

A FORMATAÇÃO DOS PRECEDENTES E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UM PRESSUPOSTO IMPLÍCITO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS COMANDOS JUDICIAIS PERANTE A ESFERA PÚBLICA

THE FORMATTING OF PRECEDENTS AND THE THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION: AN IMPLICIT ASSUMPTION OF THE DUTY OF REASONING FOR THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF JUDICIAL COMMANDS BEFORE THE PUBLIC SPHERE

Recebido: 20/03/2024

Aceito: 06/06/2024

Bruno Montenegro Ribeiro Dantas

Mestrando em Direito e Poder Judiciário pela ENFAM

Pós-Graduado em Direito Processual pela PUC

Bacharel em Direito pela UFRN

Vice-Presidente Cultural da AMARN

Juiz de Direito

RESUMO: O presente artigo avalia o modelo de construção das decisões colegiadas no Brasil e a necessidade de justificação democrática dos pronunciamentos judiciais. Analisa-se o embaralhamento do lócus argumentativo diante de um sistema no qual os resultados dos julgamentos não espelham, necessariamente, as motivações que pautaram a edificação do comando jurisdicional. O estudo visa assinalar o quadro atual dos debates sobre a teoria da argumentação e o dever de fundamentação como fator de legitimidade, sob a perspectiva da democracia deliberativa. Ventila-se a imperiosidade da justificação perante a esfera pública como forma de emprestar à jurisdição o timbre da racionalidade, através da proposta de

alocação de um elemento implícito, como corolário do dever constitucional de fundamentação e que com ele não se confunde: o ônus argumentativo.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos precedentes. Argumentação. Legitimidade das decisões judiciais. Democracia.

ABSTRACT: *This article evaluates the model of constructing collegiate decisions in Brazil and the necessity for a democratic justification of judicial pronouncements. It analyzes the blurring of the argumentative locus in a system where the outcomes of trials do not necessarily reflect the motivations that guided the construction of the judicial command. The study aims to highlight the current framework of debates on the theory of argumentation and the duty of reasoning as a factor of legitimacy, from the perspective of deliberative democracy. It discusses the imperative of justification before the public sphere as a way to lend to jurisdiction the mark of rationality, through the proposal of allocating an implicit element, as a corollary of the constitutional duty of reasoning, which is distinct from it: the argumentative burden*

KEYWORDS: *Theory of precedents. Argumentation. Legitimacy of judicial decisions. Democracy*

INTRODUÇÃO

Não é de hoje, que se fala acerca de uma pretensa cultura de precedentes que vem sendo, paulatinamente, fomentada no judiciário brasileiro, e é entrincheirada, sobretudo, nas decisões de lavra dos tribunais superiores. O tema ainda causa reflexões, sendo evidente que há muitas perguntas difíceis e algumas respostas reclamam o despertar de uma análise mais refinada e sofisticada.

Sabe-se que o estabelecimento da referida cultura de precedentes, pelo menos pelos moldes oficiais, é relativamente recente. Remonta à reforma do Judiciário do ano de 2004, vindo a receber um importante incremento pelo legislador, no Código de Processo Civil de 2015.

De fato, o que vem sendo rotulado, como teoria dos precedentes, vai aproximar a *civil law* e a *comom law* no modelo de decisionismo brasileiro. Não se pode negar o crescente diálogo e a interlocução entre essas tradições jurídicas, de modo que o sistema de precedentes, característico do *common law*, pode - e deve - ser de grande valia para o que se pretende no *civil law*.

Porém, à primeira vista, realmente parece ter sido imposto um dever que não vem sendo cumprido, pelo menos não satisfatoriamente, pelos tribunais em geral e pelos magistrados brasileiros.

Não se pretende trazer aqui eventual embate entre a independência do julgador, a ideia de julgamento conforme a própria consciência e a obrigatoriedade de observância dos precedentes. No dizer expressivo de Ferraz (2020)¹, “não há, propriamente, uma contrariedade dos operadores à aplicação dos chamados precedentes qualificados. Ao contrário, magistrados os aplicam, e muito.”

O que se descortina, a rigor, é a insinuação de novas inquietações, notadamente quanto à maneira pela qual eles mesmos, os precedentes, estão sendo materializados no Brasil.

De fato, o desenho institucional do judiciário precisa revelar um modelo capaz de justificar a atuação institucional perante a esfera pública, através de uma sistemática de racionalidade jurisdicional. E não se planeja, ainda, levar a efeito uma abordagem da questão em um nível de abstração da teoria do direito ou da

1 FERRAZ, Taís Schilling. Reações do nosso sistema imunológico ao modelo de precedentes. Revista Consultor Jurídico, 14 de novembro de 2020, 12h06. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-14/ferraz-reacoes-sistema-imunologico-modelo-precedentes/>.

filosofia jurídica, embora esse viés possa ser avocado como arcabouço teórico.

Nesses breves escritos, busca-se direcionar as atenções para a identificação, no cotidiano jurídico brasileiro, de um cenário aparentemente comum, e dos problemas ontológicos daí resultantes: os tribunais findam decidindo por unanimidade – ou por maioria de votos – em uma realidade na qual os juízes proferem suas posições individualmente, sem que se organize ou condense os argumentos aventados, ou um texto unificado e coerente.

E basta ter olhos de ver: em variadas ocasiões, decisões da Suprema Corte anunciam resultados por unanimidade de seus integrantes, mas, não raras vezes, apresentam linhas argumentativas completamente dissonantes.

Não há muitas vezes, pois, um arremate argumentativo, o que desvela um processo decisório com ênfase no resultado, na fixação de teses e na ementa, de sorte que os contornos argumentativos, tão relevantes para a compreensão dos mais diversos atores do sistema de justiça e da própria esfera pública, remanesçam submersos, categorizados em segundo plano. É dizer: a esfera pública, e sobretudo ela, remanesce carente de entendimento.

Pretender-se-á, em suma, apreciar, nesse horizonte de futuros possíveis, a viabilidade de propor, dentro do quadrante normativo que remarca a atuação institucional do Poder Judiciário, soluções que possam arrefecer o *déficit* argumentativo e fomentar a definição dos limites, do alcance e dos motivos que remarcam a formatação dos precedentes, a ponto de reforçar a possibilidade de controle e a legitimidade da atuação jurisdicional, sob a perspectiva da vinculação entre a democracia deliberativa e a jurisdição (GÓES, 2013)².

É preciso, então, investigar o caminho percorrido até a formação de precedentes judiciais, os quais devem ser materializados por intermédio de um debate complexo – e, porque não dizer, anterior - acerca dos efeitos e das repercussões inerentes aos processos de tomada de decisões. Não há espaço, segundo esse modo de pensar, para golpes hermenêuticos tão rudimentares quanto indecorosos, os quais terminam por distanciar a razão de ser da jurisdição dos representantes espontâneos dos mais diversos segmentos da esfera pública e do desejável consenso interinstitucional. E, ao mesmo tempo,, essa conjuntura desidrata a aplicação

2 GÓES, Ricardo Tinoco de. Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

dos precedentes judiciais, afastando-os de sua missão por excelência: a concepção pragmática da sua função nomofilática.

A legitimação da atuação jurisdicional se pauta na atividade de fiscalização do que vem sendo decidido, através da vinculação hermenêutica entre o dever de fundamentação que recai sobre o judiciário e o ônus argumentativo, próprio do julgador, este último como elemento implícito a ser extraído da própria dicção do art. 93, IX da Constituição da República.

Partindo do pressuposto de que a experiência de aplicação da teoria dos precedentes ainda equivale a um laboratório inacabado, e da percepção de que o tratamento da questão – especialmente pela doutrina – ainda carece de detalhes, delinear-se-á, doravante, os principais aspectos jurídicos alusivos à atividade argumentativa no âmbito dos órgãos colegiados, sem receio de se desconstruir a malha conceitual e analítica já existente e capturar algumas das implicações inerentes ao fenômeno da legitimidade pública da atuação jurisdicional, com ênfase em suas projeções constitucionais e na justificação de seus preceitos elementares e estruturantes.

1. O MODELO BRASILEIRO E SUAS POSSIBILIDADES

Reconhecida a tendência de observância dos precedentes pelo juiz brasileiro, uma zona de indeterminação parece simbolizar novos questionamentos, preocupações e críticas.

Aparece, com frequência, a constatação de que a maneira de formatação dos acórdãos escritos nos tribunais brasileiros não observa a racionalidade argumentativa que se espera de uma pretensa teoria dos precedentes, supostamente materializada para homenagear a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade no exercício da função judicante.

Decisões de tribunais, corporificadas em acórdãos, limitam-se a registrar os debates travados, sem qualquer preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de um pronunciamento oficial do tribunal, na qualidade de órgão colegiado. Em outras palavras: volta-se os olhos, unicamente, para o resultado do julgamento, o que esvazia, em certa medida, a ancoragem na qual se situa a teoria dos precedentes.

Deveras, a decisão revela-se como mera agregação das posições dos magistrados que compõem as cortes, não havendo a definição dos contornos para a identificação destacada das razões de decidir.

Para avocar as contundentes palavras de José Rodrigo Rodriguez, “não há, no Brasil, um sistema de precedentes organizado”. (2013, p. 107).³

Assinala esse mesmo autor que as referências a casos assemelhados não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido, visto que essas menções são manejadas apenas como forma de acúmulo para ratificar a autoridade daquele que está proferindo a decisão.⁴

E essa crítica não é isolada. A esse respeito, idêntica lição foi levada a termo por Taís Schilling Ferraz, a qual vaticinou que “decisões judiciais colegiadas são construídas a partir de diferentes leituras sobre os fatos da causa e sobre as questões jurídicas a eles relacionadas”.⁵ E não outra a razão da existência da decisão colegiada: ela deve ter o condão, pelo menos no plano teórico, de aperfeiçoar, sob as mais diversificadas visões, os pronunciamentos lavrados por juízes em decisões singulares.

Porém, explica a autora (FERRAZ, 2018)⁶:

quando no transcorrer de um julgamento ocorre excessiva desagregação na estrutura dos fundamentos determinantes para a solução a ser dada ao caso, já se pode antever que os futuros intérpretes daquela decisão terão dificuldades para adotá-la como precedente no exame de casos subsequentes marcados por semelhantes questões de fato ou de direito. Em um sistema que pretende o respeito aos precedentes judiciais, a atenção à fundamentação das decisões assume contornos essenciais. Mais que um requisito de validade nos julgamentos do Poder Judiciário, é condição para a própria obtenção de coerência sistêmica na aplicação do direito.

3 RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 107.

4 *Ibidem*

5 FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da majority Opinion em um sistema de precedentes. Revista de Processo, São Paulo, v. 282, 2018, p. 435 – 451.

6 *Ibidem*.

Na realidade, é comum dizer que, no cotidiano forense, desembargadores e ministros comparecem às sessões de julgamento com seus votos previamente preparados. Como regra, não há espaço para o refinamento da discussão que venha a permitir o amadurecimento da solução e o convencimento dos pares, para que o pronunciamento seja coerente e integrado, representando, de fato, a posição institucional da corte.

Oliveira e Koehler (2022, p. 82)⁷ relembram não ser incomum a constatação de que as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro, mesmo após a publicação dos votos pelos ministros do STF, continuam discutindo as mesmíssimas questões controvertidas que justificaram a afetação do tema, eis que, a despeito da robusta argumentação, não há um traçado comum que possa dialogar com as manifestações vencedoras.

Não se esquadrinham *standards* ou padrões de regulação para aquilatar o alcance interpretativo do comando judicial imperativo, o que encerra a ideia de que o equívoco maior quando da aplicação de precedentes, no Brasil, talvez seja mesmo a prática corriqueira através da qual se toma ementa por precedente e se faz incidir o modal deôntico por intermédio de um silogismo. O manejo dos precedentes deve pressupor, a toda evidência, o conhecimento da integralidade da decisão, o recolhimento de seus argumentos, a ponderação dos fatos, a contraposição da fundamentação e o sopesamento da argumentação.

Por isso mesmo, deságuam, no mesmo raciocínio, as considerações de FERRAZ (2021)⁸, para quem “o precedente tende a ser concebido com maior grau de generalidade e abstração, o que exige que a busca de seus contornos e o alcance da sua vinculação não fiquem limitados ao conteúdo da ementa, da tese ou mesmo do voto do relator”, diante da possibilidade de que as razões de decidir venham a absolver elementos não contidos, aprioristicamente, no feito representativo da controvérsia.

7 OLIVEIRA, L. S. P.; KOEHLER, F. A. L. STF, o método de votação *seriatim* e a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de precedentes. In: O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência / coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi, Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Taís Schilling Ferraz; autores: Acácia Regina Soares de Sá... [et al]. – Brasília: Enfam, 2022, p. 81-104.

8 FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: Critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli. Fundamentos Objetivos e o Novo Processo Civil Brasileiro. Londrina: Thoth, 2021).

A propósito, José Rodrigo Rodriguez, ao se referir ao que rotula como constrangimento institucional (2013, p. 151)⁹, obtempera, *in verbis*:

Chamaremos de *constrangimento institucional* a forma de controle que não se preocupa diretamente com a maneira pela qual o juiz constrói ou justifica sua sentença, mas sim com o efeito do desenho institucional sobre os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário. O que está em questão aqui é a forma de organizar a instituição “Poder Judiciário” tendo em vista o exercício de sua função e não, diretamente, as operações mentais que o juiz deve realizar para decidir e a maneira pela qual ele deve justificar publicamente sua decisão

Pois bem. Para além dos apontados embaraços trazidos pela adoção do modelo *seriatim*, no qual a decisão é divulgada por meio do compilado de votos, não havendo, necessariamente, a produção de um texto único pelo tribunal, e sem pretender a importação simplificada do modelo *per curiam*, Taís Schilling Ferraz adverte para a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* nas decisões colegiadas. Visualiza, em linhas gerais, que “a separação entre *ratio* e *dictum*, considerando-se o sistema de julgamento que vem sendo adotado pelas cortes brasileiras de precedentes, exigirá esforço extra e especial cautela”. (FERRAZ, 2016, p. 148)¹⁰. Diante desse cenário, e não sem razão, a autora realça a apresentação de uma solução engenhosa: a aplicação da *majority opinion*.

Nessa mesma maneira, , Leonardo Sousa de Paiva Oliveira e Frederico Augusto Leopoldino Koehler consignam que se avulta necessária a adoção de um procedimento que torne mais simples a identificação da *ratio decidendi*, com a instituição da *majority opinio* nos julgamentos, a exemplo do modelo adotado na Suprema Corte americana (2022, p. 100)¹¹.

9 *Ibidem*.

10 FERRAZ, Taís Schilling. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. In: As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro / Vânia Cardoso André de Moraes, coordenadora ; Ana Conceição Barbuda Ferreira ... [et al.]. – Brasília : Enfam, 2016, p. 140-153.

11 *Ibidem*.

Nada obstante, a esse estado de coisas, Ricardo Tinôco de Góes adensa um novo componente: a preocupação com a legitimidade da decisão judicial, suscitando a possibilidade de ressignificação da teoria de Habermas para cancelar o exercício legítimo e democrático do poder, notadamente do Poder Judiciário. (GÓES, 2013)¹². Advogada, através de sua linha de pensar, que a normatividade oriunda das decisões judiciais tem o mesmo peso e a mesma dignidade em abstrato que se reconhece à legislação em geral. E acrescenta:

“(...) a legitimidade é uma imposição da democracia, pois o exercício do poder esteja ele alicerçado nessa ou naquela função estatal, deve ser resguardado pela legitimidade que se verifique em sua efetiva realização. Por isso que num Estado Democrático a legitimidade não pode advir só da legalidade, principalmente quando se tem a participação popular como pressuposto para a sua configuração”. (GÓES, 2013, p. 218)

Na mesma urdidura, o que Ricardo Tinôco de Góes chama de legitimidade contudística da normatividade produzida pela legislação (2013, p. 220)¹³ sugere a necessidade de atribuir um elemento adicional: a incidência do dever argumentativo para cancelar a justificação da atividade judicante perante a esfera pública.

O certo é que o espaço artístico e genuinamente criativo não deve pautar a atuação das cortes. Há, pois, um limite intelectual entre aquilo que o julgador gostaria que fosse, quer ou acha que é, e aquilo que efetivamente é e deve ser. E essa exegese decorre da juridicidade das normas legais e jurisprudenciais incidentes sobre o caso a ser decidido. A vontade expressa na norma jurídica, se é que existe alguma, deve derivar da Constituição Federal, das leis e dos precedentes judiciais. E nesse último caso, a sua criação deve seguir a mesma lógica construtiva.

12 GÓES, Ricardo Tinoco de. Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

13 *Ibidem*.

No segundo capítulo de *Processo e Ideologia*, Ovídio Araújo Baptista da Silva (2004, p. 36)¹⁴ se refere a uma suposta separação entre teoria e prática jurídica, e isso teria possibilitado dois resultados significativos:

(a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (b), ao concentrar a produção do Direito ao nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e, portanto, incerto.

Nesse fascículo, defende-se que a construção da jurisprudência – em sentido amplo - e a formatação de não deve se limitar à mera busca por resultados. Devem anunciar, principalmente e acima de tudo, um método capaz de racionalizar a argumentação democraticamente, fomentando a compreensão, a segurança jurídica e a estabilidade das relações no âmago dos atores sociais. Pensar diferente é atentar contra a lógica deontológica, inerente a qualquer norma jurídica da qual se queira extrair força persuasiva e potencial alcance para a solução de casos futuros.

2. JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

O embaraço argumentativo constatado nas decisões de órgãos colegiados exige uma abertura do Poder Judiciário e do pensamento jurídico ao escrutínio da sociedade e à necessidade de oferecer justificativas. Reitero: afiguram-se cada vez mais comuns as críticas que a esfera pública dirige ao Poder Judiciário indiscriminadamente, em especial à Corte Suprema, em uma espécie de crise de representatividade – ou de legitimidade - que se apossa da pauta e já bate à porta e que, nos idos de outrora, parecia reservada exclusivamente aos outros poderes

14 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

da República. E isso, apenas para dizer o menos, não é bom: gera sensação de descrédito, desconforto e insegurança. Além disso, ainda quando exerce sua função contramajoritária, o Judiciário deve manter, com o destinatário da atividade jurisdicional, seu compromisso com a coerência e com a segurança jurídica.

Alfim, a justiça se afasta do jurisdicionado. E aqueles que amam a causa do Direito, de maneira alguma podem se conformar com esse distanciamento. Certo é que Justiça apartada do povo não é Justiça, como cedo observou Nabuco de Araújo.

Rodriguez (2013, p. 106)¹⁵ assenta que o poder personalista e irracional da jurisdição vai dando lugar a uma demanda crescente por justificação.

Por seu turno, Fabrício Castagna¹⁶ (2017, p. 68) assinala:

Por conseguinte, a legitimidade democrática das decisões e do discurso judicial é uma questão que deve permanecer sempre aberta, pois sempre deve ser exigido do órgão jurisdicional que se legitime perante a sociedade. Assim, ainda que essa legitimidade exista em maior ou menor medida, ela é sempre algo que falta, ou seja, um postulado que sempre deve se exigir na tensão com a racionalidade jurídica.

Portanto, a racionalidade jurídica projeta conceitos e padrões cuja função convola para a justificação das sentenças e dos acórdãos, de modo que passa a recair, sobre os órgãos jurisdicionais -mormente os colegiados-, um ônus argumentativo adicional.

O entrave transcende os transtornos práticos e ocasionais gerados pela adoção de um modelo de deliberação em face de outro. O recorte passa, necessariamente, por um esforço para que, pelo menos no nível da dogmática e da reflexão propriamente jurídicas — e, especialmente jurídico-constitucionais —, o diapasão correto esteja no ar, e que os valores sejam propostos na justa posição.

Certamente sem esquecer as inquietações centrais e tradicionais, mas ao recrudescer o campo de avaliação e alterar o eixo de gravitação, o debate precisa

15 *Ibidem*.

16 LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil – 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 62-70.

comportar, também, átrios de reflexão sobre a própria razão de ser da atividade judiciária e a chancela de seu exercício por parte dos demais atores da estrutura democrática e de seus destinatários, os quais constituem a razão maior de seu funcionamento.

A partir da teoria da argumentação jurídica, Thomas da Rosa de Bustamante¹⁷ vem sustentar que a ciência do direito passa a pretender encontrar instrumentos não só para explicar como se forma uma decisão jurídica, mas para justificá-la. Vejamos:

Toda teoria da argumentação jurídica – qualquer que seja o seu referencial teórico dominante, desde as que se alicerçam sobre a retórica aristotélica e a tópica, como a de Perelman, aparecida no início da década de 1950, até as que se fundam em regras argumentativo-discursivas influenciadas tanto pelo universalismo kantiano quanto pela teoria do discurso de Habermas, como a de Alexy, do final dos anos 70 – revela uma indisfarçável preocupação com a prática, e em especial com a aplicação judicial ou administrativa do Direito e com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos de justificação das decisões jurídicas. (2008, p. 357).

Rodriguez (2013, p. 106)¹⁸ dizer destaca que os modelos de racionalidade jurídica não se referir à forma como o juiz chega à sua decisão, mas sim à maneira como ela é apresentada publicamente, já que, pela própria noção que se tem da teoria dos precedentes, a deliberação democrática reclamaria a justificação de decisão que pode vir a vincular os julgamentos futuros que versem sobre questões assemelhadas. É dizer: a normatividade e os desdobramentos dessas decisões pretensamente vinculantes conduzem a uma responsabilidade pela justificação que vem a recair sobre os próprios órgãos judiciais, e essa obrigação se avizinha da transparência exigida historicamente das casas legislativas, em face da normatividade ordinariamente impregnada no produto legiferante de sua atividade.

17 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do Direito e Decisão Racional -Temas de teoria da argumentação jurídica – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357.

18 *Ibidem*.

Desse modo, a perspectiva conceitual ou o conceptualismo proposto para a fundamentação é apenas um nível ou filtro de análise — e não a adesão a uma determinada noção de filosofia ou de metodologia fundada em um emolduramento estritamente racionalista e abstrato.

Quando Bianor Arruda Bezerra Neto¹⁹ traz a fundamentação de uma decisão como sendo “a exposição dos elementos que possibilitaram a deliberação que nela resultou”. (2018, p 135), é natural, e até esperado, que se valere alguma dimensão empírica e normativa: (i) empírica, no que examina provisões concretas do texto da Constituição ou das leis, por parte do Judiciário; (ii) normativa, por pretender encaminhar respostas adequadas à problemática submetida à apreciação, vetorizando soluções e fornecendo subsídios para interpretação e aplicação do parâmetro normativo.

Aqui, a apreciação da malha conceitual quanto à fundamentação, à argumentação e à legitimidade é empreendida sob moldes tradicionais, seguindo a trilha de modelos teóricos já sedimentados pela doutrina. Não há ambição de um novo marco teórico.

Não se cuida de releitura ou reconstrução do edifício teórico, senão de singela tentativa de demarcação de um quadrante que, talvez, ainda não foia devidamente cartografado. Tem-se matéria de envergadura constitucional. Sim, constitucional.

É que, ao estampar, no art. 93 da Carta da República, em seu inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”²⁰, o constituinte certamente se preocupa não somente com o destinatário imediato do comando jurisdicional. O dever argumentativo transcende os contornos do processo. E vai além! Trata-se, a bem da verdade, de uma obrigação que caminha de mãos dadas com o viés democrático da atividade estatal.

19 BEZERRA NETO, BIANOR ARRUDA. O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma Teoria da Decisão Judicial. 1. Ed – São Paulo: Noeses, 2018.

20 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de março de 2024.

A esse respeito, e com razão, arremata BUSTAMANTE (2008, p. 363)²¹:

só onde há um dever de justificação das decisões – característica típica dos Estados democráticos, onde os pronunciamentos do poder judiciário precisam ser publicamente fundamentados – se faz necessária e possível uma teoria da argumentação.

Ao buscar inspiração nesse ponto de vista, é possível afirmar, peremptoriamente, que o dever de justificação das decisões, próprio da deliberação democrática, é pressuposto essencial para a teoria da argumentação.

No mais, considerando como unidade de inovação – ainda que aparentemente reservada a um domínio pouco usual – a argumentação como componente implícito do preceptivo constitucional no qual reside o dever de fundamentar, não é demais anotar que esse elemento apresenta-se como centro gravitacional da própria teoria dos precedentes, conquanto a legitimidade dos paradigmas materializados em comandos vinculantes apenas se desvelará mediante a acessibilidade racional do conteúdo decisório à esfera pública, inclusive para fins de controle externo, conclusão que remonta, em alguma medida, e não sem algum espanto, às ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação normativa no direito brasileiro.

Apenas assim, seria possível incrementar a racionalidade na fundamentação e na aplicação prática do direito para torná-las criticamente controlável pela teoria do direito.

Em consequência, seja para viabilizar o instituto da *majority opinio* ao direito brasileiro, conforme apregoado nas sugestões veiculadas em linhas pretéritas, seja ainda pela avocação do modelo *per curiam* para o nosso sistema, é necessário inaugurar a alocação da argumentação como elemento implícito ao dever de fundamentação, revolvendo a questão sob a perspectiva constitucional e emprestando-lhe legitimidade, em uma ideia que homenageia a jurisdição democrática.

A teoria da argumentação, como base para a justificação da atividade judicante perante a esfera pública, deve constituir, à sua maneira, a parcela de um tecido dogmático que leva ao convencimento, à racionalidade e à coerência. Ela, a teoria

21 *Ibidem*.

da argumentação, passa a ter estatura superior às teorias hermenêuticas, eis que, conforme assinalado por ARRUDA NETO (2018, p. 124)²², mais importante que fundamentar as decisões judiciais, passa a ser justificá-las. O mesmo autor complementa (2018, p. 131)²³:

Para Alexy, portanto, mais importante do que concentrar esforços no processo de fundamentação das decisões judiciais, no sentido de tentar racionalizá-las, o que não seria possível, é empreender esforço para justificá-las, tarefa que pode ser realizada através do processo argumentativo.

Caminhando para o final, parece ganhar cada vez mais fôlego, portanto, a advertência de Oliveira e Koehler (2022, p. 10)²⁴, no sentido de que esse modelo individualizado, operante e difundido atualmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual dificulta, sobremaneira, a extração da *ratio decidendi*, descortina óbices à construção de uma cultura de precedentes – eficiente, acrescento eu – no Brasil.

Em arremate, seguramente o produto da atividade jurisdicional, por agregar valores ao ordenamento posto, por vezes suplanta a própria atividade legiferante do poder legislativo, e no modelo brasileiro de deliberação judicial de órgãos colegiados, do qual tanto se falou, há uma dificuldade saliente para o controle racional dos limites de poder, e, sobretudo, do exercício legítimo da jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desempenho, a racionalidade, a previsibilidade e a segurança traduzem premissas impostas de qualquer teoria de precedentes que se pretende – ou tenha se pretendido – forjar no ordenamento jurídico brasileiro.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 OLIVEIRA, L. S. P.; KOEHLER, F. A. L. STF, o método de votação *seriatim* e a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de precedentes. In: O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência / coordenadores: Fabrício Castagna Lunardi, Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Tais Schilling Ferraz; autores: Acácia Regina Soares de Sá... [et al]. – Brasília: Enfam, 2022, p. 81-104.

Os imperativos construídos para o enfrentamento da demanda submetida ao Judiciário colonizam a atuação jurisdicional e corroem, pouco a pouco, a dimensão mais genuína do que se entende por Cortes Constitucionais e teoria dos precedentes.

Trabalha-se, não raras vezes, para atender a uma demanda que parece não ter fim, emprestando a missão primordial de pacificar conflitos espontâneos um espaço secundário.

Nada obstante, a jurisdição dialógica constitui, pois, uma antessala incontornável para a construção de precedentes com o signo da legitimidade, passível de controle externo.

A justificação, através do refinamento da teoria da argumentação e da abertura da função judicante ao escrutínio da sociedade, é o ponto de partida para a democracia deliberativa no âmbito da jurisdição.

Dever-se-á, em última análise, projetar no judiciário a noção do que seria o poder simbólico, em Bourdieu²⁵, para que se revele um poder capaz de reconstruir e conformar, legitimamente, a realidade.

A tarefa de construção de normas jurídicas, notadamente através da formação de precedentes, não pode ser desempenhada de maneira aleatória. E esse imperativo categórico que parece acometer o sistema jurídico brasileiro, ou seja, a inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre, não pode arrefecer o universo de possibilidades que se explicita.

Em poucas e derradeiras palavras: alterações substanciais desse quilate necessitam de prognose. Mas para um Direito aplicado democraticamente, é preciso caminhar de mãos dadas com Dworkin (2002)²⁶ para sustentar que o mais importante, verdadeiramente, é o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) das interpretações que os julgadores oferecem às práticas jurídicas em relação ao direito da comunidade política.

Em suma: explorar todos as facetas e toda a cartilha da teoria da argumentação (de um lado é preciso fortalecer poderes e liberdades; de outro, saber como

25 BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Lisboa: Difel, 2001.

26 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

conformá-los e limitá-los apropriadamente), retirar antigas - embora valiosas - especulações dos escombros, e também recrudescer e sofisticar essas confrontações é o convite que se faz.

Na base desse esforço encontra-se a avaliação de que a teoria constitucional, no melhor da sua forma, reflete um certo tipo de inclinação, ou uma certa tensão amorosa da consciência em direção ao lastro da democracia.

Alfim, a ideia de jurisdição democrática não está perempta, mas é necessário redesenhá-la.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 2001.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma Teoria da Decisão Judicial**. 1. Ed – São Paulo: Noeses, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional - Temas de teoria da argumentação jurídica** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Taís Schilling. Reações do nosso sistema imunológico ao modelo de precedentes. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de novembro de 2020, 12h06. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-14/ferraz-reacoes-sistema-imunologico-modelo-precedentes/>

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio Decidendi X Tese Jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, 2017, p. 419-441.

FERRAZ, Taís Schilling. A construção da motivação nas decisões colegiadas: o importante papel da majority Opinion em um sistema de precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 282, 2018, p. 435 – 451.

FERRAZ, Taís Schilling. Os desafios do modelo brasileiro de precedentes. In: MORAES, Vânia Cardoso André de; FERREIRA, Ana Conceição Barbuda; et

al. (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016, p. 140–153.

FERRAZ, Taís Schilling. Desafios na determinação do alcance de um precedente: critérios objetivos para uma operação muito além da analogia. In: JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Paseli (Org.). **Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro**. Londrina: Thoth, 2021.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil – 2ª edição** – São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 62-70.

OLIVEIRA, L. S. P.; KOEHLER, F. A. L. STF, o método de votação *seriatim* e a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de precedentes. In: LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (Coord.). **O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência**. Brasília: Enfam, 2022, p. 81–104.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.