

A teoria da argumentação e a justificação das decisões *contra legem*

Marlon Tomazette¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise da justificativa das decisões judiciais que aparentemente são *contra legem*. A hipótese levantada no presente trabalho é que é possível analisar a correção das decisões judiciais, mesmo quando elas aparentemente contrariam o texto da lei. O marco teórico utilizado foi a teoria da argumentação jurídica que é capaz de aferir a correção das decisões judiciais, tantos nos casos claros, quanto nos casos difíceis, permitindo inclusive eventuais decisões, que fujam da significação aparentemente mais óbvia da lei, sejam consideradas corretas, quando fundamentadas em princípios ou nas consequências.

Palavras – chave: Argumentação Jurídica – Princípios – Consequências

ABSTRACT

This paper focuses the analysis of the justification of judicial decisions that are seemingly *contra legem*. The hypothesis in this study is that it is possible to analyze the correctness of judicial decisions, even when they seemingly contradict the text of the law. The theoretical framework used was the theory of legal reasoning that is able to assess the correctness of judicial decisions, so in clear cases, as in hard cases, even allowing any decisions, that flee the seemingly most obvious meaning of the law, are considered correct, when based on principles or the consequences.

Keywords: Legal reasoning – Principles – Consequences

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestre e Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor de Direito Comercial, na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e no Instituto de Direito Público - IDP. Procurador do Distrito Federal e advogado.

O presente trabalho tem como objeto a análise da correção das decisões judiciais em casos nos quais elas aparentemente são contra *legem*. Mesmo nesses casos, em que a decisão judicial foge do sentido mais óbvio da lei, é possível analisar sua correção, a partir das justificativas que são apresentadas. Tanto em casos fáceis, quanto em casos difíceis, as decisões judiciais precisam ser justificadas e as justificativas utilizadas permitirão avaliar a correção ou não da decisão.

O mundo jurídico é um dos campos mais férteis para a atividade argumentativa, na medida em que o Direito lida primordialmente com a tarefa de convencimento. Tal tarefa não se restringe a atuação dos advogados, mas também a justificação das decisões. Na atual concepção do Direito, o papel do juiz não se limita à reprodução literal do que se encontra em lei. Ela não representa todo o direito, mas apenas um dos elementos, talvez o principal, na atuação dos julgadores. Em certos casos, deve-se admitir a superação do teor literal da lei, à luz dos princípios que dão coerência ao sistema jurídico, bem como pelas consequências que podem decorrer da decisão.

Inicialmente, dentro dessa perspectiva, é essencial apresentar as linhas fundamentais da teoria da argumentação jurídica, no aspecto específico da justificação das decisões. Dentro da análise da argumentação jurídica das decisões judiciais devem ser analisados os diferentes casos nos quais essa argumentação é feita. Assim, serão separados os casos claros, os casos difíceis e os casos trágicos, analisando-se em cada um deles as técnicas de argumentação e os critérios para aferição da correção das decisões. A exposição das ideias fundamentais da teoria da argumentação jurídica é importante para mostrar critérios de aferição da correção de decisões judiciais, fazendo a separação entre casos e isso ganha ainda mais importância nas decisões contra a lei.

Não se desconhece o contexto da descoberta, mas a preocupação será centrada dentro do contexto da justificação, pois é nesse contexto, no qual será possível a aferição da correção das decisões, à luz de critérios racionais. Neste particular, deve ser destacada a função prática da argumentação jurídica e sua aplicação na justificação das decisões judiciais. Esse é o marco teórico do presente trabalho, que será utilizado especialmente a partir dos trabalhos de Dworkin, Alexy e MacCormick, cujas ideias permitirão a análise da correção das decisões judiciais, inclusive aquelas que aparentemente são *contra legem*. Tanto na tradição da *common law* quanto na tradição da *civil law* há casos em que a lei, em sentido estrito, poder ser contrariada nas decisões, com base nos princípios e nas consequências da decisão.

2 A ARGUMENTAÇÃO COMO UM JOGO DE LINGUAGEM

O convívio social em geral exige que se estabeleça a comunicação entre os seus participantes. Esta comunicação se opera por meio do compartilhamento de um jogo de linguagem, entendido aqui como “a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”². Assim, por meio dos jogos de linguagem podem ser desenvolvidas diversas atividades como: ordenar que algo seja feito, descrever um objeto,

² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 19.

relatar um acontecimento, produzir um objeto, cantar, adivinhar, argumentar, dentre outros. O rol apresentado é meramente ilustrativo, mas é suficiente para mostrar a diversidade de natureza desses jogos, sendo oportuno esclarecer que o que existe entre os vários jogos de linguagem é apenas uma semelhança familiar³. Eles não são idênticos, mas compartilham certas semelhanças, em especial o fato de serem regidos por regras⁴.

Dentre os vários jogos de linguagem, interessa para o presente trabalho apenas a argumentação, isto é, o jogo que consiste na “arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis”⁵. Em outras palavras, argumentar significa tentar convencer seus interlocutores por meio de uma persuasão racional, afastando qualquer ideia de imposição pela força. “Argumentar é uma atividade que, valendo-se de recursos lógico-formais e de linguagem, tenta convencer outrem de que um determinado sentido ou tese é a melhor alternativa para solução de um problema ou uma dificuldade”⁶. Nesta atividade, são expostas razões para chegar a certas conclusões, as quais podem ser aplicadas aos casos em análise⁷.

Quem argumenta quer convencer seu auditório, quer provocar ou aumentar a adesão desse auditório às teses que são apresentadas. A argumentação não se propõe apenas a convencer, mas em muitos casos quer “provocar uma ação ou preparar para ela, atuando por meios discursivos sobre o espírito dos ouvintes”⁸. Para conseguir esse objetivo, a argumentação se utiliza do discurso, ou seja, a argumentação usa a linguagem como instrumento essencial nessa tarefa de convencimento. Neste particular, a argumentação pressupõe a existência de uma linguagem em comum, isto é, de uma técnica que possibilite a comunicação entre os participantes⁹. Por meio dessa linguagem comum haverá um contato intelectual entre os participantes para que possa tentar convencer o ouvinte da sua tese.

A partir do momento em que é possível o contato intelectual entre os participantes, pode-se falar em argumentação. Dentro dessa perspectiva, pode-se visualizar os campos da moral e do Direito como próprios para o jogo de linguagem da argumentação. Os discursos morais e jurídicos são jogos de linguagem *sui generis*, que compartilham regras próprias e têm como tarefa essencial o convencimento. O presente trabalho será centrado especificamente na argumentação jurídica.

3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO UM CASO ESPECIAL DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA

³ Ibidem, p. 52.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 73.

⁵ RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

⁶ VOESE, Ingo. *Um estudo da argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 29.

⁷ SINCLAIR JR, Kent. Legal reasoning: in search of an adequate theory of argument. *California Law Review*, v.59, 1971, p. 824-825.

⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 53.

⁹ Ibidem, p. 17.

Indiscutivelmente a prática jurídica é um dos campos mais férteis para o jogo de linguagem da argumentação. “O Direito é uma disciplina argumentativa”¹⁰. Os bons juristas costumam ser caracterizados justamente pela capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade¹¹. Na maior parte da atividade jurídica, os prolores do discurso querem convencer seus ouvintes, provocando uma ação ou preparando para ela. Assim, quando um advogado apresenta uma pretensão em juízo, ele quer convencer o juiz de que aquela pretensão deverá ser acolhida e, conseqüentemente, deverá ser proferida uma sentença acolhendo a pretensão. Portanto, não há dúvida de que a prática jurídica consiste essencialmente em argumentar, o que se realiza por meio da linguagem, renunciando ao uso da força física ou da coação psicológica¹².

A argumentação jurídica é, portanto, o instrumento essencial da prática jurídica e será tomada como um campo mais restrito da argumentação prática em geral¹³, não se confundindo com esta. Essa concepção é fundamentada por Alexy¹⁴ nas semelhanças e distinções entre a argumentação prática em geral e a argumentação jurídica. O discurso jurídico possui certas semelhanças com a argumentação prática em geral, na medida em que também lida com questões práticas e também possui uma pretensão à correção. Contudo, há diferenças cruciais entre os dois âmbitos de argumentação, na medida em que a argumentação jurídica é limitada. Os tipos de limitações serão variáveis a depender do campo da discussão jurídica, mas, em todo caso, é certo que existem limites que não são normalmente impostos na razão prática em geral. Para Alexy¹⁵, a limitação da argumentação se dá pela vinculação ao Direito vigente.

O próprio Alexy afirma que sua tese pode ser atacada de três maneiras: nas discussões jurídicas, não se trata de questões práticas; não há a pretensão a uma correção na argumentação jurídica; e as limitações vigentes na discussão jurídica impedem que elas sejam chamadas de discurso. Manuel Atienza acrescenta mais uma crítica a essa tese, discordando da possibilidade de limitação pela vinculação ao ordenamento jurídico, afirmando que a existência de limitações impostas pelo direito vigente significaria que a racionalidade na aplicação do Direito dependeria da racionalidade da legislação. Ele afirma que essa limitação levaria a conclusão de que “a argumentação do juiz, das partes no processo ou dos dogmáticos não é independente da que ocorre no parlamento ou nos órgãos administrativos que produzem normas jurídicas válidas”¹⁶.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19.

¹¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 17.

¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 45; FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 12; ZÁRATE, Fermin Torres; MARTÍNEZ, Francisco García. La argumentación jurídica y su impacto en la actividad judicial de México. *Alegatos*, núms. 68-69, México, enero/agosto de 2008, p. 260; PAVLAKOS, Georgios. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. *Ratio Juris*. Vol. 11 No. 2 June 1998, p.126–154.

¹⁴ ALEXY, Robert, op. Cit., p. 210-217.

¹⁵ Ibidem, p. 210.

¹⁶ ATIENZA, Manuel, op. Cit., p. 213.

Tais críticas parecem infundadas. Em primeiro lugar, embora a argumentação jurídica possa, em alguns casos, ser uma discussão puramente teórica ou descritiva, é certo que na maioria dos casos o discurso jurídico se preocupa essencialmente com questões práticas. Estas questões desempenham um papel fundamental tanto na prática, quanto no próprio estudo do Direito¹⁷. A existência de questões puramente teóricas não afasta a preocupação prática do discurso jurídico.

Além disso, é certo que há uma pretensão à correção em todo discurso jurídico. A fundamentação inerente a toda argumentação jurídica demonstra que ela pretende ser correta. Se não houvesse essa pretensão, não haveria a menor necessidade de fundamentação. No caso de processos judiciais, a questão é um pouco mais complexa, na medida em que as partes, normalmente, buscam uma satisfação pessoal por meio da sua argumentação. Mesmo neste caso, ao menos idealmente, as partes pretendem que sua argumentação seja correta. O fato de tais argumentos serem usados nas decisões corrobora a existência dessa pretensão de correção¹⁸.

Ademais, a existência da vinculação ao ordenamento jurídico vigente também é característica do discurso jurídico. Alexy, em nenhum momento, faz a afirmação da vinculação das racionalidades como afirma Atienza. Ele reconhece a existência de diversos campos de discussão jurídica, cada qual com seus limites, havendo, por exemplo, limites temporais (prazos) regulados por leis processuais, no caso da argumentação jurídica em processos. Mais especificamente, ele reconhece a necessária vinculação ao ordenamento jurídico vigente, o que ocorrerá de maneiras diferentes nos diversos campos jurídicos, mas sempre ocorrerá¹⁹.

A argumentação jurídica é, portanto, um caso especial da argumentação prática em geral. Tal relação significa que elas não se identificam, mas que há uma coincidência estrutural parcial entre os dois âmbitos de argumentação. Além disso, pode-se afirmar que a argumentação prática geral constitui o fundamento primordial da argumentação jurídica, na medida em que esta depende daquela²⁰.

4 A FUNÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Definidos os contornos gerais da argumentação jurídica, é importante definir quais são suas funções específicas, além da função genérica de persuasão inerente a toda argumentação. Para Manuel Atienza, a argumentação jurídica deveria cumprir basicamente três funções: uma de caráter teórico ou cognoscitivo, outra de natureza política ou moral e uma terceira de natureza prática ou técnica²¹. Embora ele não concorde com a concepção de Alexy sobre a argumentação jurídica, tais funções se enquadram perfeitamente dentro dessa concepção adotada pelo presente trabalho.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 211.

¹⁸ *Ibidem*, p. 216.

¹⁹ *Ibidem*, p. 210.

²⁰ *Ibidem*, p. 278.

²¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 224.

A primeira função da argumentação jurídica está diretamente relacionada com a possibilidade de contribuição para o desenvolvimento de outras disciplinas e a possibilidade de uma melhor compreensão do fenômeno jurídico e da prática argumentativa. Já a função política diz respeito à ideologia jurídica que está na base de qualquer concepção da argumentação. Por fim, a função prática está relacionada à capacidade da argumentação jurídica de oferecer uma orientação útil na produção, aplicação e interpretação do Direito, bem como na construção de sistemas jurídicos e no fornecimento de uma base adequada para o ensino do Direito²².

Dentre tais funções o presente trabalho está centrado na função prática ou técnica da argumentação jurídica, a qual pode atuar basicamente em três campos: a produção ou estabelecimento de normas jurídicas, a aplicação de normas jurídicas e a dogmática jurídica²³. O primeiro campo representa a atuação legislativa, abrangendo desde a discussão até a elaboração de normas. O segundo campo representa a solução de controvérsias pelos juízes em sentido amplo, abrangendo a atuação do Poder Judiciário, de Tribunais Administrativos ou mesmo de particulares na arbitragem. Por fim, ainda se poderia cogitar da argumentação jurídica na dogmática jurídica, isto é, no estudo do Direito. E dentre esses campos, o presente trabalho se preocupa essencialmente com a aplicação de normas jurídicas na solução de controvérsias, em especial pelo Poder Judiciário.

Dentro desta perspectiva, há divergências quanto à possibilidade de apreciação crítica do discurso jurídico. A questão consiste em saber se é possível ou não haver uma decisão racional no campo jurídico e se essa racionalidade pode ser compartilhada e apreciada criticamente²⁴. Nessa controvérsia, podem ser visualizados dois grandes grupos, os que sustentam a possibilidade da análise crítica do discurso jurídico e os que negam essa possibilidade, embora dentro de cada grupo existam também divergências.

Para os que negam a possibilidade de apreciação crítica da argumentação jurídica, a questão da correção do discurso jurídico não possui qualquer relevância para a ciência do Direito²⁵. Kelsen afirma que “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito Positivo, segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta”²⁶ e, por isso, não seria possível cientificamente verificar a correção do discurso jurídico, sendo sua validade aferida apenas pela legitimidade do prolator. Hart, de forma similar, afirma que é completamente inócua dizer que uma decisão proferida por um tribunal foi errada, afastando também a possibilidade de apreciação crítica da correção ou não da argumentação em tais decisões²⁷. Nesta linha de entendimento, não há qualquer sentido em apreciar criticamente a argumentação jurídica, uma vez que a validade será verificada apenas por sua prolação por um emissor competente.

²² Ibidem, p. 224-225.

²³ Ibidem, p. 18.

²⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 12.

²⁵ Ibidem, p. 12-13.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

²⁷ HART, H. L. A. *O conceito do direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 183.

De outro lado, há quem sustente a possibilidade de apreciação crítica da argumentação jurídica, de modo que seria possível afirmar que há pelo menos uma decisão correta a ser tomada em determinado caso²⁸. Nesta perspectiva, “o dever de correção do discurso em seus aspectos de coerência e consistência, bem como sua lógica interna podem ser apreciados”²⁹ e, por isso, a argumentação jurídica pode ser objeto de apreciação crítica. A ideia essencial dos defensores dessa opinião é evitar arbitrariedades nos discursos do Direito. “A fundamentação adequada das decisões judiciais é condição da possibilidade crítica em face da ideia de correção do discurso jurídico”³⁰. A argumentação jurídica seria, portanto, um critério para a verificação da correção das decisões³¹. O presente trabalho partirá desta última concepção e tomará como parâmetro a assunção “de que os julgamentos podem ser justificáveis e de que tais justificativas podem ser avaliadas criticamente”³².

5 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Numa primeira fase da ideologia judiciária, anterior à Revolução Francesa, não se dava grande importância à fundamentação das decisões judiciais, embora houvesse uma ênfase no caráter justo da solução dos casos concretos³³. Embora bem intencionada, tal ideologia dava margem a arbitrariedades, na medida em que não havia uma forma de controle da correção judicial. As teorias da argumentação jurídica surgiram para evitar arbitrariedades, especialmente nas decisões judiciais. A partir da Revolução Francesa, passa a haver uma maior preocupação com a legalidade e a segurança jurídica, acentuando-se o aspecto sistemático do Direito, passando-se a busca de uma solução equitativa e razoável, dentro dos limites do sistema jurídico. Assim, desde a revolução, há uma preocupação em tornar as decisões aceitáveis e, neste particular, o recurso a técnicas argumentativas se torna indispensável³⁴.

A própria exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal de 1988 – art. 93, IX) é a demonstração clara dessa necessidade de argumentação nas decisões judiciais, para sua aceitação e apreciação crítica. Registre-se que a fundamentação necessária a toda decisão judicial “ não requer exclusivamente a aprovação da comunidade jurídica, mas também a aprovação das próprias partes em litígio e da opinião pública em geral, sob o risco de representar ato completamente divorciado da realidade fática e carente de legitimidade”³⁵. O Estado de Direito exige essa justificação e como o direito tem uma

²⁸ Dworkin entende que há uma única decisão correta (DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. Spring, 1996, p. 87-139). Neil MacCormick e Robert Alexy entendem que há pelo menos uma decisão correta e não necessariamente apenas uma decisão correta.

²⁹ FREITAS FILHO, Roberto, op. Cit., p. 13.

³⁰ Ibidem, p. 11.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 280; GORDLEY, James. Legal reasoning: an introduction. *California Law Review*. V. 72, n. 2, March 1974, p. 177.

³² FREITAS FILHO, Roberto, op. Cit., p. 11.

³³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 184.

³⁴ Ibidem, p. 185.

³⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 140.

função social para cumprir, não se pode admitir um direito sem referência à sociedade que deve reger³⁶ e, por isso, a motivação busca também a aceitação social.

Essa necessidade de fundamentação das decisões judiciais, para fugir ao risco das arbitrariedades, foi inicialmente apresentada como a aplicação exclusiva do raciocínio dedutivo às decisões judiciais. Haveria apenas a subsunção dos fatos à norma e sua aplicação, sob a ótica da lógica formal. Haveria um raciocínio silogístico, no qual a norma faria o papel de premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e a decisão seria a conclusão desse raciocínio. A aproximação entre o Direito e a matemática deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial dos tribunais.

Contudo, atualmente, tal concepção já não pode ser admitida, uma vez que essa lógica formal não é suficiente para fundamentar as decisões judiciais em todos os casos³⁷. Não há como se cogitar de decisões judiciais mecânicas³⁸. Alexy apresenta quatro situações que demonstram essa impossibilidade, essa insuficiência da lógica formal, a saber: a imprecisão da linguagem, o conflito entre normas, a existência de lacunas e possibilidade excepcional de decisões contra a lei³⁹. Nestes casos, a ideia da argumentação jurídica não é a mesma ideia da argumentação matemática, nesta se buscam verdades e naquela verossimilhanças⁴⁰. Não se pode admitir exclusivamente a aplicação do modelo silogístico ao processo de prolação de decisões judiciais⁴¹. A insuficiência da lógica formal para a justificação das decisões judiciais, não significa que ela não seja útil para a prática. Com efeito, ainda existem alguns poucos casos⁴² em que o raciocínio jurídico se opera pela lógica formal, isto é, por meio de raciocínios essencialmente dedutivos⁴³. Todavia, na maioria dos casos, essa lógica não consegue solucionar os problemas que se apresentam. Vê-se, portanto, que há uma variedade de técnicas argumentativas possíveis nas decisões judiciais.

Com efeito, não se pode admitir que a argumentação jurídica seja idêntica em todos os casos submetidos à apreciação do judiciário. Há casos que demandam maior esforço argumentativo e casos que demandam menor esforço argumentativo. A conclusão de que existem várias formas de argumentação jurídica, levou alguns doutrinadores a criarem uma classificação dos casos submetidos à apreciação judicial, em casos fáceis ou claros⁴⁴ e casos difíceis⁴⁵ e, em razão disso, separar as técnicas argumentativas empregadas. A isso acrescenta-

³⁶ PERELMAN, Chaïm, op. Cit., p. 241.

³⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares, op. Cit., p. 140; SINCLAIR JR, Kent. Legal reasoning: in search of an adequate theory of argument. *California Law Review*, v.59, 1971, p. 858.

³⁸ GORDLEY, James. Legal reasoning: an introduction. *California Law Review*. V. 72, n. 2, March 1974, p. 143.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 33-34.

⁴⁰ VOESE, Ingo. *Um estudo da argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 32.

⁴¹ MONTEIRO, Claudia Sevilha. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 134-135.

⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 51.

⁴³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

⁴⁴ Ibidem, p. 68.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, abril 1975, p. 1057-1109.

se a menção a casos trágicos, inserida por Manuel Atienza dentro da perspectiva da teoria da argumentação⁴⁶.

5.1 CASOS CLAROS

Como a própria terminologia adotada indica, os casos fáceis ou claros são aqueles que demandam menor esforço argumentativo do decisor. De fato, “há casos que não suscitam grandes dificuldades para o intérprete do Direito, pois as premissas utilizadas não necessitam ser discutidas (“não sendo necessário apresentar argumentos para justificá-las”), de modo que as conclusões podem ser inferidas sem maior esforço argumentativo”⁴⁷. Em outras palavras, casos claros “são aqueles que ninguém problematizou, seja em bases concretas, seja no contexto mais teórico próprio aos juristas”⁴⁸. A princípio, o que há nesses casos é a possibilidade de uma solução mais simples.

Nesses casos, a argumentação se daria de forma eminentemente dedutiva, vale dizer, por meio de um raciocínio silogístico, o caso poderá ser solucionado. Dentro dessa perspectiva, a argumentação seria válida se, “não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão”⁴⁹. Seriam casos que se resolveriam exclusivamente por meio de uma justificação interna, pela qual verifica-se se a decisão decorre de forma lógica das premissas⁵⁰.

A decisão nesses casos individuais deve ser fundamentada em proposições universais que os julgadores estejam dispostos a aplicar em todos os casos idênticos⁵¹. A universalidade seria a exigência da justiça formal nos casos concretos. Em síntese, MacCormick afirma que “a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao atual”⁵². O requisito da universalidade é, portanto, a aplicação do princípio da igualdade à argumentação jurídica, impedindo, a princípio, decisões diferentes nas mesmas situações.

Mesmo com a exigência da universalidade, há quem considere equivocada a afirmação de que os casos claros podem ser resolvidos pelo juiz a partir de um raciocínio lógico-dedutivo⁵³. Todavia, é inegável que há casos em que a decisão judicial se dá por meio exclusivamente do raciocínio dedutivo. Imagine-se uma demanda na qual se busca a condenação de um devedor inadimplente ao pagamento da multa contratualmente estabelecida. A premissa maior da argumentação, num caso desse tipo seria a previsão normativa aplicável ao caso pela qual quem está voluntariamente inadimplente é obrigado a

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 226.

⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, op. Cit., p. 43.

⁴⁸ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 69.

⁴⁹ Ibidem, p. 26.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 217-218.

⁵¹ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 126.

⁵² Ibidem, p. 126.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 201.

pagar uma multa. A premissa menor seria a situação de fato configurada pelo inadimplemento voluntário do devedor daquele contrato. Diante disso, a conclusão será necessariamente que o devedor tem a obrigação de pagar a multa estipulada.

Contudo, nem sempre tal tipo de argumentação será possível, nem sempre a solução se dará apenas por meio da justificação interna, por meio de um raciocínio dedutivo. Os principais defensores⁵⁴ dessa possibilidade de argumentação dedutiva também reconhecem a sua insuficiência e admitem a existência dos chamados casos difíceis. Mesmo positivistas como Hart reconhecem a existência desse tipo de caso, no qual o Direito não fornece diretamente uma decisão, pelo que eles asseveram um caráter incompleto do próprio Direito⁵⁵.

5.2 CASOS DIFÍCEIS

Há casos difíceis quando surgem problemas de justificação das próprias premissas⁵⁶, isto é, quando nenhuma regra estabelecida determina diretamente a solução para o caso⁵⁷. Alexy apresenta quatro situações que demonstram a existência de casos difíceis, a saber: a imprecisão da linguagem, o conflito entre normas, a existência de lacunas e possibilidade excepcional de decisões contra a lei⁵⁸. A ideia básica em todas essas situações é que não há uma resposta clara para o problema.

De forma similar, MacCormick que não se trata de um caso claro, quando surgem problemas para a solução desse caso que podem consistir em problemas de relevância, problemas de interpretação, problemas de prova ou problemas de qualificação⁵⁹. Há problemas de relevância, quando existem dúvidas sobre que é a norma aplicável. Já os problemas de interpretação dizem respeito a definição do conteúdo da norma aplicável. Por sua vez, os problemas de prova dizem respeito a dúvidas sobre os fatos a serem considerados na decisão. Por fim, os problemas de qualificação ocorrem quando há dúvidas se um fato pode ser ou não enquadrado na norma aplicável. Da mesma forma, o comum entre os diversos problemas é a ausência de uma resposta clara.

Nessas situações, a simples dedução não se mostra suficiente para solucionar a questão e, neste particular entra o principal foco das teorias da argumentação jurídica. Para Hart, a incompletude do ordenamento jurídico seria solucionada pela atribuição de um poder discricionário para o juiz⁶⁰. Contudo, tal liberdade poderia dar margem a arbitrariedades e, por isso, deveria ser evitado. A partir daí, os não-positivistas tentam encontrar critérios que possibilitem a apreciação crítica das decisões mesmo nesses casos difíceis.

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 83; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 224.

⁵⁵ HART, H. L. A. *O conceito do direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 351.

⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 43.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

⁵⁸ ALEXY, Robert, op. Cit., p. 33-34.

⁵⁹ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 127.

⁶⁰ HART, H. L. A, op. Cit., p. 352.

Para Ronald Dworkin, nos casos difíceis em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão clara, a solução pode ser dada por meio de princípios ou por políticas⁶¹. Não se pode, para ele, admitir uma discricionariedade, no sentido forte, que beira a arbitrariedade. Há formas de se saber qual é a decisão correta nesses casos, seja a partir de princípios, seja a partir de políticos. Registre-se, de imediato, que para Dworkin, os princípios representariam uma razão que “conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”⁶² e, possuíam a dimensão do peso ou importância, ausente nas regras.

Embora extremamente importante, essa opinião de Dworkin não se preocupa com a argumentação jurídica. Os principais autores que se preocupam com a argumentação jurídica nos casos difíceis são Robert Alexy e Neil MacCormick, cujas ideias se aproximam, mas serão expostas separadamente a seguir.

5.2.1 A argumentação jurídica nos casos difíceis para Robert Alexy

Para Alexy, nem sempre é possível resolver um caso a partir da justificação interna, isto é, a partir de um raciocínio eminentemente dedutivo. Nesses casos difíceis, surgiria a necessidade de uma justificação externa, isto é, uma justificação das próprias premissas usadas na justificação, que podem ser de diversos tipos. Tais premissas podem ser regras de direito positivo, que serão justificadas a partir da verificação da sua conformidade com o sistema jurídico. Também podem ser enunciados empíricos, que poderão ser justificados pelos métodos das ciências naturais, pelas máximas de presunção ou até pelas regras de distribuição do ônus probatório. Por fim, haveriam premissas que não se enquadram em nenhum desses dois grupos e seriam justificáveis pela argumentação jurídica⁶³.

O uso da argumentação jurídica para justificar essas premissas que não são nem enunciados empíricos, nem regras de direito positivo poderia ser dividida, a grosso modo, em seis grupos de regras e formas de justificação dessas premissas, a saber: regras e formas de interpretação (lei), regras e formas de argumentação dogmática (Ciência do Direito), uso de precedentes, argumentação prática em geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos. Para Alexy, a explicação da argumentação jurídica racional se dá 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”⁶⁴.

Para ele, essa teoria só revelaria sua utilidade dentro de uma teoria geral do Estado e do Direito, unindo as concepções do sistema jurídico com sistema de procedimentos e sistema de normas. Neste último aspecto, destaca-se a existência de regras e princípios no sistema. Os últimos seriam, para ele, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

⁶² *Ibidem*, p. 41.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 226.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 280.

possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”⁶⁵. Os princípios representariam, portanto, normais gerais com alto grau de abstração que podem ser cumpridas em diferentes graus. Além disso, quando os princípios entram em conflito com outros princípios, não se eliminam, mas se adaptam e convivem.

5.2.2 A argumentação jurídica nos casos difíceis para Neil MacCormick

Assim como Alexy, MacCormick situa sua teoria no contexto da justificação e não da descoberta. Embora reconheça em alguns casos a possibilidade de uma justificação dedutiva, ele também reconhece sua insuficiência nos chamados casos difíceis, nos quais a premissas fáticas ou normativas podem suscitar problemas de interpretação, de pertinência, de prova ou de qualificação. Para esses casos difíceis, MacCormick propõe uma justificação de segunda ordem e afirma que justificar uma decisão é, em primeiro lugar, cumprir o requisito da universalidade⁶⁶, que também está implícita nas decisões dos casos claros e, em segundo lugar, assegurar que “as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e também devem fazer sentido no contexto do sistema jurídico”⁶⁷. Portanto, além da universalidade, a justificação de segunda ordem envolve dois elementos, os argumentos consequencialistas e a argumentação que testa a coerência e a consistência com o sistema jurídico.

As ideias de MacCormick são muito similares ao que já havia sido proposto por Perelman na sua teoria da argumentação, quando ele afirma que “o direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conforme ao que lhe parece justo e razoável”⁶⁸. Para MacCormick, as decisões devem possuir coerência e consistência com o sistema jurídico, na medida em que este é um sistema de normas, cuja observância permite a busca de certos objetivos de forma inteligível. Além disso, as decisões devem atentar para suas consequências no mundo prático.

O requisito da consistência das decisões poderá ser verificado quando a decisão se baseia em premissas normativas que não contradizem as normas estabelecidas de modo válido no sistema jurídico. A ideia da consistência é a conformidade dentro do sistema. Trata-se de um dever dos juízes de não infringir o ordenamento jurídico que está em vigor⁶⁹. Para Atienza, tal requisito também deve ser estendido para a premissa fática, de modo que a decisão esteja de acordo com a realidade apresentada em termos de prova⁷⁰. Ressalte-se que, neste particular, não se trata de uma preocupação com hierarquia de normas ou mesmo com sua constitucionalidade, a questão é efetivamente uma questão de consistência dentro do sistema.

⁶⁵ Idem. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 86, tradução livre de “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 126.

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131.

⁶⁸ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 238.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 279.

⁷⁰ ATIENZA, Manuel, op. Cit., p. 128.

De outro lado, para fazer sentido perante o sistema jurídico, as decisões devem possuir também coerência, no sentido de que as várias normas de um sistema devem fazer sentido, quando consideradas em conjunto⁷¹. A coerência é uma questão de racionalidade, mas nem sempre uma questão de verdade. Ela é, em última análise, “um critério crítico para a apreciação das decisões proferidas”⁷². Tal requisito se desdobraria em dois tipos de teste de coerência: o da coerência normativa e o da coerência narrativa⁷³.

O teste da coerência narrativa diz respeito à justificação e descobertas de fato, a partir do sistema de produção probatória. A coerência narrativa fornece “um teste sobre a verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos”⁷⁴. Uma narrativa só será digna de crédito se for coerente, dentro desta perspectiva. Não podem existir inconsistências lógicas entre os fatos a serem levados em conta, sob pena de perda da credibilidade no mundo real.

De outro lado, o teste da coerência normativa diz respeito à justificação no contexto geral de um sistema jurídico. Uma norma seria coerente do ponto de vista de normativo, se pudesse se adequar a uma série de princípios e valores, que se mantêm em contínua tensão⁷⁵. Para MacCormick, os valores seriam justamente os “estados de coisas cuja busca é legítima, desejável, valiosa ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatória, na condição de propósitos, objetivos ou fins”⁷⁶. Outrossim, haveria necessidade de que as normas estivessem de acordo com os princípios dos sistema. Para ele, “formular os princípios de um sistema jurídico com o qual, a pessoa está comprometida envolve uma tentativa de lhe dar coerência em termos de um conjunto de normas gerais que expressam valores justificatórios e explanatórios do sistema”⁷⁷.

Não haveria coerência, por exemplo, numa norma que estabelecesse que carros amarelos não podem ultrapassar 80 km/h enquanto os outros podem. Neste caso, a cor não tem, a princípio, nenhuma relação com fins ou valores a serem perseguidos pelo controle do tráfego de veículos (a segurança no tráfego, a economia de combustível ou a prevenção de desgaste excessivo na superfície de estradas) nem com os princípios fundantes dessa área jurídica. Poderia haver coerência, se os carros mais velhos ou acima de determinado peso tivessem que ser pintados de amarelo. Contudo, sem esses acréscimos, não haveria qualquer coerência dentro do sistema

Da mesma forma, as decisões são coerentes, neste ponto de vista normativo, se podem se adequar a um conjunto de princípios e valores. Dentro desta ideia, para a decisão nos casos difíceis os argumentos a partir de princípios desempenham um papel fundamental⁷⁸. Para MacCormick, “o princípio determina a faixa legítima de considerações justificatórias. Ele não

⁷¹ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 197.

⁷² FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 169.

⁷³ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 247.

⁷⁴ Ibidem, p. 294.

⁷⁵ SORIANO, Leonor Moral. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 3, September 2003, p. 302.

⁷⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 251.

⁷⁷ Ibidem, p. 198.

⁷⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 130.

produz, nem pode ser apresentado como se produzisse, uma resposta conclusiva”⁷⁹. Assim, os princípios permitiriam justificações, na falta de outras considerações em sentido contrário. A menor força dos princípios como premissas de argumentação prática significa uma maior amplitude justificativa⁸⁰.

Além disso, nos casos difíceis também teriam grande importância os argumentos baseados na analogia. Por meio dela estende-se uma regra ou um princípio para que ele cubra um caso não regulado⁸¹. Em última análise, por meio da analogia o que é o que ocorre, na verdade, é uma hipótese de uso não explícito, ou ao menos não tão explícito dos princípios⁸². Nela se “pesquisa a vontade da lei, para levá-la a hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado”⁸³.

Por fim, é fundamental na concepção de MacCormick a atenção aos argumentos consequentialistas nas decisões dos casos difíceis. Nestes casos, haverá uma interação entre os argumentos baseados em princípios e na analogia e os argumentos consequentialistas, mas os últimos serão os mais importantes⁸⁴. As decisões devem fazer sentido não apenas em relação ao sistema, mas também em relação ao mundo e, nesse aspecto, deve-se sempre avaliar as consequências da decisão. O julgador terá que considerar o conjunto de casos que possivelmente podem ser abarcados pela decisão proferida e, conseqüentemente, as possíveis consequências jurídicas da decisão. Neste aspecto, talvez esteja a maior contribuição dessa concepção da argumentação jurídica.

5.3 CASOS TRÁGICOS

A chamada teoria padrão da argumentação jurídica, desenvolvida por Alexy e MacCormick, preocupa-se apenas com a distinção entre casos claros e casos difíceis. De outro lado, Manuel Atienza que propõe uma nova teoria da argumentação jurídica, criticando a teoria, afirma a existência dos chamados casos trágicos. Para ele, “um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”⁸⁵.

Nestes casos, não haveria uma simples alternativa para o julgador, mas um dilema, no sentido de que qualquer decisão acabaria tendo consequências negativas para alguém⁸⁶. São os valores considerados fundamentais pela sociedade que fazem surgir um caso trágico e criam

⁷⁹ MACCORMICK, Neil, op. Cit., p. 230.

⁸⁰ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 21.

⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 269.

⁸² ATIENZA, Manuel, op. Cit., p. 131.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 47.

⁸⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 140.

⁸⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 226.

⁸⁶ RIVERA-LÓPEZ, Eduardo. Probabilities in tragic choices. *Utilitas* Vol. 20, No. 3, September 2008, p. 323.

tensões entre os valores da sociedade⁸⁷. Não há uma forma de definir simplesmente um vitorioso. Há alguns critérios usados na prática, como a definição dos custos dos processos e a definição de valores de primeira importância⁸⁸, mas nada que represente propriamente um critério seguro para uma escolha racional.

Dentro dessa ideia, a teoria padrão da argumentação jurídica não seria suficiente para mostrar a correção da decisão. Embora não se possa negar a existência dessas situações, é certo que isso não tira a importância da chamada teoria padrão da argumentação jurídica, a qual continua sendo extremamente útil para a solução de boa parte dos casos que se colocam para a decisão do poder judiciário.

6 A POSSIBILIDADE DA ARGUMENTAÇÃO CONTRA LEGEM

A divisão em casos claros, difíceis e até mesmo trágicos é útil para ilustrar os diferentes esforços argumentativos que podem ser feitos. Contudo, em termos práticos, nem sempre é fácil diferenciar esses tipos de casos. Apesar disso, é essencial reconhecer que a teoria da argumentação dá critérios para aferir a correção de decisões judiciais e tal correção pode ser aferida mesmo nos casos mais difíceis, nos quais excepcionalmente se admite a argumentação contra a lei.

Apesar de algumas divergências entre os autores, é certo que a teoria da argumentação jurídica se presta essencialmente para verificar a correção da justificação das decisões, especialmente nos chamados casos difíceis. E é nestes casos que aparece a possibilidade de decisões e, conseqüentemente de argumentações contra a lei que, na verdade, representam argumentações contrárias “aos significados mínimos que possui um ou mais textos jurídicos cuja validade se mantém fora de dúvida”⁸⁹. Neste ponto, a argumentação jurídica ganha relevância para cumprir sua função primordial de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais.

Os principais autores da teoria da argumentação reconhecem a possibilidade de decisões contra a lei e, reconhecem, nesses casos, uma das configurações dos chamados casos difíceis. Alexy afirma que existem certos casos especiais, nos quais existe uma possibilidade de uma decisão que contrarie a literalidade da norma⁹⁰. MacCormick, por sua vez, afirma que desde que haja outros significados possíveis, a presunção de que a melhor interpretação é aquela mais óbvia pode ser afastada por bons argumentos consequencialistas ou baseados em princípios⁹¹. Ambos reconhecem, portanto, essa possibilidade de argumentação *contra legem*.

Trata-se da chamada superabilidade prática das normas, por meio da qual se admitem decisões que vão contra o que está expressamente estabelecido, desde que sejam justificadas por princípios e/ou pelas conseqüências da decisão. “Na concepção atual do direito

⁸⁷ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton, 1978, p. 17.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 131-146.

⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 182.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 34.

⁹¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 278.

já não se trata de limitar o papel do juiz ao de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos⁹². Assim as consequências e os princípios podem ser utilizados como critérios suficientes para aferir a correção de decisões judiciais que aparentemente contrariam o texto da lei, mas que na verdade apenas fogem do sentido mais óbvio das palavras.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. Ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. Ed. São Paulo: Landy, 2006.

_____; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York: Norton, 1978.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, april 1975.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, p. 87-139, Spring, 1996.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

GORDLEY, James. Legal reasoning: an introduction. *California Law Review*. V. 72, n. 2, p. 138-177, March 1974.

⁹² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 221-222.

HART, H. L. A. *O conceito do direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.

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

_____. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MONTEIRO, Claudia Sevilha. *Teoria da argumentação jurídica e a nova retórica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PAVLAKOS, Georgios. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. *Ratio Juris*. Vol. 11 No. 2 p.126–154, June 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RIVERA-LÓPEZ, Eduardo. Probabilites in tragic choices. *Utilitas* Vol. 20, No. 3, p. 323-333, September 2008

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SINCLAIR JR, Kent. Legal reasoning: in search of an adequate theory of argument. *California Law Review*, v.59, p. 821-858, 1971.

SORIANO, Leonor Moral. A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice. *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 3, p. 296–323, September 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VOESE, Ingo. *Um estudo da argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZÁRATE, Fermin Torres; MARTÍNEZ, Francisco García. La argumentación jurídica y su impacto en la actividad judicial de México. *Alegatos*, núms. 68-69, México, p. 243-262, enero/agosto de 2008.