu ficara algemado durante a sessão de julgamento, tendo isso influenciado a visão dos jurados, que por serem leigos, fizeram um pré-julgamento, condenando-o. Argumentou-se, ainda, que não havia dados concretos, pelo perfil do acusado, que pudessem fazer acreditar que ele oferecesse risco aos presentes, caso permanecesse no Plenário sem algemas, razão pela qual considerou ferida a sua dignidade como pessoa humana. O impetrante teve o seu pedido julgado procedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.952**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 7 de agosto de 2008, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 8 jan. 2013).

É necessário ressaltar, contudo, que, de acordo com o teor do enunciado vinculante, o agente ou a autoridade que não observar o disposto no verbete, será responsabilizado disciplinar, civil e penalmente. Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilização penal, civil ou administrativa de quaisquer agentes públicos decorre, por exigência constitucional, de previsão legal expressa, razão pela qual não poderia ser objeto de imposição pelo Poder Judiciário, por meio de súmula.

A aprovação desse enunciado vinculante enseja, portanto, um conflito também entre princípios e regras. Isso demanda que a fundamentação da decisão que aprova esse verbete adote premissas não decorrentes das leis e, por conseguinte, também deverá ser alvo dos procedimentos de justificação externa.

Primeiramente, recorre-se aos *cânones de interpretação* (forma de interpretação teleológica) (J.5), na busca pela adequada interpretação de “dignidade da pessoa humana” e da garantia de “respeito à integridade física e moral” dos cidadãos, de modo que atendam aos fins do direito no caso em discussão. Em seguida, respaldar a decisão, remete-se à jurisprudência estrangeira do *Case Miranda* (J.13). Por fim, realizou-se uma ponderação entre princípios e regras (em forma de argumentos) (J.8), conforme se verá adiante.

Segundo a teoria de Alexy, a *correção* das premissas que embasam um enunciado normativo precisa ser justificada. Para isso, a partir dos *cânones da interpretação*, realiza-se a passagem da *norma universal* (princípio constitucional) para a *norma concreta* (dispositivo vinculante). A correção perpassa também pela exigência de *ponderação* entre princípios, garantias e regras: a) de um lado está o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de respeito à integridade física e moral dos cidadãos (inclusive presos); b) do outro, a exigência de lei para a responsabilização de agentes e autoridades públicas.

Vemos que, diante da concretização, *in casu*, do mandamento de otimização contido em um princípio, o STF claramente excepcionou a aplicação de uma regra. A fundamentação da súmula vinculante admite, assim, a inserção de uma cláusula de exceção construída a partir de uma fundamentação baseada na interpretação de um princípio, pois se reconhece que a consequência da não introdução da exceção se mostra mais indesejada do que a simples obediência à regra (que indicaria a impossibilidade de responsabilização dos agentes e

autoridades que descumprissem o teor da súmula vinculante, por ausência de fundamentação adequada para a utilização de algemas).

Portanto, reconhecem-se as consequências não almejadas como razões para a regra de exceção. Isso importa o uso de regras da razão prática e das suas formas típicas também. As consequências ruins do cumprimento da regra servem de razões para o seu não cumprimento e para a criação da cláusula de exceção.

Há dois problemas para a introdução dessa regra de exceção que permite responsabilizar agentes e autoridades públicas pela utilização não fundamentada de algemas por parte do preso: a) a aquisição do caráter *prima-facie* da regra decorre, como visto, da superação de princípios formais, ou seja, dos que conferem rigidez ao sistema, que privilegiam as regras editadas pelas autoridades competentes e que não permitem que se relativize “sem motivos uma prática estabelecida”<sup>265</sup> (resta questionar se as razões adicionais que justificariam essa flexibilidade da própria constituição estão realmente evidentes no caso); e b) há uma regra de precedência que estabelece que o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios “a não ser que razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”<sup>266</sup>.

Esse parece ser o caminho para justificar que uma norma de decisão (proposição normativa singular) que satisfaça a pretensão de correção formulada pela súmula vinculante em consonância com a norma constitucional, o que seria possível, se se entender, por exemplo, que é mais importante proteger a dignidade da pessoa humana, evitando o “uso desnecessário” de algemas por presos, do que a obediência à exigência de que somente norma legal possa versar sobre a responsabilização de agentes e autoridades pública, possibilitando que também uma súmula vinculante o faça.

Somada à referida ponderação, o Tribunal teve de fazer uso de uma forma de interpretação (teleológica) para extrair os fins perseguidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da comparação do tema com a jurisprudência estrangeira, na busca por maior respaldo.

A fundamentação da Súmula Vinculante N° 11 pressupõe, portanto, a aplicação de diversas formas e regras (interpretação teleológica da constituição, uso

---

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104-105.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 105.

de regras de ponderação entre princípios e regras, apresentação de precedentes) e suas interconexões.

Por meio da presente análise, contudo, não está clara a efetiva configuração de uma fundamentação racional para a adoção do enunciado vinculante, que tenha obedecido não apenas aos requisitos legais de aprovação das súmulas vinculantes, mas também às regras e às formas da teoria de Alexy.

### 3.2 Súmula Vinculante N° 14

Súmula Vinculante N° 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”<sup>267</sup>

#### 3.2.1 Contexto e debates de aprovação

Trata-se de súmula aprovada em 2 de fevereiro de 2009, cuja proposta partiu Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A base legislativa de seu conteúdo tem referência no art. 1º, III, no art. 5º, XXXIII, LIV, LV da Constituição Federal de 1988, no art. 6º, parágrafo único, e no art. 7º, XIII e XIV, da Lei n° 8.906/1994. Vejamos:

Constituição Federal de 1988

1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

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:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...]

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. In Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FL.SV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;<sup>268</sup>

Lei nº 8.906/1994

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;<sup>269</sup>

Essa constitui a primeira Proposta de Súmula Vinculante (PSV) apresentada ao STF, de autoria do Conselho Federal da OAB, sob a justificativa de que, apesar da pacificação da matéria em reiterados precedentes do STF, vários juízes continuavam negando ao advogado de indiciados o direito de vista dos autos de inquérito policial.

No início do processo de discussão da aprovação da Súmula Vinculante Nº 14, o Ministro Menezes Direito apresentou diversos precedentes de ambas as Turmas e do Plenário do STF para endossar a reiteração e a pacificação da questão. De acordo com o Ministro, a jurisprudência do Tribunal assegura a amplitude do direito de defesa, o exercício do contraditório e o devido processo legal, inclusive em inquéritos policiais e/ou processos originários, cujos conteúdos devam ser mantidos sob sigilo. Esse direito abrange as diligências já realizadas e documentadas, não se estendendo às que estiverem em andamento.

É preciso registrar que a manifestação do Subprocurador Geral da República foi desfavorável à adoção da súmula, argumentando que o modelo de persecução criminal brasileiro ficaria substancialmente comprometido. Ademais, por se tratar de matéria processual e não constitucional, não estaria configurado um dos requisitos para a aprovação de uma súmula vinculante.

Para o Ministro Menezes Direito, além de não configurar um obstáculo à tutela penal a ser exercida pelo Estado (pois que nos encontramos em um Estado

<sup>268</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 71, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

<sup>269</sup> BRASIL. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

Democrático de Direito), a súmula não versa sobre direito processual, mas sim, essencialmente, sobre o exercício do direito de defesa, ou seja, uma garantia constitucional.

A Ministra Ellen Gracie, então, questionou a conveniência e a oportunidade, a urgência e a necessidade de manifestação absoluta do Supremo sobre o tema da proposta apresentada, que sequer enseja uma grande massa de processos. Apontou, também, que a matéria interessa não àqueles investigados de pouco poder aquisitivo, razão pela qual questiona se essa abordagem não seria uma manipulação do instituto vinculante para finalidades que não são as de estrita administração judiciária.

De acordo com a Ministra Cármen Lúcia, a devassa não é cabível num Estado de Direito e, por isso, o teor do verbete prestigia o papel do advogado, nos termos do art. 132 da CF/1988.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, trata-se de tema relativo aos direitos fundamentais que deflui diretamente do princípio democrático da publicidade. Defendeu, também, que a súmula vinculante não é uma lei, podendo a autoridade, eventualmente, descumpri-la em face do caso concreto, de modo fundamentado, quando o interesse público assim o exigir.

Para o Ministro Carlos Britto, a matéria teria amplo viés constitucional e estaria ensejando, fora do STF, a proliferação de decisões controvertidas. Para esse ministro, a questão apresentava dois lados, ensejando uma verdadeira ponderação de princípios (mandados de otimização)<sup>270</sup>. De um lado está o direito à ampla defesa e ao contraditório (direitos e garantias individuais). Do outro há o princípio da justiça penal eficaz. Diante dessa constatação, defendeu que a súmula vinculante deveria encerrar um mandado de otimização, promovendo a conciliação entre esses princípios constitucionais. Para ele, a discussão exigiria maior aprofundamento.

Ainda acerca das considerações do Ministro Carlos Britto, o mesmo questionou se deveriam consagrar na súmula o direito irrestrito dos advogados de acesso aos autos da investigação ou de cada diligência concluída, pois temia que o conhecimento prévio de uma diligência pudesse comprometer toda a linha de investigação, vulnerando o princípio da justiça penal eficaz. Ressaltou, por fim, que o inciso LV do Art. 5º da CF/1988 menciona processo judicial e administrativo, mas

---

<sup>270</sup> Nesse ponto, o Ministro Carlos Britto faz referência expressa à teoria dos princípios de Robert Alexy.



não inquérito policial (*tertium genius*), havendo dúvidas sobre a exigência dessa amplitude de defesa.

A Ministra Ellen Gracie voltou a destacar sua posição contrária à adoção da súmula vinculante por acreditar que essa exigência de ponderação e interpretação (inclusive de autoridades policiais) acaba por tornar o verbete não vinculante, na realidade. Para a Ministra, súmulas vinculantes não devem ser passíveis de interpretação, havendo de ser suficientemente claras para uma aplicação sem maior tergiversação.

O Ministro Celso de Mello corroborando com os fundamentos dos demais Ministros que apoiaram a proposta, elencou diversas ponderações da dogmática favoráveis ao teor da proposta.

O Ministro Gilmar Mendes, encerrando o debate, afirmou acreditar que o debate que a questão ensejou no próprio STF já seria suficiente para demonstrar que havia efetiva controvérsia capaz de ensejar a aprovação de uma súmula vinculante.

### **3.2.2 Análise**

As razões expostas para a adoção do verbete vinculante são atribuídas à necessidade de conceder maior amplitude ao direito de defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, permitindo, ao advogado do indiciado, o acesso aos elementos já documentados nos autos de procedimentos investigatórios.

Procedendo à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais, passíveis de fundamentação pelo STF, para a aprovação de súmula vinculante, temos:

- a) matéria constitucional: direito fundamental à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal;
- b) reiteradas decisões do Tribunal: foram apontados sete precedentes do Tribunal que versam sobre casos semelhantes;
- c) atual controvérsia entre órgãos do judiciário ou entre estes e a Administração: apresentada pela OAB como um dos fundamentos da proposta;
- d) grave insegurança jurídica e perigo de relevante multiplicação de processos: não foram efetivamente apresentados nem pelos

precedentes, nem quando da elaboração da proposta de súmula vinculante.

Partimos, então, para a análise da fundamentação dos argumentos que ensejaram a aprovação da súmula vinculante.

Da análise literal dos dispositivos constitucionais e legais utilizados para embasar a adoção do enunciado, não decorre a conclusão de que, aos advogados, deve-se garantir o acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório. Isso se dá porque referido enunciado não está embasado em regras (condicionais), mas em princípios (mandado de otimização). Assim, não há, de pronto, um mandamento normativo exato que indique ao aplicador do direito que advogados devem poder ter acesso ao que já estiver documentado nos autos de um inquérito policial. A amplitude de realização desse direito decorre de como os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal serão otimizados.

Vemos, portanto, que a justificação da decisão de aprovação de súmula vinculante com esse teor exige a adoção de premissas não decorrentes das leis e, por conseguinte, deverá ser alvo de justificação externa.

Primeiramente, recorre-se aos *cânones de interpretação* (forma de interpretação teleológica) (J.5), na busca pela interpretação de “ampla defesa, contraditório e devido processo legal” mais adequadas à consecução dos fins do direito no caso em discussão. Em seguida, a decisão é pautada nas considerações doutrinárias sobre o direito à ampla defesa em procedimentos investigatórios (J.12). Logo após, considerou-se necessário ingressar num procedimento de ponderação de princípios (utilizados como argumentos), por meio do qual foi realizado o sopesamento entre “ampla defesa e contraditório” de um lado e “justiça penal eficaz” de outro (J.8). Por fim, os precedentes utilizados para motivar a adoção do verbete vinculante constituem premissas necessárias (J.13).

Conforme estabelece a teoria de Alexy, a *correção* das premissas que embasam um enunciado normativo precisa ser justificada. Para isso, a partir dos *cânones da interpretação*, realiza-se a passagem da *norma universal* (princípio constitucional) para a *norma concreta* (dispositivo vinculante). Mediante a interpretação teleológica da norma e da necessária *ponderação* de princípios (ampla defesa *versus* justiça penal eficaz), prevaleceu, para o STF, a garantia de ampla defesa como expressão maior do Estado Democrático de Direito.

Também se afigura razoável extrair a utilização de argumentação dogmática pelos Ministros do STF, apoiada no pensamento esboçado pela doutrina que decide, diante das circunstâncias, dar prevalência ao direito de acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório como expressão do direito à ampla defesa no Estado de Direito.

A justificação externa de fundamentação da Súmula Vinculante N° 14 pressupõe, portanto, a aplicação de diversas formas e regras (interpretação teleológica da lei, uso de regras de ponderação, argumentação dogmática, uso de precedentes) e suas interconexões, sendo verificável a racionalidade jurídica e prática geral do enunciado.

### 3.3 Súmula Vinculante N° 18

Súmula Vinculante N° 18: “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7° do artigo 14 da Constituição Federal.”<sup>271</sup>

#### 3.3.1 Contexto e debates de aprovação

Trata-se de súmula aprovada em 29 de outubro de 2009, cuja proposta partiu do Plenário do STF, conforme decisão no julgamento dos Recursos Extraordinários 568.596, 433.460 e 446.999. A base legislativa de seu conteúdo tem referência no art. 14, § 7°, da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.<sup>272</sup>

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 18**. In Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=18.NUME.%20E%20S.FL.SV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

<sup>272</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional n° 71, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

Ao longo dos debates de aprovação, o Ministro Marco Aurélio, que, ao final, colocou-se contrariamente à adoção do verbete, justificou sua posição com base na disposição literal da redação do § 7º do art. 14 da CF/1988. No seu entender, tal dispositivo encerra exceção à elegibilidade do cidadão, indicando que é inelegível, no território de jurisdição do titular, o cônjuge. Assim, se ocorre a dissolução do vínculo, por meio do divórcio, não há mais que se falar em cônjuge.

Para o referido Ministro, da interpretação do ditame constitucional, não se pode adotar a presunção de que, com a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, está configurada a tentativa de burla ao preceito. Se vício na manifestação de vontade for alegado, haverá de ser objeto de prova para que se configure.

Em contraposição, o Ministro Carlos Britto aponta que o teor da súmula vinculante discutida se harmoniza com o sentido lógico do art. 14, § 7º, da CF/1988, obtido após a interpretação dos “textos normativos nas linhas e nas entrelinhas”<sup>273</sup>, donde, nesta última, reside o espírito da norma.

Esse Ministro aponta que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) segue o mesmo entendimento, fruto da experiência de que algumas sociedades conjugais são desfeitas em determinados “contextos político-eleitorais” mais no plano do Direito do que na dimensão dos fatos. Argumenta, ainda, que a jurisprudência do STF homenageia o empirismo, indicando, por meio de uma paráfrase de Camões que “há um saber que é exclusivamente feito de experiência”<sup>274</sup>.

### 3.3.2 Análise

As razões expostas para a adoção do verbete vinculante são atribuídas à necessidade de atendimento da inelegibilidade estabelecida pela Constituição Federal para cônjuges de titulares de cargo eletivo, evitando, assim, que haja influência ou benefício indevido capaz de desequilibrar a disputa eleitoral.

---

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 36 Distrito Federal**. In *Súmula Vinculante 18*. p. 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606287>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

<sup>274</sup> *Idem*, p. 21.

Procedendo à verificação do cumprimento dos requisitos constitucionais, passíveis de fundamentação pelo STF, para a aprovação de súmula vinculante, temos:

- a) matéria constitucional: regra sobre inelegibilidades;
- b) reiteradas decisões do Tribunal: foram apontados três precedentes, além da indicação de precedentes do TSE;
- c) atual controvérsia entre órgãos do judiciário ou entre estes e a Administração: não foi apresentada explicitamente, mas, ao que parece, o STF justificou tal requisito com base na existência de três Recursos Extraordinários sobre o assunto;
- d) grave insegurança jurídica e perigo de relevante multiplicação de processos: não foram efetivamente apresentados nem pelos precedentes, nem quando da elaboração da proposta de súmula vinculante (o que sugere que o STF considerou que a matéria eleitoral, por si, capaz de causar instabilidade jurídica e gerar grande número de processos na justiça eleitoral).

Partimos, então, para a análise da fundamentação dos argumentos que ensejaram a aprovação da súmula vinculante.

A literalidade do dispositivo constitucional em análise estabelece que a inelegibilidade atinge o cônjuge. Essa norma caracteriza uma regra (condicional), uma vez que, como mandamento definitivo, ordena algo sob determinadas condições. Se possui validade, deve-se fazer exatamente o que ela exige; ou se a cumpre, ou não se a cumpre. Dissolvida a sociedade conjugal, no curso do mandato de titular de cargo eletivo, não mais se configura a hipótese constitucional de inelegibilidade, vez que, o estado de cônjuge não mais existe no momento da candidatura. Portanto, afirmar apenas com base no teor literal da lei que a súmula está obedecendo à norma não permite compor adequadamente a cadeia de premissas que a racionalidade interna da decisão de aprovação do verbete vinculante deve obedecer.

Um dos aspectos mais importantes da exigência de dedutibilidade observadas por Robert Alexy aponta diretamente para o entendimento de que as premissas não extraídas do direito positivo não podem ser encobertas, pois devem

ser alvo da justificação externa<sup>275</sup>, cujo papel é fundamentar as premissas que não advêm de leis.

Pela justificação anteriormente apresentada, observa-se que premissas adicionais foram necessárias para decidir sobre a abrangência da inelegibilidade, mediante a inserção de formas e regras que não são de direito positivo: a) a primeira é relativa aos *cânones de interpretação* (forma de interpretação genético-teleológica) ([J.4.2] e [J.5]); b) a segunda é atinente a uma *regra de uso dos precedentes* (J.13); c) a terceira se remete à observação empírica (do mundo do ser) (6.1). Somando-se tais premissas ao *silogismo jurídico* (justificação interna), compõe-se a estrutura formal da fundamentação jurídica.

Entretanto, a *correção* dessas premissas precisa ser justificada. Para isso, a partir dos *cânones da interpretação*, realiza-se a passagem da *norma universal* (lei constitucional) para a *norma concreta* (dispositivo vinculante). Mediante a interpretação genético-teleológica da norma, da qual se extrai o seu “espírito” (e a sua lógica), o STF defende ter chegado aos fins por ela prescritos, aduzindo que a mesma também se estende aos casos nos quais, no curso de mandato, ocorre a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal.

A propósito, essa premissa, que permite a passagem da norma universal para a norma concreta, além de constituir um *argumento interpretativo* (genético-teleológico), também se interconectou com um *argumento empírico* (do mundo do ser), autorizando a transição a um discurso teórico (6.1). Isso ocorreu quando foi apresentado, como razão para a fixação da premissa, aquilo que a *experiência* de vários casos indica: vícios de vontade no desfazimento de sociedades conjugais em decorrência de razões político-eleitorais são frequentes. Por fim, atrelada à justificativa da experiência de casos reais, foi feita expressa remissão aos precedentes do TSE (J.13).

No contexto de discussão da Súmula Vinculante N° 18, é preciso frisar que um importante contra-argumento contra a sua aprovação foi apresentado. Indicou-se que o teor literal da norma não condiz com o proposto pelo enunciado vinculante, pois o mesmo prevê apenas a inelegibilidade do cônjuge e não a do cidadão que, no decorrer de um mandato, dissolveu a sociedade ou o vínculo conjugal. Esse contra-argumento adquire força em razão da aplicação da regra (J.7),

---

<sup>275</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 226.

que admite seja concedida primazia aos argumentos que expressam vinculação ao teor literal da norma. Para superá-lo, foi necessário apresentar outros motivos racionais que dessem prioridade a outros argumentos, o que, aparentemente, foi feito pela utilização de regras de ponderação (J.8), valendo-se do peso da experiência sociológica e dos precedentes judiciais.

A justificação externa de fundamentação da Súmula Vinculante N° 18 pressupõe, portanto, a aplicação de diversas formas e regras (interpretação genético-teleológica da lei, uso de regras de ponderação, uso da argumentação empírica, uso de precedentes de outro Tribunal superior) e suas interconexões, e, ainda, as regras de transição, para a análise da linguagem e para o discurso teórico (empírico), estando patente a racionalidade jurídica e prática geral.

### 3.4 Conclusões

Essa investigação não tem o escopo de apontar falhas de fundamentação que ensejem o questionamento dos enunciados vinculantes ora vigentes, mas verificar como tem se dado a utilização da argumentação jurídica, como caso especial do discurso prático geral, para a construção de uma justificação racional desses enunciados, capaz de respeitar o princípio da universalidade e da justiça formal. Isso contribui para demonstrar a plausibilidade de determinados aspectos da teoria de Robert Alexy e a possibilidade de que a mesma seja mais amplamente explorada nas decisões judiciais, na busca pela maior certeza de sua *correção*.

Nesse capítulo, portanto, foi possível observar que o STF constantemente recorre à utilização da argumentação jurídica e de regras da argumentação prática geral (razão, fundamentação e transição entre discursos diferentes), embora nem sempre faça remissão expressa ou consciente desse emprego. Há a utilização de argumentos que vão além das leis que compõem o ordenamento jurídico também é constante, havendo remissão ao empirismo, à sociologia, à filosofia, aos princípios gerais universais, entre outros.

A racionalidade dos pronunciamentos vinculativos, portanto, extrapola os limites da lei e demanda a utilização de premissas extralegais, exigindo, para a sua fundamentação, a aplicação de critérios atendam à pretensão de correção desses enunciados.

#### 4 UMA PROPOSTA PARA A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES DE APROVAÇÃO DE ENUNCIADOS VINCULATIVOS À LUZ DA TEORIA DO DISCURSO JURÍDICO

A argumentação jurídica (como caso especial e dependente do discurso prático geral) é utilizada para buscar razões que embasem a resolução racional de questões variadas que envolvem imprecisão da linguagem, conflitos normativos (entre princípios, entre regras e entre ambos), observações empíricas, demandas interpretativas, argumentação dogmática, entre a aplicação de outros argumentos jurídicos especiais.

Esse estudo constata que a simples obediência às formalidades estabelecidas em lei não é suficiente para justificar a racionalidade das decisões judiciais; e a necessidade frequente de recorrer à utilização de postulados do discurso prático geral nem sempre fica evidente (embora geralmente ocorra).

Especialmente nas decisões que envolvem a adoção de súmulas vinculantes pelo STF, a simples observância aos requisitos constitucionais não é suficiente para atestar a racionalidade dos verbetes. É de bom tom destacar que inclusive alguns desses requisitos demandam a utilização combinada de argumentos jurídicos e argumentos práticos de tipo geral, por exemplo: a) ao requerer que se trate de *matéria constitucional* (fundamento em norma universal [J.2.1] e [1.3']); b) ao exigir a apresentação de *decisões reiteradas* uniformes (jurisprudência [J.13]); c) ao demandar que a questão seja *atual* e possa ensejar *grave insegurança jurídica* e *relevante multiplicação de processos* (obtido mediante observações empíricas – [6.1]).

Esse exercício argumentativo, além de fundamentar a racionalidade da lei, presta-se também a permitir que a decisão seja impugnada com base nas premissas utilizadas. Isso também contribui para a evolução do tratamento jurídico dessas questões, pois aquele que se resignar contra a adoção de determinada súmula vinculante deverá arcar com a *carga da argumentação*, um ônus que exige que o falante, dentro de uma determinada discussão, utilize-se igualmente de contra-argumentos racionais para justificar sua manifestação.

A ausência de expressa previsão normativa sobre as questões versadas pelas súmulas analisadas no capítulo anterior exigiu a busca de premissas normativas (regras e princípios) que pudessem ser apresentadas como fundamento



de estruturação interna da decisão. A apresentação de normas constitucionais para embasar essas súmulas (que não decorreram literalmente da legislação) cumpre a exigência de observância da *justificação interna* ou de dedutibilidade (silogismo) prevista nas formas (J.1.1) e (J.1.2) e na regras (J.2.1) e (J.2.2).

Além da avaliação da coerência interna das premissas, a argumentação racional exige que as mesmas passem por um procedimento de *justificação externa*, mediante a aplicação de formas e regras de interpretação da lei, argumentação dogmática, uso dos precedentes, argumentação empírica e aplicação de formas especiais de argumentos jurídicos (analogia, *argumentum a contrario* etc).

A presente proposta, portanto, busca seguir uma série de etapas de desenvolvimento do processo de justificação (interna e externa), que permitam aferir a racionalidade das premissas adotadas e o grau de correção da decisão judicial (enunciado normativo) de adoção, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante. É preciso admitir que, quanto maior for o número de passos efetuados, maior será a complexidade e a demora deles decorrentes. Em contrapartida, quanto mais passos forem efetuados, menos discutíveis serão as expressões normativas resultantes do processo de justificação (J.2.4). Esse efeito clarificador resultante da realização dessas etapas permite, segundo Alexy, exigir o cumprimento de tal regra (J.2.5).<sup>276</sup>

#### 4.1 Processo de desenvolvimento da justificação

O primeiro passo implica em apresentar, segundo as formas (J.1.1) e (J.1.2) e as regras (J.2.1) e (J.2.2) de justificação interna, uma norma tida como universal da qual logicamente decorra um enunciado normativo (decisão jurídica da súmula vinculante). Nesse ponto, as normas (regras e princípios) constitucionais sempre deverão cumprir o papel de norma universal (que respeita a justiça formal – isonomia)<sup>277</sup>, o que também cumpre o requisito de que a matéria de enunciados vinculantes seja de natureza constitucional.

<sup>276</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-226.

<sup>277</sup> Aqui cabe uma reflexão sobre a adequação de normas imperativas de direito internacional tidas como *jus cogens*, que, eventualmente, poderão assumir esse caráter de norma universal que se sobreponha à constituição. Confira NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens** – ainda esse desconhecido. Revista Direito GV, São Paulo, v.1, n.2, p. 161-178, 2005. Disponível em:

O segundo passo implica em identificar um possível conflito entre normas. Esse conflito pode se dar entre: a) regra e regra (uma permanece enquanto a outra é afastada em decorrência de invalidade ou exceção); b) princípio e princípio (nenhum dos princípios será considerado inválido, nem haverá necessidade de se estabelecer uma regra de exceção para aplicação de um deles, devendo-se realizar uma ponderação, a partir da qual, em determinadas condições, um terá precedência sobre o outro); e c) regra e princípio (uma regra afasta a aplicação do princípio, pois este representa uma abstração e aquela representa um mandamento concreto; isso, contudo, pode ser superado se à regra for conferido um caráter *prima-facie* mediante a inserção de uma cláusula de exceção<sup>278</sup> na decisão de um caso, o que pode ocorrer pela atribuição de maior peso ao princípio contrário ao que sustenta a regra).

A aplicação de normas (princípios e regras), no mais das vezes, contudo, demanda que haja interpretação por parte do aplicador do direito. Conforme já discutido, não mais se cogita a ideia de que a aplicação de uma norma se dá por simples subsunção literal do fato. Por tal razão, não raras vezes, determinadas normas devem ser interpretadas sob a luz de determinados cânones (semântico [J.3], genético [J.4], teleológico [J.5], histórico, comparado e sistemático), cujos pesos são aferidos conforme regras de ponderação (J.7) e (J.8). Esse deve constituir o terceiro passo do desenvolvimento do processo de justificação racional, sendo imprescindível que todos os argumentos possíveis atinentes aos cânones de interpretação sejam considerados (J.9).

O quarto passo diz respeito à investigação de enunciados dogmáticos que se apliquem ao processo de justificação de uma decisão judicial (enunciado normativo singular), pois, caso existam, devem, obrigatoriamente, compor o conjunto de argumentos (e premissas) da proposição (J.12). A exploração de enunciados dogmáticos tem sua importância, mas também exige a comprovação sistemática de sua coerência (lógica em relação a outros enunciados dogmáticos e às normas

---

<[http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_02\\_p161\\_178.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p161_178.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

<sup>278</sup> Como exemplo de cláusula de exceção, Alexy apresenta o seguinte exemplo: “[...] Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de *dever-ser* contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92).

jurídicas) (J.11). Se colocado em dúvida, este enunciado deverá ser fundamentado por um argumento prático geral (e. g., discussão da linguagem) (J.10).

Configurando mais uma das exigências para a aprovação de enunciados vinculantes, a apresentação de precedentes também constitui um dos passos do processo de desenvolvimento da justificação racional aqui proposto, nesse caso, o quinto. A teoria da argumentação jurídica considera não apenas plausível, mas necessário que sejam apresentados precedentes, caso os mesmos existam (J.14). A utilização de precedentes vem a satisfazer a estabilização das relações sociais tão almejada pelo direito, pois privilegia a manutenção de um certo entendimento na justificação de uma norma jurídica. Assim, para que determinado precedente possa ser afastado, aquele que o ataca assume a carga da argumentação (J.13). Além dos de constituir um requisito para a adoção de súmulas vinculantes, esse passo tem especial relevância para os casos de revisão e cancelamento dos verbetes, pois, aqueles que quiserem afastar o entendimento sumulado, arcarão com o ônus de argumentar contrariamente ao mesmo.

Além das até aqui expostas, outras formas de argumentos jurídicos podem ser utilizadas no processo de justificação racional de um enunciado normativo, constituindo o sexto passo. O uso da analogia (J.16), do *argumentum a contrario* (J.15) e do *argumentum ad absurdum* (J.17) constituem formas de inferência logicamente válidas dentro da argumentação jurídica. Tais formas especiais são compostas, ainda, por outras espécies de argumentos igualmente aplicáveis ao discurso jurídico, razão pela qual, o seu desenvolvimento não se encontra limitado pelos passos aqui apresentados.

Por fim, o sétimo passo aponta que, por vezes, há a necessidade de utilização de argumentos práticos de tipo geral no discurso jurídico. Em muitos casos a decisão jurídica não pode ser deduzida das leis, dos costumes (empirismo) ou dos precedentes, justificando-se isso em, pelo menos, quatro razões fundamentais: 1) a inexatidão da linguagem do Direito; 2) os eventuais choques entre as normas; 3) a ausência de normas válidas para certos casos que exigem regulação jurídica; e 4) casos especiais que possibilitem decidir em prejuízo à norma em sua literalidade. Nesses casos, quando as regras e formas da argumentação jurídica não apresentam fundamentação racional satisfatória, será necessário recorrer a argumentos práticos de tipo geral (entre eles o respeito à universalidade e a

observância da justiça formal) aptos a conferir a devida racionalidade ao enunciado normativo.

## **4.2 Conclusões**

É preciso reiterar que esses passos constituem uma proposta particularmente apresentada por este trabalho para a aferição da correção das premissas utilizadas para a fundamentação da adoção, da revisão e do cancelamento de súmulas vinculantes. Isso não significa que essa proposta é a única adequada ou a melhor, pois chegar a tal conclusão demandaria um esforço além das possibilidades dessa investigação.

Nesse trabalho, esses passos representam a sintetização racional das regras e formas do discurso jurídico propostas por Robert Alexy para fundamentar enunciados normativos. Por isso, também, demandam a aplicação simultânea das regras do discurso prático de tipo geral como modo de complementar as limitações do discurso jurídico, enquanto caso especial daquele.

A aplicação desse conjunto de preceitos racionais contribui para a busca de maior certeza da racionalidade que marca a fundamentação das decisões judiciais de adoção, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes, exigência de um Estado Democrático de Direito, para o qual a motivação das decisões é uma ferramenta de defesa contra o arbítrio, o subjetivismo e a irracionalidade que não podem estar presentes na prestação jurisdicional legítima e justa.

## CONCLUSÃO

Conforme observamos, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, denominada Reforma do Poder Judiciário, o paradigma de exigência de fundamentação das decisões judiciais foi reforçado pela redação do inciso IX do Ar. 93 do texto constitucional, segundo o qual, sob pena de nulidade, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas.

Essa exigência de fundamentação presente na legislação que compõe o ordenamento jurídico brasileiro é parte essencial do direito de questionar as decisões judiciais, o que restaria deveras prejudicado, caso não fosse exigida a apresentação das razões que motivaram determinado entendimento. Não faria sentido preservar o cumprimento de princípios como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, sem exigir de um magistrado a demonstração de como foram obtidas as conclusões que o motivaram a indicar e a determinar qual o provimento aplicável ao caso concreto.

O dever de fundamentação das decisões judiciais alcança, portanto, todo o judiciário brasileiro, não podendo se basear no arbítrio, no subjetivismo do intérprete ou no psicologismo dos aplicadores, a ensejar um provimento judicial irracional e extremamente questionável, incapaz de garantir a realização da justiça formal, a promoção da segurança jurídica e a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais, essenciais dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ainda com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Art. 103-A do texto constitucional passou a prever a possibilidade de edição, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma espécie singular de súmula, a Súmula Vinculante, regulamentada pela Lei nº 11.417 de 2006. Esse novo instituto do ordenamento jurídico brasileiro foi introduzido com a justificativa de promoção da segurança jurídica, mediante a uniformização da jurisprudência, e desobstrução do judiciário, de modo a impedir a multiplicação desenfreada de processos sobre questão idêntica e a garantir a promoção da celeridade da prestação jurisdicional.

Em razão do seu caráter obrigatório frente às decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e à atuação da Administração Pública direta e indireta, a súmula vinculante assume uma feição claramente normativa, prescrevendo a efetiva observância de seu inteiro teor. Ocorre que, diferentemente das súmulas persuasivas ou ordinárias, cuja aprovação se dá mediante procedimento

administrativo, a adoção de uma súmula vinculante deve ser compreendida como um processo objetivo típico, que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante).

Isso nos permite concluir que, como produtos de decisões judiciais, a adoção de súmulas vinculantes também exige efetiva fundamentação, sob pena de nulidade. Isso indica que aos Ministros do STF não se furta o dever de fundamentar a aprovação, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes, mediante o cumprimento de todos os requisitos constitucionais e legais.

A validade dessa fundamentação, contudo, presume a adoção de um sistema ou mecanismo capaz de indicar, com maior grau de certeza, que a motivação não é resultado do acaso ou de arbitrariedade do Tribunal, mas fruto de argumentos racionais.

No atual estágio de desenvolvimento das teorias acerca do discurso jurídico, sua validade, fundamentação e aceitação, por meio da sua teoria da argumentação, combinada com a sua teoria dos direitos fundamentais, o jusfilósofo Robert Alexy apresenta um código da razão prática associada à teoria do direito, por meio da qual uma série de regras e formas de argumentação do discurso prático geral e do discurso jurídico, enquanto caso especial daquele, são utilizadas para justificar e criticar o sistema jurídico em seu conjunto.

Segundo o jusfilósofo, a argumentação jurídica mantém-se atrelada à argumentação prática geral (como um caso especial desta), numa relação de dependência, uma vez que os argumentos práticos de tipo geral continuam sendo aplicáveis ao discurso jurídico, mas também argumentos especiais (típicos da fundamentação jurídica) são introduzidos de forma complementar, visando elevar consideravelmente a certeza dos seus resultados com base em um discurso jurídico institucionalizado como Ciência do Direito.

A concepção exposta por Alexy, portanto, explica a teoria da argumentação jurídica por meio da descrição de uma cadeia de regras a serem observadas e formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula, de modo que o resultado alcançado em uma discussão que obedeça a esses postulados possa ser designado como *correto*.

Tal conjunto, contudo, não deve ser entendido como rígido e imutável, mas como, pois o papel da Teoria do Discurso é propor regras com tão reduzido teor

normativo que pessoas com entendimentos normativos distintos possam concordar, mas tão robustas que discuti-las seja apreciado como racional, razão pela qual o discurso também deve se desenvolver em um âmbito de relativa liberdade e igualdade, segundo regras que contem com o assentimento daqueles afetados, mediante o seu exame racional.

Mediante a utilização das concepções de Alexy aplicadas na análise das discussões de aprovação das súmulas vinculantes, observou-se que o STF constantemente recorre à utilização da argumentação jurídica e de regras da argumentação prática geral (razão, fundamentação e transição entre discursos diferentes), embora nem sempre faça remissão expressa ou consciente desse emprego. Em diversos casos, a motivação dos pronunciamentos vinculativos extrapola os limites da lei e demanda a utilização de premissas extralegais, exigindo, para a sua fundamentação, a aplicação de critérios racionais atendam à pretensão de correção desses enunciados.

Diante disso, concluí-se pela plausibilidade da elaboração de uma proposta que, mediante um processo argumentativo racional baseado na teoria do discurso jurídico de Alexy, permita aferir a racionalidade das premissas adotadas na fundamentação e o grau de correção da decisão judicial de aprovação de uma súmula vinculante.

Tal proposta, apresentada nesse trabalho, é o resultado da compreensão da teoria da argumentação de Robert Alexy voltada para a fundamentação racional de enunciados normativos; da apreensão das peculiaridades que marcam a introdução das súmulas vinculantes no direito brasileiro e do papel atribuído e desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, que detém a prerrogativa de sua edição; bem como da perene busca pela prolação de decisões judiciais cuja motivação possa ser tida como racional segundo critérios aceitos como racionais.

Por tal razão, dadas as limitações desse trabalho, essa proposta não deve ser superestimada, mas também não deve ser subestimada, pois tem como escopo contribuir, ainda que de modo pontual, para uma crítica mais coerente e eficaz das repercussões das decisões que adotam as súmulas vinculantes, com base no estudo racional de seus fundamentos.

## REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Robert. **La naturaleza de la filosofía del derecho**. *Doxa*: Barcelona, n.26, 2003. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79126620007683940700080/015782.pdf?incr=1>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Robert. **La tesis del caso especial**. 13 p. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fisegoria.revistas.csic.es%2Findex.php%2Fisegoria%2Farticle%2Fdownload%2F75%2F75&ei=JUjqULf9No2u8ASliYCCQ&usg=AFQjCNEPtX63otfidGm1rU5TPPqee6NG7A&bvm=bv.1355534169,d.eWU>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Robert. **Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica**. 1988. p. 149. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Marco Antônio Sousa. **A Argumentação Filosófica: Chaïm Perelman e o Auditório Universal**. 2005. 215 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos\\_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumantacao\\_filosofica.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/argumantacao_filosofica.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/VictorNunes.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2012.

BLANCO, Carolina Souza Torres. **A Constituição como um Sistema Aberto de Princípios e Regras**. *ORBIS*: Campina Grande, v. 3, n. 1, p. 17-45, 2012. p. 34. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/137/70>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei N° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.



\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei N° 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional n° 71, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.** Lei N° 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 71.195.** Relator: Ministro Francisco Rezek. Data de Julgamento: 24 de outubro de 1994, Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 89.429.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 21 de agosto de 2006, Primeira Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 91.952.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 7 de agosto de 2008, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência:** Súmulas Vinculantes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF aprova as três primeiras súmulas vinculantes.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70120&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante 36 Distrito Federal.** In Súmula Vinculante 18. p. 21. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606287>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 56.465**. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. Data de Julgamento: 6 de outubro de 1978, Segunda Turma. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=96906>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 11**. *In* Jurisprudência. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. *In* Jurisprudência. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 18**. *In* Jurisprudência. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=18.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 4 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

DALL'AGNOL, Darlei. **Naturalismo ético e o argumento da questão-aberta**. *In*: FELTES, H. & ZILLES, U. (orgs.) **Filosofia: Diálogo de Horizontes**. Porto Alegre/Caxias do Sul: Edipuc/Educs, 2001. p. 70). Disponível em:  
<[http://books.google.com.br/books?id=9zGCWRzJU8C&pg=PA70&lpg=PA70&dq=argumento+da+quest%C3%A3o+aberta&source=bl&ots=\\_3tCV66rHg&sig=3G4ictMOZQi0engG8Puu8gTiADI&hl=pt-BR&sa=X&ei=8bftUM35KoSu9ATFuoDYCw&ved=0CDcQ6AEwAQ#v=onepage&q=argumento%20da%20quest%C3%A3o%20aberta&f=false](http://books.google.com.br/books?id=9zGCWRzJU8C&pg=PA70&lpg=PA70&dq=argumento+da+quest%C3%A3o+aberta&source=bl&ots=_3tCV66rHg&sig=3G4ictMOZQi0engG8Puu8gTiADI&hl=pt-BR&sa=X&ei=8bftUM35KoSu9ATFuoDYCw&ved=0CDcQ6AEwAQ#v=onepage&q=argumento%20da%20quest%C3%A3o%20aberta&f=false)>. Acesso em: 23 nov. 2012.

FERREIRA, Janaína Fortes. **Súmula Vinculante e Estado de Exceção**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

FERREIRA, Jane Mendes; RAMOS, Simone Cristina; SCHERNER, Maria Luiza Trevizan. **Raciocínio Analítico: construindo e aprendendo a argumentação**. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Rogerio Silva. **A uniformização da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro**. 2012. 56 p. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil). Faculdade Integrada AVM, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2012. p. 44. Disponível em:  
<[http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K218571.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K218571.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

FREITAS, Graça Maria Borges de. ***Súmula vinculante e racionalidade jurídica do sistema de precedentes vinculantes no Brasil: uma proposta argumentativa para a edição de súmulas vinculantes no Brasil***. 2010. 33f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Argumentação Jurídica) – Universidade de Alicante, Madrid, 2010. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/36248/S%C3%BAmula\\_Vinculante\\_Racionalidade.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/36248/S%C3%BAmula_Vinculante_Racionalidade.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 12/12/2012.

JORGE JUNIOR, Nelson. **O Princípio da Motivação das Decisões Judiciais**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, v. 1, 2008. p. 3. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/search/authors/view?firstName=Nelson&middleName=&lastName=Jorge%20Junior&affiliation=PUC-SP&country=BR>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**, in RDA 145/1-20. p. 17. Disponível em: [http://www.ivnl.com.br/download/passado\\_e\\_futuro\\_da\\_sumula\\_do\\_stf.pdf](http://www.ivnl.com.br/download/passado_e_futuro_da_sumula_do_stf.pdf)>. Acesso em: 8 jan. 2012.

LUNARDI, Giovani Mendonça. **A universalização dos juízos morais na ética de Hare**. 2003. 119 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Centro de Humanidades, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/86253/195286.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A Súmula Vinculante, Vista como Meio Legítimo para Diminuir a Sobrecarga de Trabalho dos Tribunais Brasileiros**. Revista Jurídica Notadez. Porto Alegre, v. 57, n. 379, p. 29-52, maio 2009. Disponível em: [http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/00\\_sumula\\_vinculante\\_meio\\_legitimo.php](http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-CPC/00_sumula_vinculante_meio_legitimo.php)>. Acesso em: 12/10/2012.

MELO FILHO, Álvaro. **Súmulas vinculantes: os dois lados da questão**. Themis, Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 27-35, 1998. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25632/sumulas\\_vinculantes\\_dois\\_lados.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25632/sumulas_vinculantes_dois_lados.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens** – ainda esse desconhecido. Revista Direito GV, São Paulo, v.1, n.2, p. 161-178, 2005. Disponível em:

<[http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_02\\_p161\\_178.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p161_178.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

NEVES, Fernando Crespo Queiroz, WAMBIER, Te reza Celina A. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. RT, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia na Constituição**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008. p. 2655. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose\\_de\\_albuquerque\\_rocha.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/jose_de_albuquerque_rocha.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, n.1, p. 607-631, jan./jun. 2003. p. 612. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado: Salvador, n. 11, 2007. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As tendências brasileiras rumo a jurisprudência vinculante**. p. 10. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18390-18391-1-PB.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário**. Revista de informação legislativa, v.32, nº 128, p. 185-189, out./dez. de 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176419/1/000506882.pdf>>. Acesso em: 19/12/2012.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Súmulas Vinculantes**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 4, n. 3 (2). p. 9. Disponível em:  
<[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/search/authors/view?firstName=Juv%C3%A4ncio&middleName=Vasconcelos&lastName=Vi ana&affiliation=Universidade%20Federal%20do%20Cear%C3%A1-UFC%2C%20Fortaleza%2FCE&country=BR](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/search/authors/view?firstName=Juv%C3%A4ncio&middleName=Vasconcelos&lastName=Vi ana&affiliation=Universidade%20Federal%20do%20Cear%C3%A1-UFC%2C%20Fortaleza%2FCE&country=BR)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

WALTON, Douglas. **Lógica Informa**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WESTON, Anthony. **A construção do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ZANETI JÚNIO, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.