



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**TALITA DE PAULA UCHÔA DA SILVA**

**ANÁLISE CRÍTICA DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL COMO  
DISCURSO**

**Campina Grande \_ PB**

**2010**

**TALITA DE PAULA UCHÔA DA SILVA**

**ANÁLISE CRÍTICA DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL COMO  
DISCURSO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Esp.: Cláudio Simão de Lucena Neto

**Campina Grande \_PB  
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586a      Silva, Talita de Paula Uchôa da.  
              Análise crítica da motivação judicial como discurso  
              [manuscrito] / Talita de Paula Uchôa da Silva. – 2010.  
              64 f.  
              Digitado.  
              Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)  
              – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências  
              Jurídicas, 2010.  
              “Orientação: Prof. Esp. Cláudio Simão de Lucena Neto,  
              Departamento de Direito Privado”.

1. Direito 2 Motivação judicial I Título.

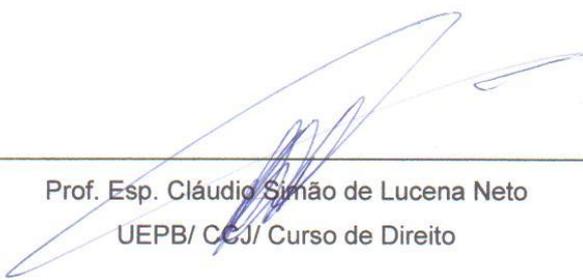
21. ed. CDD 340

TALITA DE PAULA UCHÔA DA SILVA

ANÁLISE CRÍTICA DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL COMO DISCURSO

Aprovada em: 10 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA



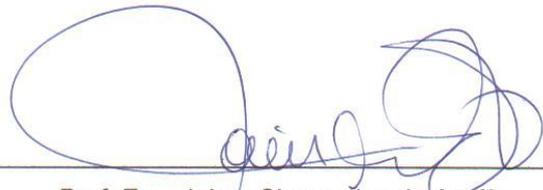
---

Prof. Esp. Cláudio Simão de Lucena Neto  
UEPB/ CCJ/ Curso de Direito



---

Prof. M.Sc. Amilton de França  
UEPB/ CCJ/ Curso de Direito



---

Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo  
UEPB/ CCJ/ Curso de Direito

*A Deus, “consolo bem presente na hora da angústia”.*

*Aos meus pais, pelo amor gratuito e incansável.*

*A Olívia, pelo cheirinho gostoso de bebê.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelo socorro bem presente na hora da angústia.

A minha mãe, pela amizade fiel e gratuita, e tantas vezes por mim mal retribuída, e pelo perdão constante e sempre a postos. Ao meu pai, pelo amor confuso mas sincero que me dedicou. A Thábata, pelo coração simples e pela boa vontade. A Filipe, pela sentimento fraterno que há entre nós e pelas conversas durante a madrugada. A Pedro, pelo amor que temos construído. A você, Olívia, que surgiu em minha vida como a melhor surpresa do universo.

Aos meus amigos: Rafaella, que comigo dividiu e divide tantos sonhos, aflições e risadas, Filipe, por ter aparecido no meu caminho, Neto, pela amizade sincera e apaixonada, Lívia, pelo companheirismo, Rômulo, pelas conversas agradáveis, e Alberto, pela presteza.

A Suelene, pela confiança que lhe posso dedicar.

Aos professores Cláudio e Rosimeire, que tão gentilmente me acolheram.

*“É então a verdade um bolbo  
a que se tira a casca?  
O que não é nela metido,  
dela jamais se extrai.”*

*(Schiller)*

## RESUMO

A presente monografia objetiva realizar, de maneira breve, uma análise crítica da motivação judicial como modelo de discurso. A motivação judicial exerce uma função garantista sob duas perspectivas: a política, como instrumento legitimador dos atos jurisdicionais dentro do Estado democrático de direito, e a processual, como meio assecuratório do devido processo legal. Para a regular realização de suas funções garantistas, a motivação deve coadunar-se aos preceitos constitucionais e normativos, de modo a não se contaminar por motivos outros, que emanem dos magistrados, que não os jurídicos. Para tanto, as boas razões de uma decisão deveriam se dar segundo um modelo silogístico, em que a premissa maior seria uma norma jurídica prevista abstratamente, a premissa menor seria o caso sob exame e a conclusão decorreria de um processo subsuntivo da segunda sobre a primeira, de onde resultaria a conclusão ou decisão. Entretanto, por meio deste breve trabalho pretende-se demonstrar que a motivação das decisões judiciais não se dá segundo um modelo rigidamente lógico, como o silogístico, mas conforme um modelo argumentativo de maior flexibilidade, o silogismo retórico ou entimema, por meio do qual o magistrado pode omitir premissas consideradas por demais evidentes ou mesmo inconvenientes para o contexto decisório. Tal modelo argumentativo não segue o rigor lógico do silogismo tradicional, permitindo que o decisor omita as inconsistências e contradições de seu discurso e se utilize de lugares-comuns de significado adaptável segundo as suas necessidades. O tema em comento foi enfrentado a partir dos métodos de pesquisa explicativo, bibliográfico e documental, tendo como base exames doutrinários, jurisprudenciais e legais. Para alcançar o objetivo primordial deste trabalho acadêmico, realizou-se, inicialmente, uma abordagem da figura da motivação, abordando-se seus aspectos históricos e sua natureza de garantia política e processual. Compreendidos tais aspectos, passou-se a uma análise sucinta da estrutura da motivação judicial. Por fim, deteve-se em um exame sobre a motivação como modelo de discurso retórico, que se manifesta sob um modelo argumentativo específico: o silogismo retórico ou entimema.

**Palavras-chave: Motivação judicial. Discurso. Silogismo retórico ou Entimema.**

## **ABSTRACT**

This monograph aims to carry out, briefly, a critical analysis of motivation as a model of judicial speech. Judicial motivation has a guarantee function from two perspectives: the political one, as an instrument of legitimizing judicial acts within the Democratic State of Law, and the process one, as a means which assures the Due Process of Law. In order to regulate the conduct of their duties guarantees, the motivation should be consistent with constitutional principles and norms, so as not to contaminate other motives, emanating from the judiciary, not the law. To this end, the good reasons for a decision should be given according to a syllogistic model, in which the major premise would be a rule of law provided in the abstract, the minor premise would be the case under review and the conclusion is provided by a process of submit the second on the first, result of which the conclusion or decision. However, through this brief paper aims to demonstrate that the motivation of judicial decisions do not get a second rigidly logical model such as syllogistic, but as an argumentative model of flexibility, the rhetorical syllogism or enthymeme, through which the magistrate may omit premises considered too obvious or inconvenient for the decision context. Such argumentative model does not follow the logical rigor of the traditional syllogism, allowing the decider omit the inconsistencies and contradictions in his speech and use of platitudes of adaptive significance according to their needs. The topic under discussion was tackled from explanatory research methods, bibliographical and documentary, based on doctrinal, jurisprudential and legal researches. In order to achieve the main goal of this academic work, there was initially a figure of approach motivation, approaching its historical aspects and nature of political and process guarantee. Included such aspects, it moved to a brief analysis of the structure of judicial motivation. Finally, it concludes in a survey on motivation as a model of rant, which is manifested in a specific model of argument: the rhetorical syllogism or enthymeme.

**Keywords: Judicial motivation. Speech. Rhetorical syllogism or Enthymeme.**

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI \_ Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF \_ Constituição Federal

Cosip \_ Contribuição para o custeio de serviços de iluminação pública

CP \_ Código Penal

CPC \_ Código de Processo Civil

CPP \_ Código de Processo Penal

DJe \_ Diário da Justiça eletrônico

EC \_ Emenda Constitucional

Min \_ Ministro

RE \_ Recurso Extraordinário

Rel \_ Relator

STF \_ Supremo Tribunal Federal

TIP \_ Taxa de iluminação pública

TJ \_ Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 MOTIVAÇÃO – ASPECTOS GERAIS.....</b>	<b>12</b>
<i>1.1 HISTÓRICO DO DEVER DE MOTIVAR.....</i>	<i>12</i>
<i>1.1.1 Direitos romano, germânico e canônico .....</i>	<i>12</i>
<i>1.1.2 O processo medieval .....</i>	<i>15</i>
<i>1.1.3 O absolutismo .....</i>	<i>16</i>
<i>1.1.4 O advento do iluminismo.....</i>	<i>16</i>
<i>1.1.5 As Constituições do pós-guerra.....</i>	<i>19</i>
<i>1.1.6 Os ordenamentos da common law.....</i>	<i>20</i>
<i>1.1.7 A Constituição brasileira de 1988 .....</i>	<i>21</i>
<i>1.2 MOTIVAÇÃO COMO GARANTIA POLÍTICA.....</i>	<i>21</i>
<i>1.3 MOTIVAÇÃO COMO GARANTIA PROCESSUAL.....</i>	<i>23</i>
<b>2 A ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO .....</b>	<b>25</b>
<i>2.1 DECISÃO E MOTIVAÇÃO .....</i>	<i>26</i>
<i>2.2 MOTIVAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO .....</i>	<i>27</i>
<i>2.3 MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO .....</i>	<i>31</i>
<i>2.3.1 Dedutivo ou silogístico.....</i>	<i>31</i>
<i>2.3.2 Indutivo .....</i>	<i>33</i>
<b>3 A MOTIVAÇÃO COMO MODELO DE JUSTIFICAÇÃO RETÓRICO.....</b>	<b>36</b>
<i>3.1 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E JUSTIFICAÇÃO EXTERNA .....</i>	<i>38</i>
<i>3.2 DISCURSO RETÓRICO E O ENTIMEMA .....</i>	<i>40</i>
<i>3.2.1 Argumentação e tópica.....</i>	<i>41</i>
<i>3.2.2 Conceito de entimema.....</i>	<i>43</i>
<i>3.2.3 O entimema na motivação judicial.....</i>	<i>46</i>
<i>3.2.4 Análise prática do discurso judicial.....</i>	<i>50</i>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

A obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais surgiu, primeiramente, como mecanismo endoprocessual de controle e, com o advento das modernas concepções iluministas, como mecanismo político de limitação da atividade judicial. É sob essas acepções que a motivação funciona, respectivamente, como garantia processual e política. Assim, por meio desse instituto legal, os magistrados permanecem circunscritos a uma esfera de decisão composta unicamente pelo positivamente considerado “ordenamento jurídico”. Este é, pelo menos, o modelo dogmático de decisão.

Segundo esse mesmo modelo dogmático, a decisão judicial seria resultado de um processo lógico subsuntivo ou silogístico, em que a norma abstrata prevista legalmente (*voluntas legislatoris*) seria a premissa maior, o caso concreto *sub judice* a premissa menor, e a decisão seria a conclusão resultante do mecanismo lógico de subsunção da segunda sobre a primeira. A motivação desta decisão, por sua vez, consistiria na transcrição desse processo subsuntivo, de forma a apresentar as premissas ou normas que levaram o juiz a decidir de uma dada maneira. Na verdade, se seguido à risca, o modelo silogístico restringe muito o âmbito da discricionariedade judicial. Por fim, a crença neste modelo positivo-dogmático, bem como nos moldes iluministas, funciona como um paliativo à já referida problemática da legitimidade democrática das decisões judiciais.

A motivação, entendida como garantia, foi resultado de um processo de evolução de séculos, valendo mencionar que, nos primitivos modelos decisórios, o “magistrado” não estava obrigado a motivar, de forma que a prática de apresentação dos motivos não era aconselhada, visto que abria margens às vias da impugnação. E isso porque, entendida como uma transcrição de um processo decisório, a motivação é um discurso e para que um discurso seja legítimo é preciso, primeiramente, como dogmaticamente apregoado, que seja racional.

A racionalidade do discurso jurídico — entendido este no contexto desse trabalho como a motivação de uma decisão — se deve principalmente, para a grande parte dos estudiosos do direito e juristas de modo geral, à obediência desse modelo silogístico já mencionado. Entretanto, se o discurso motivacional sofrer um exame minimamente mais acurado, pode-se perceber que se distancia do modelo subsuntivo e se aproxima do modelo retórico. Nesse sentido, as ambições iluministas de que o juiz exercesse simplesmente a função de “boca da lei” acabam reservadas a um plano ideal, pois, forçosamente, pode-se

dizer que é o mesmo o grau de discricionarietà de uma decisão não-motivada e o de outra cuja motivação é um discurso retórico.

O presente trabalho objetiva a realização de uma análise crítica da motivação judicial como discurso, examinando os aspectos históricos que a elevaram ao patamar de garantia política e processual, bem como sua estrutura até se deter, mais especificamente, sobre seu viés retórico, principalmente no que tange a uma estrutura argumentativa em especial, o silogismo retórico. Visando conferir coerência aos objetivos a que se propõe, utilizar-se-á dos métodos de pesquisa explicativo, bibliográfico e documental (ANDRADE, 2002; CERVO & BERVIAN, 1983; GIL, 1999).

Em um primeiro momento, abordar-se-ão os aspectos indispensáveis para entendimento do conceito de motivação, a saber, sua origem histórica e sua natureza garantista. Já em um segundo momento, examinar-se-á a estrutura da motivação, diferenciando-a de conceitos semelhantes e procurando situá-la como um modelo de discurso. E, por fim, no terceiro momento, tecer-se-á estudo mais detido sobre a motivação como modelo de discurso retórico, analisando mais detidamente o modelo de argumento que lhe é próprio, o entimema, por meio de um estudo teórico e prático, capaz de revelar as implicações desse modelo de justificação no mundo jurídico.

## **1 MOTIVAÇÃO – ASPECTOS GERAIS**

Este primeiro capítulo se destina a um estudo dos aspectos gerais que envolvem a motivação judicial, sua evolução histórica e suas funções garantistas, com o objetivo de construir a visão necessária para o entendimento deste trabalho.

### ***1.1 HISTÓRICO DO DEVER DE MOTIVAR***

A obrigatoriedade de motivação das decisões jurídicas é uma entre tantas outras garantias processuais — como a independência e imparcialidade do juiz, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade — que se destinam a assegurar a devida proteção jurisdicional dos direitos (e do Direito).

O nascer e respectivo desenvolvimento do dever de motivar até a forma como hoje o conhecemos está ligado à influência de diversos fatores. Nesse sentido:

Na sua evolução, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais está intimamente relacionada ao próprio desenvolvimento do Estado moderno e de seu aparelho judiciário, às relações entre o indivíduo e a autoridade, ao modo de estruturar-se o processo em determinado momento histórico e cultural e, inclusive, ao tipo de responsabilidade do juiz diante da sociedade. Justamente por isso é difícil identificar uma linha evolutiva uniforme, pois em cada ordenamento, e segundo os particulares contextos políticos, aquela mesma exigência assumiu características diferenciadas. (GOMES FILHO, 2001, p. 51).

Neste tópico, analisaremos o dever de motivar dentro de seu contexto histórico. O exame histórico desse instituto acaba contribuindo também para a construção de conceito ou pelo menos de uma acepção suficiente para orientar o leitor dentro do contexto desse trabalho.

#### **1.1.1 Direitos romano, germânico e canônico**

Alguns autores defendem que regras a respeito da motivação já existiam no direito romano, apesar de admitirem a lacunosidade das fontes.

Dentro do direito romano, já na época da realeza — em que religião e direito se confundiam, de forma que este era monopolizado pelo colégio sacerdotal — existiam modelos de “ações de conhecimento” cuja fase decisória quase sempre usava do “expediente de absolutamente esconder o texto dos motivos” e na qual “aos dois postulantes deveria provavelmente ser revelado, com a menor publicidade possível, um simples e único dispositivo” (RONCAGLI, 1955, p. 83).

Esse modelo de processo arcaico, que se desenvolvia integralmente frente a uma única autoridade, foi gradativamente substituído por novos modelos de magistraturas que exerciam funções jurisdicionais específicas, tendo em vista a aceleração da dinâmica social, com o consequente aumento do número e da complexidade dos litígios. Com o “aparecimento” dos magistrados públicos, o processo ganhou maior complexidade, passando a desenrolar-se em duas fases distintas: perante o magistrado (*in iure*) e, em ato contínuo, perante o tribunal (*iudex unus*).

Mais adiante, com a introdução das fórmulas escritas, como a *lex Aebutia*, surge um modelo processual caracterizado por regras de procedimento menos rígidas e mais adaptadas aos reclamos sociais, o processo formular. Nesse novo sistema, o pretor exercia um papel muito mais relevante, visto que se priorizava nas decisões um conteúdo variável, nos quais o magistrado gozava de ampla liberdade. O magistrado apresentava a sentença (*sententia*) oralmente, não estando obrigado a qualquer exposição dos motivos que o levaram a decidir de um ou de outro modo (TUCCI, 1987, p. 28-29).

Com a instauração do principado, por Otaviano Augusto, o modelo do *ordo iudiciorum privatorum* é reorganizado pela Lei Julia. Esse instrumento legal tinha por fim racionalizar o ordenamento processual vigente, tirando do arbítrio do pretor (ou magistrado) o maior número possível de causas. Ou seja, o que antes era por ele regulado, tendo em vista seu *imperium* e ampla discricionariedade, era agora regulado por lei, segundo a qual ele passaria a decidir. Essa época de transição também se caracterizava pela reunificação da instância, voltando o processo a desenrolar-se diante de uma única autoridade estatal.

É interessante observar que, nesse mesmo período, a própria natureza da sentença mudou, passando de “parecer jurídico de um simples cidadão autorizado pelo Estado” a “um comando vinculante emanado de um órgão estatal” (TUCCI, 1987, p. 32). A *sententia* passa a observar, também, determinados requisitos formais. Como exemplo, pode-se mencionar que o imperador Constantino, por meio de constituição endereçada a A. Aeliano, procônsul da África, instituiu a obrigatoriedade de que as decisões, penais ou cíveis, fossem proferidas publicamente e na presença das partes. Essa mesma disposição foi reafirmada, tempos depois,

pelos imperadores Valentiniano, Valente e Graciano, que estabeleceram ser a imutabilidade da sentença condicionada a essa formalidade. Posteriormente, mediante uma constituição do ano de 374, impôs-se que os julgamentos deveriam ser efetivados por escrito (TUCCI, 1987, p. 33). Tucci (1987) conclui que todas essas gradativas modificações já apontavam, apesar da lacunosidade das fontes, a existência de uma motivação no processo romano:

Ora, todas essas importantes modificações — que iriam perdurar até a época justinianéia — somadas à possibilidade de interpor-se recurso contra os atos decisórios injustos, induzem-nos, não obstante a lacunosidade das fontes, a uma única realidade, qual seja a de que as sentenças prolatadas na órbita da *cognitio extra ordinem* eram motivadas! Aliás, com a habitual acuidade, Calamandrei chegou à mesma conclusão, ao salientar que as fontes de Justiniano, ao referirem-se à sentença viciada por *error in iudicando*, trazem exemplos de ato decisório fundamentado, porquanto, não fosse assim, teria simplesmente sido impossível detectar as sentenças proferidas *contra ius* no ordenamento jurídico romano. Ademais, a admissão de *apellatio* parcial, visando à reforma de parte do julgamento, é outra prova irrefutável da motivação da sentença no processo romano dessa época (TUCCI, 1987, p. 33).

No direito germânico, apesar de o veredito ser dado oralmente perante toda a coletividade, não havia exigência, e talvez essa nem fosse concebível, de que os motivos que haviam influenciado a tomada de decisão fossem explicitados. A impossibilidade ou não-existência da ideia de motivação dentro do direito romano-visigótico se devia ao caráter irracional da prova, que não permitia o desenvolvimento de um pensamento jurídico racional. A decisão, muitas vezes, se devia “a forças sobrenaturais, cabendo ao magistrado tão-só conduzir os mecanismos probatórios — duelos, juramentos, ordálias — pelos quais se manifestava a interferência divina na solução dos conflitos humanos” (GOMES FILHO, 2001, p. 52).

No direito canônico, a decretal *Sicut nobis* de Inocêncio III (1199) fazia expressa menção ao termo motivação. Tal referência, no entanto, era “negativa”, visto que afirmava a validade da sentença não motivada, tendo em vista que a autoridade judiciária faria sempre presumir a inexistência de vícios na decisão. Posteriormente, com a decretal *Quum medicinalis* de Inocêncio IV, obrigou-se que a sentença da excomunhão fosse motivada e que os motivos se dessem por escrito. Tal dispositivo previa, inclusive, punições para o juiz que não o fizesse (GOMES FILHO, 2001, p. 53).

### 1.1.2 O processo medieval

Até a abolição pelo IV Concílio de Latrão (1215) dos chamados “juízos de deus”, inexistia norma, no processo medieval, que exigisse a motivação dos atos decisórios. Isso se deve à herança romana de que o julgado era válido mesmo que sem fundamentação.

A sentença, normalmente, era proferida tão-somente pelo emprego dos vocábulos *condemno* ou *absolvo* e, no juízo *ad quem*, por *confirmo* ou *infirmo* (SCHWARZENBERG, 1966, v.13, p. 1148 *apud* TUCCI, 1987, p. 40). Os civilistas e canonistas medievais eram, a não ser em casos excepcionais, contrários à motivação dos pronunciamentos judiciais, visto que consideravam que os motivos davam ensejo às impugnações, estas indesejáveis, e que a força da sentença seria tanto maior quanto mais assumisse a forma de um veredito imotivado (TARUFFO, 1975, p. 284). A validade da sentença era, então, presumível em função da autoridade judiciária e a apresentação ou não de uma motivação era legada ao arbítrio do juiz.

Com o IV Concílio de Latrão (1215), as decisões judiciais passaram a usufruir de uma autêntica racionalidade, expressa por meio das primeiras alusões aos motivos. Podiam ser um fato constatado, um documento, testemunhos, confissão ou mesmo a afirmação de uma regra de competência (SAUVEL, 1955, p. 12 *apud* GOMES FILHO, 2001, p. 53).

A prática de apresentação dos motivos, entretanto, não era obrigatória e nem destinada ao esclarecimento das partes ou ao controle da opinião pública, de forma que não constituía causa de invalidade da sentença. Na verdade, se destinava mais a conferir alguma certeza a um sistema jurídico de fontes normativas totalmente dispersas.

Apesar dos preconceitos que circundam a era medieval, a realidade é que “o direito, na concepção medieval, representava mais o resultado de um lento trabalho de organização dos consensos do que a manifestação da vontade de um soberano” (GIULIANO; PICARDI, 1995, p. 27-29). O raciocínio judicial tinha uma configuração dialético-retórica e a atuação do jurista se fundamentava na mediação e na controvérsia.

Sobre a atuação do juiz pesava uma “responsabilidade profissional”, própria do período, e que se caracterizava por um ideal de igualdade entre juízes e cidadãos. Dessa forma, a sentença era a simples justificação de uma decisão prática (GIULIANO; PICARDI, 1995, p. 29).

Entretanto, essa primitiva prática de fundamentação das decisões não permaneceu, de forma que a partir do séc. XIV, os motivos não mais aparecem nos registros das cortes de

justiça. Isso se deveu ao nascimento do modelo absolutista, quando a justiça do monarca se sobrepôs às justiças senhoriais.

### **1.1.3 O absolutismo**

O desaparecimento da incipiente prática de apresentação dos motivos, mencionada no tópico anterior, significou uma espécie de retorno à lógica própria aos “*juízos de Deus*”, agora sob o enfoque absolutista de que, “se o rei exercia os seus poderes terrenos ‘por graça de Deus’, nada mais natural que no exercício desses mesmos poderes ele e seus agentes estivessem isentos de dar qualquer justificação de seus atos” (GOMES FILHO, 2001, p.55). A ausência de motivação também atendia aos interesses absolutistas, pois a não exposição das razões evitava contradições entre decisões com causas de mesma natureza, não ensejando eventuais impugnações. Por fim, conferia maior liberdade, poder e prestígio ao juiz.

Entretanto, o dever de fundamentar, paulatinamente, surgiu em outras monarquias que não a francesa (cujas resistências à prática manteve-se inalterada até a Revolução), como em Florença, Portugal, Catalunha e Aragão. Esses textos, entretanto, relacionavam-se à disciplina das impugnações e objetivavam fortalecer o controle hierárquico dos monarcas sobre a atuação dos magistrados. Da “responsabilidade profissional” própria do período anterior, passou-se, portanto, à “responsabilidade disciplinar”. A motivação funcionava como instrumento de controle burocrático sobre a atuação dos juízes (GOMES FILHO, 2001, p.57).

### **1.1.4 O advento do iluminismo**

Sob a influência do iluminismo, foi nos Estados de despotismo esclarecido que se deram os maiores progressos rumo à atual configuração do dever de motivar.

O *Codex Fridericianus Marchicus*, publicado em 1748 durante o reinado de Frederico II da Prússia, foi o primeiro instrumento a considerar a motivação da sentença como instrumento destinado também às partes, e não exclusivamente ao controle da atuação dos juízes pelos órgãos superiores:

Nesse diploma legislativo [...] eram estabelecidas prescrições minuciosas a respeito do comportamento dos juízes em relação à decisão: tanto nos processos escritos como nos orais, o relator (*referent*) devia redigir uma proposta de decisão, na qual vinham expostas as questões de fato e de direito, bem como um relatório da tramitação processual e dos resultados da atividade probatória, exprimindo ainda as *rationes decidendi et dubitandi* sobre a solução da controvérsia; ao relator cabia também expor a própria opinião motivada, que seria a fundamentação da decisão final, se acolhida a proposta pelo colégio julgador. A finalidade dessas regras era igualmente esclarecida pelo próprio texto legislativo: evitar divergências de interpretação das partes sobre o conteúdo da decisão e, concomitantemente, permitir ao juiz da impugnação melhor conhecimento da controvérsia (GOMES FILHO, 2001, p. 57-58).

Apesar do inegável avanço trazido pelo diploma acima referido, a publicação da decisão fundamentada não era obrigatória, de forma que o conhecimento dos motivos deveria ser solicitado pelas partes. Essa obrigatoriedade só se deu com a *Allgemeine Gerichtsordnung* (1781), que também estendeu a obrigação de motivar às decisões incidentais ou prejudiciais. Vale ressaltar que, mesmo nesse contexto, a motivação ainda permanecia em âmbito endoprocessual.

Na Itália, com a *Prammatica* (1774), publicada no reino de Ferdinando IV, também tal garantia veio pela primeira vez reconhecida. Vale citar trecho do mencionado documento legal:

Em qualquer decisão, que diga respeito ou à causa principal ou aos incidentes [...] se expliquem as razões de decidir ou sejam os motivos sobre os quais a decisão está apoiada [...] para remover quanto mais se possa dos juízes o arbítrio e afastar os juízes de qualquer suspeita de parcialidade, que as decisões se fundem não sobre as meras opiniões dos doutores, que infelizmente com suas opiniões tornaram certo ou arbitrário o direito, mas sobre as leis expressas do Reino. [...] E quando não houver lei expressa para o caso, e se tenha de recorrer à interpretação ou extensão da lei, quer o Rei que isso se faça pelo juiz de maneira que as duas premissas do argumento sejam sempre fundadas nas leis expressas e literais. (GOMES FILHO, 2001, p. 58-59).

Esse texto legal foi realmente marcante quanto à motivação, não só por generalizar sua obrigatoriedade, mas também por superar a limitação endoprocessual que se lhe impunha até então. Esse modelo de controle extraprocessual trazido pela *Prammatica*, por ter avançado caráter democrático incompatível com a realidade da época, acabou sendo abolido, transformando-se, então, em mera faculdade discricionária.

Mas foi em França, com a legislação revolucionária influenciada por um modelo iluminista bem mais radical no que toca ao Estado, ao direito e à administração da justiça, que a obrigação de motivar assumiu contornos mais definidos. O cenário francês pré-revolucionário era de fato bem mais crítico que o prussiano: imperava a incerteza do direito,

tendo em vista a existência de diversos centros de produção de normas (direito canônico, feudal, *ordennances* reais, *arrets de reglement* dos tribunais, costumes etc.), o que acabava por conferir um forte particularismo ao ordenamento francês; a organização judiciária era igualmente confusa, existindo um número elevado de órgãos com atribuições jurisdicionais e inexistindo critérios seguros para a divisão da competência entre eles; havia ainda, em contraposição e mesmo paradoxalmente, uma relativa independência dos *parléments* (tribunais), pois os juízes franceses, sendo proprietários dos próprios escritórios, conservavam certa autonomia em relação ao próprio rei.

Diante desse cenário e com o advento da revolução, a motivação passou a ser entendida como um direito natural, por meio do qual seria possível estabelecer um controle da sociedade sobre o exercício jurisdicional, visto que este poder é conferido pela própria sociedade. Como é a lei expressão da vontade popular, o juiz deveria fundamentar suas decisões somente nos textos legais, como forma de prestação de contas à opinião pública:

Para a doutrina iluminista, na sua vertente liberal e democrática, o primado da lei decorre não somente do fato de ser expressão da vontade popular soberana, mas também porque a lei, geral e certa, representa a garantia dos direitos individuais. É com base nessas premissas que Montesquieu desenvolve sua teoria sobre a atividade judicial, afirmando que no governo republicano é da própria natureza da sua constituição que os juízes sigam a letra da lei. Os juízes são senão a ‘bouche que prononce les paroles de la loi’; em resumo, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor do que dispôs o legislador. (GOMES FILHO, 2001, p. 61-62).

O primeiro dos principais diplomas legais revolucionários que trataram da motivação foi a lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790, que estendeu à administração da justiça mais amplamente os princípios iluministas, principalmente pela expressa proibição do exercício do poder legislativo pelos tribunais. Esse texto trazia em seu art. 15 que todos os julgamentos, fossem civis ou criminais, deveriam conter os nomes e as qualificações dos litigantes, as questões de fato e de direito citadas no processo, “le résultat des faits reconnus ou constatés par l’instruction et les motifs qui auront déterminé le juge seront exprimés”, e o dispositivo (SAUVEL, 1955, p. 45 *apud* GOMES FILHO, 2001, p.63). Esta foi a primeira vez que a expressão “motivos” foi efetivamente empregada.

O segundo dos diplomas legais que consagraram o dever de motivar foi a Constituição do ano III (1795), que continha em seu art. 208: “Les jugements sans motifs et on y énonce les termes de la loi appliquée” (GOMES FILHO, 2001, p.63). Essa regra, decisiva quanto à

obrigatoriedade da motivação, consolidou a sua natureza de garantia política e não apenas processual. A esse respeito:

Mas o significado político é bem definido: tratava-se, antes de tudo, de assegurar uma forma de divisão de poderes em que a jurisdição era concebida como atividade lógica e juridicamente secundária em relação à legislação. Relacionando a motivação à legalidade, o constituinte relacionava a estrita sujeição dos juízes à lei não só como forma de prevenir o arbítrio, mas sobretudo para reafirmar a sua própria supremacia como exclusiva fonte de direito. (GOMES FILHO, 2001, p. 64).

Vê-se que esse documento legal consagrava sumamente a máxima do juiz como “boca da lei”, reservando à atividade judicante uma função de aplicação da lei com aspectos automáticos, privando o magistrado de qualquer atividade criativa.

### **1.1.5 As Constituições do pós-guerra**

O objetivo político consagrado na motivação das decisões da época revolucionária francesa sofreu uma espécie de renascimento a partir do segundo pós-guerra.

A Constituição italiana de 1948 trouxe em seu art. 111, §1º, previsão expressa: “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati” (GOMES FILHO, 2001, p.66). Tal dispositivo ampliou o significado de motivação, conferindo-lhe, além do significado revolucionário mencionado no tópico anterior, a condição de cerne de toda a construção da função jurisdicional. Nesse sentido:

O texto constitucional consagra e assegura [...] a possibilidade de controle democrático sobre a maneira pela qual é administrada a justiça; não simplesmente um controle de tipo processual, como aquele propiciado pelo sistema de impugnações, mas antes um controle generalizado e difuso da opinião pública, ou seja, do próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. (TARUFFO, 1975, p. 406-407).

A Constituição alemã de 1949 não trouxe previsão expressa a respeito do dever de motivar. Entretanto, como decorrência do princípio geral do Estado de direito, restou consagrado no ordenamento jurídico, como se aduz de posicionamento da Corte Constitucional alemã de que:

Exceções ao dever de motivar são inconciliáveis com o princípio do Estado de direito, pois o cidadão tem o direito de conhecer os motivos e as razões sobre as quais está fundamentado um ato capaz de incidir sobre sua posição jurídica, para poder tutelar adequadamente os seus direitos. (GOMES FILHO, p. 78).

Na Constituição espanhola de 1978, a previsão, a semelhança da italiana, foi também expressa, prescrevendo em seu art. 120, n. 3 que “Lãs sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán em audiencia pública” (GOMES FILHO, 2001, p.68).

A Constituição portuguesa, a seu turno, com reforma realizada em 1982, traz expressamente em seu art. 210º, n. 1 que “As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei” (GOMES FILHO, 2001, p.69).

### 1.1.6 Os ordenamentos da *common law*

No direito anglo-americano não há norma expressa a respeito da obrigatoriedade de motivar. Na verdade, admite-se como regra geral a não obrigatoriedade.

Tantos os tribunais ingleses quanto os norte-americanos entendem, como se constata de amplo leque de antecedentes, que a apresentação das razões não decorre da *natural justice*, não existindo, portanto, um “*direito às razões*”. O risco de injustiça (*unfairness*) seria minimizado por outras garantias processuais, de forma que a apresentação dos motivos não se faria urgente.

A inexistência no *common law* do dever de motivar aos moldes do direito romano-germânico não significa que na prática as decisões dos juízes e tribunais em tais países não sejam regularmente motivadas, sendo reiterado o uso do que se pode chamar “motivação espontânea” (TUCCI, 1987, p. 96).

O costume de apresentação das *reasons* nas decisões, na maior parte das vezes de forma exaustiva e pormenorizada, se explica principalmente pela importância que exercem os precedentes nesse sistema. Ao contrário dos países do direito continental, em que as decisões são aplicações de um texto legal (pelo menos supostamente), nos países do *common law*, são assumidamente criações jurisprudenciais do direito, destinadas a se tornarem normas gerais e abstratas para casos futuros (GOMES FILHO, 2001, p. 73). Justamente por essa “repercussão” que uma decisão pode assumir, as cortes pautam-se sempre “*by a consequentialist reasoning*”, sopesando quando da fundamentação qual a decisão que fará melhor sentido como regra legal (MAC CORMICK, 1978, p. 460, apud TUCCI, 1987, p. 98).

### 1.1.7 A Constituição brasileira de 1988

Até a Carta constitucional de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro previa a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais apenas em sede infraconstitucional, principalmente nas disposições do art. 381, III, do Código de Processo Penal, e art. 458, II, do Código de Processo Civil.

Entretanto, o valor político da garantia já era conhecido, existindo inclusive disposições legais que a contrariavam expressamente, como a do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, editada com base na Emenda n. 1, de 1969, que creditava à Suprema Corte o poder de decidir a arguição de relevância de questão federal em sessão secreta e sem a correspondente fundamentação.

Certamente foi essa influência lamentável, característica do período ditatorial, que conferiu especial atenção ao tema sob exame nos trabalhos da Assembléia Constituinte de fevereiro de 1987.

A Constituição de 1988 traz na redação do art. 93, IX que:

Todos os julgamentos dos órgãos judiciários do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

O termo “todas as decisões” implica que qualquer pronunciamento jurisdicional que contenha viés decisório, por menor que seja, deve ser motivada, com exceção dos meros despachos de expediente.

## ***1.2 MOTIVAÇÃO COMO GARANTIA POLÍTICA***

Uma das principais características de um Estado democrático de direito é a limitação do poder, que se traduz, entre vários outros fundamentos, na sua justificação (BRÜGGEMANN, 1971, p.161 apud GOMES FILHO, 2001, p.75). O Estado de direito, portanto, é um Estado que se justifica permanentemente, o que implica que o desempenho do poder, em suas diversas vertentes, deve ser exercido sempre balizado pela publicidade e

transparência. Estas últimas impõem que a atuação estatal sempre se dê com a devida explicitação das razões que a motivam.

O exercício do poder, portanto, limita-se por critérios de racionalidade cuja legitimidade se deve à atuação da própria sociedade em uma espécie de controle democrático contra qualquer modelo de arbitrariedade. Como o poder, no modelo democrático, correlaciona-se à idéia de consenso, este último é constantemente “buscado” pelo primeiro como meio de lhe conferir legitimidade.

Contudo, a crescente complexidade das sociedades modernas, no que concerne às suas relações econômicas e sociais, dificulta a obtenção do mencionado consenso. Nesse diapasão, a exigência de explicitação dos atos do poder se torna cada vez mais imperativa, ainda mais quando se toma em consideração a supervalorização da opinião pública, que é a mais evidente expressão da vontade popular.

Diante desse quadro, é possível entender a importância da função política da motivação das decisões judiciais, tendo em vista que estas últimas fazem parte do gênero dos atos de poder. Tal necessidade sobreleva-se diante da constatação que os magistrados, em grande parte dos países, não são escolhidos pelas vias eleitorais ou não recebem aprovação do Parlamento para o exercício da função jurisdicional, o que debilita, sob certa perspectiva, o caráter democrático desse mesmo exercício. Tal perspectiva ainda se agrava pelo fato de que, ao contrário dos atos praticados pelos funcionários da Administração, os atos jurisdicionais não sofrem controle de legalidade. Em outras palavras, o judiciário é seu próprio fiscal.

Tal déficit de legitimidade democrática só pode ser corrigido pela maneira pela qual o magistrado exerce sua função. Assim, a atividade judiciária deve reger-se segundo critérios garantistas da justiça natural: “o juiz não age de ofício, nem em causa própria, e a sua decisão é um ato que nasce do diálogo entre as partes e com as partes, que são destinatárias da decisão” (TROCKER, 1982, p.461).

A motivação das decisões judiciais exerce, nessa perspectiva, uma função que transcende os limites processuais, elevando-se ao patamar político como principal instrumento de controle sobre a atuação do magistrado e sobre o exercício do poder jurisdicional. Nesse contexto, a motivação pode ser tomada como garantia geral ou política, como forma de limitação ao Próprio Poder Judiciário no âmbito do Estado de direito, e como garantia processual, funcionando como instrumento de controle e proteção dos valores mais caros ao processo.

A motivação das decisões judiciais se revela como o espaço em que o juiz se submete a um controle democrático *a posteriori*, demonstrando a conformidade da decisão aos

preceitos legais, não necessariamente de forma mecânica e automática, aos moldes iluministas, mas segundo critérios de racionalidade, dentro do âmbito de discricionariedade interpretativa que lhe é legalmente confiado.

A referida garantia de legalidade conduz a uma outra, também viabilizada pelo dever de motivar, a saber, a certeza do direito, especialmente no que concerne à previsibilidade do conteúdo das decisões jurídicas. O termo previsibilidade não significa limites não-razoáveis à liberdade decisória do juiz, mas funciona como possibilidade de exame sobre possíveis atuações arbitrárias e destoantes. Assim, a previsibilidade das decisões recomenda que estas se dêem segundo critérios de racionalidade, de forma que em situações substancialmente semelhantes, a interpretação não se diferencie de maneira illogicamente gritante.

Por último, a obrigatoriedade de motivar também é meio assecuratório da separação dos poderes, visto que estabelece limites à atuação jurisdicional. Tais limites não transformam o juiz em mero autômato aplicador da norma (pois o magistrado efetivamente exerce atividade criativa), mas impede que sua atividade hermenêutica tome nuances de atividade legislativa.

### ***1.3 MOTIVAÇÃO COMO GARANTIA PROCESSUAL***

As funções exercidas pela motivação no contexto endoprocessual relacionam-se a princípios decorrentes da ordem constitucional, tendo em vista que o processo deve refletir as bases do regime democrático, ou seja, funciona como um microcosmos democrático do Estado de direito (DINAMARCO, 1996, p. 25).

A primeira das funções instrumentais da motivação no âmbito interno do processo se refere à cognitiva, que visa a garantir que as decisões tomadas ou adotadas sejam de fato resultantes de uma efetiva apreciação, pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito levantadas. Para Watanabe (1987, p.41), a cognição é um ato de inteligência que deve considerar e analisar todas as questões de fato e de direito trazidas à discussão e que, ao término, servirão de base para o fundamento da decisão.

A segunda das funções exercidas pela motivação no contexto processual é relativa a critérios limitadores da independência do juiz, evitando que a autonomia que lhe é conferida possa transformar-se em arbitrariedade. A motivação há de circunscrever o juiz a uma atuação dentro de uma esfera de poder, sendo o instrumento de controle apto a constatar se o

magistrado não invadiu as esferas de competência de outros poderes. Por outro lado, mas dentro deste mesmo contexto, a apresentação das razões da decisão servem de estímulo à imparcialidade e ao exercício independente das atividades judiciárias, objetivando resguardar a decisão judicial de escolhas subjetivas ou de pressões externas, como a opinião pública.

A terceira das funções ora examinadas concerne à garantia do contraditório. A apresentação dos motivos da decisão, em verdade, é a última manifestação do contraditório, pois os motivos devem considerar os resultados do contraditório e demonstrar que a decisão se deu conforme a atuação das partes interessadas.

A quarta das funções exercidas pela motivação dentro do processo se refere à apresentação de fundamentos racionais e convincentes capazes de evitar os recursos à segunda instância, resolvendo a lide de pronto. A apresentação de boas razões intenciona convencer as partes da plausibilidade e correteza da decisão, de maneira a não procrastinar ainda mais a solução da demanda.

Por último, a motivação é uma forma de garantia da publicidade dos atos processuais. Motivação e publicidade, como garantias processuais, guardam estreita intimidade, como se pôde aduzir, inclusive, nas breves considerações históricas feitas neste trabalho. De fato, a motivação não poderia cumprir seu papel de controle sobre a atividade judicial se a sua publicidade não fosse assegurada (TARUFFO, 1975, p.407).

## 2 A ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO

Feitas as considerações introdutórias, cabe, neste ponto, uma análise a respeito da estrutura da motivação. Entenda-se por estrutura todos os aspectos correlacionados ao dever de motivar, como constitucionalmente consagrado.

Além da disposição constitucional do art. 93, IX, ao prescrever que “serão [...] fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, nosso ordenamento faz poucas outras referências no que toca à estrutura da motivação. Entre estas estão as disposições do Código de Processo Civil, art. 458, II, que dispõe serem “requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, e do Código de Processo Penal, art. 381, III, ao assentar que “a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

Neste ponto, cabe ressaltar que *motivo* e *motivação* são expressões que não se confundem. A primeira, em sua significação mais comum, transmite a noção de causa ou condição de uma escolha, ou seja, de uma vontade ou de uma ação. É a esse exato sentido que se refere a legislação penal ao estabelecer as circunstâncias qualificadoras ou agravantes (motivo fútil ou torpe), atenuantes ou causa de diminuição de pena (motivos de relevante valor social ou moral), ou a própria referência aos motivos como critérios ou circunstâncias para a fixação da pena (art.59 do CP) (GOMES FILHO, 2001, p. 109).

Semelhantemente, e ainda no campo do direito público, na doutrina do direito administrativo, a palavra motivo expressa elementos objetivos do direito e de fato que levam a administração a agir, constituindo o fundamento do ato administrativo. Por último, no direito processual, a expressão sob comento assume também um viés objetivo, tendo em vista que somente interessará ao campo jurídico os elementos de caráter objetivo, de fato e de direito, levados em consideração pelo julgador e intérpretes de modo geral na formação de suas decisões ou argumentos.

A palavra motivo também assume cunho psicológico, se referindo a aspectos outros, que não jurídicos, que determinam a tomada de decisão judicial. A motivação, nesse sentido, e como se verá adiante, é conceito mais amplo que o motivo, algumas vezes abarcando-o em seu contexto, outras vezes excluindo-o, a depender das acepções assumidas por esse último.

## 2.1 DECISÃO E MOTIVAÇÃO

Motivação e decisão relacionam-se intimamente, mas são conceitos que não se confundem. A priori, a motivação pode ser encarada, nesse contexto, como um processo mental que leva o agente, *lato sensu*, à decisão, ou, sob a ótica da lógica, como meio de justificação de uma escolha já realizada.

No âmbito judicial, essa discussão se traduz em uma verdadeira autonomia entre ambas as atividades de decidir e motivar, não necessariamente nessa ordem. A motivação se subdividiria em duas perspectivas distintas, a primeira como atividade, revelando os trâmites da atividade mental do julgador ao decidir; a segunda, como produto ou documento, consistindo no corpo de argumentos e proposições, contidos na sentença, por meio do qual o juiz materializa sua decisão (COMANDUCCI, 1992, p.219-220).

Por conseguinte, a motivação funcionaria como mecanismo de legitimação da decisão (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 283). Dessa forma, os dois processos não estariam concatenados na ordem motivação-decisão, mas poderiam ocorrer como decisão-motivação ou mesmo simultaneamente. Essa distinção entre os processos de decisão e motivação se dá, de maneira analógica, à diferenciação feita pela metodologia lógica e científica entre o contexto de descoberta (*context of discovery*) e o contexto de justificação (*context of justification*), de modo que o primeiro se refere ao procedimento que leva à solução de um problema e o segundo ao procedimento que demonstra, ou objetiva demonstrar, a validade dessa solução (MAZZARESE, 1995, p. 112).

Aplicando-se tais conceitos da metodologia lógica e científica à atividade judicial, teríamos o processo decisório como um contexto de descoberta, no qual o juiz destinaria sua atividade mental à escolha de uma alternativa. A construção da motivação, por sua vez, seria um processo pertencente ao contexto de justificação, de forma que o juiz procuraria, dentro do ordenamento jurídico, premissas capazes de justificar, corroborar e legitimar sua escolha.

Na atividade decisória, portanto, pesariam não só premissas de direito e de fato, mas outros tantos valores de cunho moral, político, ideológico *etc.* Tais razões, que se afastam de um conteúdo puramente jurídico, e chamadas por alguns autores de razões inconfessáveis (COMANDUCCI, 1995), não aparecerão de fato na motivação judicial, visto que essa visa a fundamentar juridicamente a decisão judicial, apresentando premissas normativas e/ou principiológicas capazes de legitimar o processo decisório. Por conseguinte, pode-se concluir que a motivação não há de representar, em grande parte dos casos, uma completa descrição do

raciocínio decisório judicial, mas servirá de instrumento institucional capaz de adequar as decisões motivadas “somente ou também” por razões inconfessáveis a um modelo positivamente aceito.

Sob outra perspectiva, pode-se afirmar que a motivação serve de controle sobre o processo decisório, limitando a influência de *motivos inconfessáveis* na decisão judicial e favorecendo a presença de *razões confessáveis*. Assim, a motivação consistiria em muito mais que um simples requisito formal da decisão, mas também em um mecanismo de controle sobre a consciência do juiz, de forma que ao obrigá-lo a desenvolver uma argumentação racional o levaria, igualmente, a decidir conforme certos parâmetros de racionalidade.

## 2.2 MOTIVAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO

A motivação como instrumento de controle do ordenamento jurídico sobre a tomada de decisão judicial só se viabiliza sobre a manifestação concreta das razões que justificam uma determinada solução, em outras palavras, sobre a motivação como documento. Sob essa perspectiva, motivar não se resume simplesmente à apresentação de motivos, mas consiste, acima de tudo, na exposição de uma argumentação racional.

Neste ponto, convém precisar o significado do termo *justificação*, que é frequentemente empregado no sentido de *convalidar* ou *mostrar válido*, ligando-se no contexto filosófico, principalmente, à problemática da racionalidade. Dentro deste universo amplo, Wróblewski (1986, p. 205 *apud* GOMES FILHO, 2001, p. 116) distinguiu dois conceitos mais restritos: a **verificação** e a **justificação *sensu stricto***.

A verificação é uma forma de justificação que se funda sobre uma ontologia, visto que se destina a apreciação de proposições, enunciadas em uma determinada linguagem, como verdadeiras ou falsas. Esse método de justificação é aplicado no âmbito das ciências da realidade.

Dentro do contexto jurídico, entretanto, interessa a segunda forma de justificação ou, como a denomina o mencionado autor, **justificação *sensu stricto***. Tal modalidade de justificação se propõe à convalidação de juízos de valor ou condutas éticas, que não podem ser apreciados ou verificados quanto à sua correção, ou seja, se verdadeiros ou falsos, mas podem ser, às vezes fragilmente, fundamentados segundo parâmetros de justiça, moralidade, razoabilidade, aceitabilidade etc. Para tanto, esta forma de justificação utiliza-se de

argumentos não verificáveis na primeira acepção do termo justificação, mas que podem ser valorados segundo critérios de *persuasividade* ou *razoabilidade* (1986, p. 205 *apud* GOMES FILHO, 2001, p. 117). O discurso há de apresentar, portanto, a maior racionalidade possível.

Segundo Robert Alexy (2001), a jurisprudência contemporânea não pode mais passar sem julgamentos ou juízos de valor. A esse respeito, menciona diversos autores em passagem que vale a pena ser transcrita:

Assim, Larenz fala do ‘conhecimento de que a aplicação da lei não se esgota num processo de subordinação, porém antes requer um amplo alcance de julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei’. A opinião de Muller é de que ‘uma jurisprudência sem decisões ou julgamentos de valor [...] têm significado central em todas decisões sofrivelmente problemáticas, Kriele chega à conclusão de que ‘simplesmente não é possível fugir do elemento normativo-teleológico e dos elementos políticos inerentes a cada interpretação’ e English reconhece que ‘hoje as próprias leis em todos os ramos do Direito (são) construídas de tal forma que os juízes e administradores não só têm de tomar sua decisão e justificá-la simplesmente subordinando-a a conceitos jurídicos estáveis, cujo conteúdo por certo é desenvolvido através da interpretação, mas também são chamados a se tornar independentes, a decidir e decretar de vez em quando de acordo com a lei.’ (ALEXY, 2001, p.20, grifo nosso).

Obviamente, existem decisões judiciais que se adequam (quase) perfeitamente ao modelo subsuntivo, não restando dúvidas para o julgador sobre a solução a ser aplicada ao caso concreto, seja pela clareza da lei ou dos precedentes. Entretanto, o termo *clareza*, dentro do universo argumentativo, deve ser sempre usado com cautela. Como a decisão não pode ser verificada, no sentido de apreciada como certa ou errada, será justificada por argumentos contra os quais, por mais claros que possam parecer, sempre poderão ser postos contra-argumentos. Entretanto, nesses casos, “a categorização de um caso como claro constitui um julgamento de valor negativo, com respeito a todos os potenciais argumentos pressupostos” (ALEXY, 2001, p.21).

Tomando como premissa dessa discussão o acima mencionado consenso sobre a existência dos juízos de valor no processo de tomada de decisão judicial, torna-se clara a imperativa necessidade de que a justificação utilizada para legitimar essa decisão se dê pelo uso de *argumentos racionais*, que mesmo podendo ser de alguma outra forma refutados ou contra-argumentados, culminem em um breve consenso sobre a sua racionalidade, segundo critérios de razoabilidade. A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz interessantes considerações:

A decisão [...] é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada

de decisão apela ao entendimento de outrem. O ato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas com-provado. Esta comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional). (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 294, grifos nossos).

O último trecho da citação acima corrobora o discurso de Alexy, visto que menciona que a decisão para ser racional não precisa necessariamente conquistar ou persuadir todos os destinatários, mas apresentar um “discurso fundamentante”. Pode-se inferir, portanto, que a racionalidade reside (aparentemente) no próprio discurso ou na maneira como este se dispõe.

A menção do ilustre doutrinador brasileiro à decisão jurídica como um discurso racional remete-nos a breves considerações sobre o discurso jurídico. Alexy (2001) afirma que este pode ser contemplado sob três pontos de vista distintos, a saber, o empírico, o analítico e o normativo:

É empírico quando descreve ou busca explicar a frequência relativa de dado tipo de argumentos, a correlação entre determinados grupos de oradores, situações de discurso e o uso de determinados argumentos ou sua aplicação [...] A contemplação é analítica quando nela se trata da estrutura lógica encontrada de fato ou nos possíveis argumentos. Finalmente, ela é normativa, quando propõe e justifica os critérios para a racionalização do discurso jurídico. (ALEXY, 2001, p. 26).

Alexy (2001) prossegue afirmando que o discurso jurídico, para ser fielmente analisado, deve ser entendido como um caso especial do discurso prático geral, visto que ambos reivindicam a correção de suas afirmações. Nesse contexto, a argumentação jurídica se desenrola segundo diversas condições limitadoras pré-determinadas, entre as quais convém mencionar a lei, os precedentes, a dogmática jurídica e as regras da ordem processual. A reivindicação de correção jurídica, por fim, se encontraria nas constatações jurídicas, estas resultantes de um processo de tomada de decisão balizado por tais condições limitadoras, racionalmente justificáveis (ALEXY, 2001, p.27).

Para esclarecer melhor o significado de *argumentação racional* e *justificação* no contexto deste breve trabalho, cabe trazer um trecho de comentada decisão da Corte Constitucional Federal alemã mencionada por Alexy em sua obra:

O direito não é idêntico à totalidade das leis. Visto que de acordo com a lei básica (Grundgesetz) (não se exige) que os juízes meramente dêem instruções do tipo legislativo dentro dos limites dos possíveis significados literais nos casos isolados. A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm

nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade. (ALEXY, 2001, p.34, grifos nossos).

Esse excerto da jurisprudência alemã levanta discussão sobre alguns conceitos importantes, como argumentação racional e razão prática. Alexy (2001), a esse respeito, cita alguns outros autores alemães. Para Esser, a racionalidade da argumentação é “exterior ao sistema dogmático e seus ‘métodos’ – na medida em que a organização de um consenso sobre a racionalidade de uma solução no enquadramento de certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei” (ESSER, 1967, p. 9 *apud* ALEXY, 2001, p.34).

Apesar de não definir nem o conceito de argumentação racional nem o de consenso, a doutrina de Esser (1967 *apud* ALEXY, 2001) sugere que a argumentação racional jurídica assenta-se sobre a obtenção de um consenso. Nesse sentido, a racionalidade do discurso jurídico liga-se sumariamente à persuasão e ao convencimento. Assim, justificar uma decisão seria, sobretudo, oferecer “boas razões” ou “razões persuasivas” para uma dada escolha (COMANDUCCI, 1999, p. 49-53). E se há escolha para o juiz ou “decididor” é porque há outras opções, (talvez) não igualmente justificáveis.

Nessa perspectiva, a racionalidade do discurso se dá de forma contingencial, de maneira que a adequação das decisões se relaciona às características próprias de um dado ordenamento jurídico em um específico momento histórico ou, de forma mais abrangente, segundo a cultura jurídica prevalecente. E se há persuasão ou convencimento, é porque há um auditório ao qual a argumentação justificativa se dirige, o que implica que a adequação desta última também vai depender do auditório a que se destina e do contexto histórico, político e/ou social em que se insere.

A justificativa das decisões varia também conforme a função que exerce, se *endoprocessual* ou se *garantia política* (GOMES FILHO, 2001, p. 118). No primeiro caso, o auditório é mais limitado, formado pelos juízes das eventuais impugnações e pelas próprias partes. Aqui prevalecerão os fundamentos de ordem técnica. No segundo caso, em que o contexto é o controle democrático das próprias decisões judiciais, o auditório é constituído potencialmente por todos os membros da comunidade, e o discurso enfatizará os valores comunitários que presidiram as escolhas adotadas. Como arremate, vale citar trecho de Luhmann: “No que se refere à legitimidade das decisões o que importa ‘não é tanto as

convicções muito motivadas, porém mais [...] aceitação [...] que é livre de motivos e independente de idiossincrasias individuais” (LUHMANN, 1975, p.36).

### **2.3 MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO**

Neste tópico será abordado um segundo aspecto da motivação, também ajustável ao sistema jurídico-político no qual se insere a atividade judiciária, a saber, o *modelo de racionalidade* apto a justificar uma decisão. Nesse aspecto, também existe um caráter contingencial, assim como mencionado no tópico anterior quando falávamos de justificação. Isso significa que, a depender do ordenamento jurídico e do contexto histórico e político em que este se insere, haverá uma diferente recomendação ou ideologia para a aplicação do direito, especialmente no que se refere ao tipo de raciocínio decisório que, a seu turno, leva a um modelo de justificação.

A expressão *modelo de racionalidade* remete a conceitos da lógica formal, que serão brevemente apresentados neste trabalho dentro dos limites necessários.

#### **2.3.1 Dedutivo ou silogístico**

Para entender-se o conceito de silogismo é necessário compreender, a priori, o conceito de inferência, que nada mais é que a passagem de uma proposição a outra. Essa passagem, entretanto, se dá por meio de uma atividade mental por meio da qual se passa da aceitação de uma ou mais proposições para a aceitação de outras, mediante o conhecimento de sua conexão necessária.

A expressão “silogismo” apresenta uma acepção ampla e outra mais restrita. A primeira delas se refere a toda forma de inferência lógica. O silogismo *strictu sensu*, por sua vez, refere-se a um modelo de inferência que “partindo de dois juízos categóricos de estrutura simples ... concluem com um juízo do mesmo tipo. O conceito médio, as premissas, já não aparece no juízo inferido, a conclusão, que por seu lado contém os outros dois conceitos” (KAUFFMAN, 2004, p.105). A força conclusiva do silogismo e, por conseguinte, sua persuasividade advêm da conexão necessária entre o conteúdo de suas proposições, sem

considerar sua verdade ou falsidade. Vale citar um conhecido modelo de silogismo apenas para corroborar a sua definição:

Todos os homens são mortais.  
Sócrates é um homem.  
 Sócrates é mortal.

No campo jurídico o modelo silogístico ou subsuntivo é, sem dúvida, o mais difundido modelo de racionalidade, tendo em vista que é a forma mais perfeita de demonstração lógica. A origem do presente modelo remonta ao postulado iluminista do juiz como “boca da lei”, ou seja, o magistrado deveria atuar como mero aplicador de um modelo lógico. Tal recomendação funcionaria como verdadeira garantia contra a discricionariedade ou arbítrio judicial.

Sob esse critério, a decisão judicial se *equipararia* a um *silogismo* no qual a premissa maior, numa analogia grosseira, seria a norma a ser aplicada, a premissa menor seria o fato concreto sob exame, e a conclusão, ou decisão da causa, seria resultado de uma subsunção do fato à norma. O modelo é evidentemente simples e exerce, no contexto do direito contemporâneo, uma função muito mais ideológica, recomendando a neutralidade do juiz, que metodológica, visto que verdadeiramente só se pode falar em silogismo ao final do processo decisório.

Assim, tal concepção lógico-dedutiva se aplica muito mais no contexto de justificação, ou seja, quando da motivação, do que no momento mesmo da decisão (MAZZARESE, 1995, p.184-185), que sofreria um bombardeio de diversos outros fatores (fala-se aqui do contexto de descoberta, já mencionado neste trabalho). Neste sentido:

O processo de subsunção, que não se confunde com o automatismo lógico da dedução, exige alguns passos importantes, que já se mostram na própria elaboração da premissa maior. Há quem diga, neste sentido, que, embora formalmente primeiro apareça a regra geral, depois a descrição do caso e por fim a conclusão, na verdade o decisor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuindo, primeiro, a conclusão a que deve chegar para então buscar, regressivamente, as suas premissas. Na verdade, esta observação mostra que a subsunção exige uma verdadeira construção da premissa maior, que não é um dado (uma determinada norma da lei em vigor), como se pode imaginar a princípio. (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 288).

De fato, o modelo silogístico apresenta uma participação ínfima no trabalho dos juízes, visto que a problemática do processo decisório reside muito mais na escolha das premissas

que justificarão a decisão, que na obtenção da conclusão lógica resultante do processo subsuntivo. A esse respeito:

Se fosse possível obter o direito de forma puramente dedutiva, então haveria de facto, para cada questão jurídica, uma só resposta certa. Mas isto, dado que não dispomos da capacidade do Hércules *dworkiniano*, não é possível. Pelo menos nas ciências normativas não basta a dedução apenas. Isso seria uma perspectiva demasiado unilateralmente normativista (que se encontra de forma extrema em *Kelsen*) e que não considera de forma suficiente o mundo dos factos. É interessante que neste ponto certamente não insignificante, o direito natural clássico e o positivismo clássico (lógico-normativo) se equiparam, pois ambos procedem (supostamente) de forma puramente dedutiva: a regra jurídica (a norma jurídica positiva) seria *determinada* através da regra jurídica, [...] mas um tal método nunca foi praticado, porque não pode de todo ser praticado. [...] é sempre precisa na ‘aplicação do direito’ (que certamente é ‘subsunção’ mas não em primeira linha) uma adaptação da norma em vista do caso concreto. Um lógica puramente dedutiva fica por aqui. (KAUFFMAN, 2004, p. 155-116).

Desta forma, mostra-se evidente a falibilidade do modelo dedutivo, tendo em vista que o direito não poder ser concebido de maneira puramente abstrata, priorizando a norma em sacrifício das peculiaridades que só os fatos podem apresentar.

### 2.3.2 Indutivo

A indução, no contexto da lógica formal, é uma inferência que parte do particular para o geral. Tomemos um exemplo simples para fins de ilustração:

Estes feijões são deste saco.

Estes feijões são brancos.

Todos os feijões deste saco são brancos. (KAUFFMAN, 2004, p. 112).

O presente esquema é um modelo de inferência que produz novos conhecimentos, mas a partir de uma base incompleta. Por isso, tende a levar a juízos problemáticos. Só seria indubitável ou forçosa se todos os exemplares fossem observados (no caso acima, se todos os feijões fossem constatados como brancos um a um), o que dificilmente acontece. O exemplo abaixo, também trazido por Kauffman (2004), ilustra melhor o carácter problemático do modelo indutivo:

As leis racicas nazis, o Código Civil, o Código Penal... foram aprovadas de modo formalmente correcto pelo legislador.

As leis racicas nazis, o Código Civil, o Código Penal... são Direito.

Todas as normas aprovadas de modo formalmente correcto pelo legislador são Direito. (KAUFFMAN, 2004, p. 114).

A corretude da conclusão do exemplo anterior é evidentemente discutível. Tal modelo de inferência, no contexto jurídico, se traduz de forma que a norma aplicável não é simplesmente encontrada pelo juiz em meio a tantas outras normas vigentes no ordenamento jurídico, mas é por ele estabelecida (GIANFORMAGGIO, 1986, p. 47). Kauffman (2004) tece algumas consideraoes sobre o modelo indutivo, destacando que no contexto da decisão judicial ele não pode ser utilizado sozinho, por não estar de todo apto para chegar a proposioes verdadeiras:

Sobre a induao (generalizaao) deve dizer-se que ela é uma forma de inferência irrenunciável para a determinaao do direito [...] No entanto a induao é, por si so, um instrumento inapto para chegar a proposioes verdadeiras, naturalmente que isso foi várias vezes tentado. O positivismo jurídico empírico, algumas correntes filosóficas existencialistas, a ética de situaao e, recentemente, o método do ‘pensamento casuístico’ pretendem, partindo do caso e sem se apoiar numa norma, chegar à decisão jurídica. Que a induao seja cientificamente duvidosa aos olhos dos lógicos estritos, é algo que os teóricos do direito têm de aceitar. Como se disse, não se pode proceder, no método jurídico, absolutamente sem nenhum momento indutivo (sem qualquer ser). Mas de que modo se poderá chegar exclusivamente por induao, partindo apenas da facturalidade do caso a uma decisão de dever, permanece um segredo para todos os que afirmam tal possibilidade. (KAUFFMAN, 2004, p. 116-117).

O presente esquema decisório valoriza a criatividade do juiz em detrimento da vontade do legislador, priorizando a construao de uma decisão maximamente adequada ao caso concreto. Sob esse modelo, o juiz há de levar em conta as particularidades de cada situaao com vistas à obtenao de uma decisão mais justa, mesmo que “sacrificando” as regras ditadas pelo legislador (TARUFFO, 1998, p. 121). De maneira geral, traduz-se como um modelo de equidade.

A justificaao indutiva teve seus maiores expoentes na doutrina da “*libre recherche scientifique*” de François Geny, desenvolvida no final do século XIX e no sistema da *common law*, em que a atividade judicial já foi concebida como forma de “*social engineering*”, ou seja, como uma forma de sopeso e balanceamento dos diversos valores sociais conflitantes em um mesmo contexto factual (GOMES FILHO, 2001, p. 121).

Recentemente, pode-se dizer que encontra guarida no denominado *direito alternativo*. Essa corrente do direito privilegia as peculiaridades do fato concreto em detrimento da norma,

de forma que em caso de relação tensa e conflitual entre as falibilidades do juiz e do legislador, e não sendo possível coaduná-las, é preferível optar pela visão do juiz, que vê o caso no momento da realidade, e não abstratamente, como o faz o legislador.

O último dos esquemas lógicos de justificação a ser estudado neste trabalho é o **retórico**. Como a esse modelo será dedicado um exame mais acurado, e dada a sua importância para esse texto, será tratado separadamente no próximo capítulo.

### 3 A MOTIVAÇÃO COMO MODELO DE JUSTIFICAÇÃO RETÓRICO

O discurso decisório jurídico é regido pelo dever de prova. Tudo o que é dito deve ser, de alguma forma, justificado. A racionalidade do discurso jurídico não impede seu questionamento, mas, pelo contrário, é marcada propriamente pela sua possibilidade. Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a decisão jurídica intenciona findar a questão conflituosa que se lhe apresenta, contudo, é resultado de um longo processo de argumentação.

A ‘*argumentatio*’, ‘*probatio*’ (Cícero) ou ‘*confirmatio*’ (Quintiliano) remonta à Antiguidade, onde figurava como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, sobrelevava-se como a mais importante, visto que se destinava sumariamente a produzir a credibilidade das proposições apresentadas por meio da apresentação das provas (FERRAZ JUNIOR, 1988, p.295). Essa também é a origem da teoria das provas no campo do direito processual.

Hodiernamente, todavia, o termo “argumentação” é usado como um modo próprio do raciocínio jurídico e opõe-se, a seu turno, à “demonstração”. A este respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior discorre com maestria em trecho que vale a pena ser transcrito:

A teoria da demonstração funda-se na idéia de evidência, concebida como a força diante da qual todo pensamento do homem normal tem que ceder. Em conseqüência, no plano do raciocínio demonstrativo, toda prova seria redução à evidência, sendo que o evidente não teria necessidade de prova. Em contraposição, a teoria da argumentação desenvolveu-se a partir da idéia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam ao seu descortínio. A demonstração, neste sentido, liga-se aos raciocínios lógico-formais, como os matemáticos, enquanto a argumentação, não pressupondo a construção de sistemas axiomatizáveis, com seus axiomas e regras de transformação, refere-se antes aos raciocínios *persuasivos*, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração. (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 295).

Sob essa perspectiva, pode-se entender a argumentação jurídica como uma forma de raciocínio, de maneira que raciocinar, em termos jurídicos, é argumentar. O processo de justificação da tomada de decisão judicial seria resultado de uma operação racional do discurso jurídico.

Era esse o entendimento do jusfilósofo Theodor Viehweg (1974 *apud* FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 295-296), que distinguia, dentro do contexto do discurso, entre sistema e problema. O problema seria toda questão que, pelo menos aparentemente permitiria mais de

uma resposta. Um sistema, a seu turno, seria um conjunto de princípios e derivações inter-relacionados. O problema se insere no sistema para nele encontrar uma solução.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Viehweg (1974 *apud* FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 295-296) também distinguia entre o modo de pensar sistemático e o modo de pensar problemático. O primeiro parte da compreensão da totalidade, de forma que os problemas incompatíveis com sua estrutura são rechaçados e vistos como falsos problemas ou, no mínimo, problemas mal-allocados. O pensar problemático, por sua vez, segue a lógica inversa, selecionando sistemas em que possa ser concebido (o problema), o que pode levar, em geral, a uma pluralidade deles (o que não impede que exista, de fato, aquele sistema correto ou determinante).

Esta breve incursão pelo pensamento de Viehweg é útil para que possamos perceber a insegurança que existe no modo de pensar problemático, especialmente no campo do direito, no qual a decisão judicial rege-se mais pelo pensar problemático que pelo sistemático. Dentro do pensar sistemático, pode-se falar em encontrar a verdade, tendo em vista que o sistema é uno e os problemas a ele devem ser coadunados; no pensar problemático, entretanto, como não há certeza sequer sobre o sistema aplicável, que ficará a critério do curso de pensamento do decisor, não se pode falar propriamente em uma verdade, mas em uma opinião devidamente argumentada.

Essa insegurança no pensar problemático já havia sido percebida pelos sofistas, que declaravam não ser possível estabelecer uma linha divisória entre a verdade (*aletheia*) e a opinião (*doxa*), reduzindo tudo à segunda, ou seja, proclamavam a divergência insuperável das opiniões. Ou seja, para os sofistas, era impossível chegar-se à verdade, que era objeto da filosofia. A sofística, muitas vezes mal interpretada, tendo em vista a séria oposição que Platão lhe impunha (no que, em parte, foi seguido por Aristóteles), defendia apenas o poder que a técnica retórica pode exercer no terreno filosófico (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 296).

Para os sofistas, o discurso era um jogo, e quem exercia a dominação da palavra era capaz de fazer plausíveis as afirmações mais paradoxais. A sofística se interessava mais pelas técnicas argumentativas de prova que pelo objeto da prova em si mesmo. Ocupava-se, portanto, da persuasão, e não da verdade.

Aristóteles retoma a questão retórica, ainda que criticando o pensamento sofístico, procurando restabelecer a distinção entre verdade e opinião, resgatando o caráter cognoscitivo do discurso, mesmo reconhecendo-lhe o viés ético (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 297). Admite a importância da *doxa*, reconhecendo “a relevância democrática da opinião, aceita por todos, pela maioria, pelos sábios ou pela maioria dos sábios” (ADEODATO, 2006, p. 296).

Dentro do discurso jurídico, o modelo retórico de justificação das decisões caracteriza-se por priorizar exatamente a importância dessa mesma justificação no desenvolvimento do raciocínio judicial. Esse método argumentativo afasta-se dos modelos silogístico e indutivo, e orienta-se pela idéia de que o raciocínio decisório judicial tem por fim a resolução de uma controvérsia e, para tanto, o decisor deverá ponderar diversos juízos de valor relativos ao que é justo, correto, conveniente, adequado etc., em um dado caso particular.

Essa orientação, entretanto, não nega as duas anteriores, ou seja, não obsta que a decisão judicial se dê conforme as regras de direito, segundo um modelo substantivo, nem que o juiz atue no processo decisório criativamente. Entretanto, o modelo retórico prioriza a necessidade de que, em qualquer (ou mesmo ambas) das hipóteses, as opções assumidas na decisão judicial estejam devidamente justificadas, visto que essa mesma justificação é o instrumento de controle dos interessados e, mais amplamente, da comunidade sobre a atuação judicial (GOMES FILHO, 2001, p.122).

Dessa necessidade de controle é que decorre a importância da retórica no âmbito do discurso judicial, não se confundido nessa perspectiva com uma técnica de manipulação, mas com a prática da argumentação racional. Para tanto, o modelo retórico admite, em um mesmo contexto argumentativo, a coexistência de esquemas lógicos de justificação diversos, que variarão conforme as particularidades do procedimento decisório e do contexto fático em que este se insere.

Obviamente, há casos corriqueiros que são solucionados por meio de uma simples dedução silogística. Contudo, a grande parte dos casos submetidos à apreciação judicial requerem do magistrado a realização de diversas escolhas discricionárias, não somente na determinação das premissas aplicáveis, mas também para decidir sobre a validade, sentido e legitimidade das mesmas.

### ***3.1 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E JUSTIFICAÇÃO EXTERNA***

Como já reiterado algumas vezes neste trabalho, o modelo silogístico é inapto para fornecer um completo esquema lógico de justificação, visto que apegado a uma tentativa de construção de um racionalismo tecnicista não explica o cerne do problema da motivação, que é a escolha das premissas aptas a justificarem a conclusão a que se chegou.

O modelo retórico, pelo contrário, não se concentra apenas nas inferências lógicas a serem realizadas pelo julgador, mas no próprio critério de seleção das premissas, cuja opção é justificada argumentativamente ao longo do discurso-motivação.

Essa distinção entre o pensar silogístico e o pensar retórico conduz a esta outra distinção, nesse tópico abordada, entre os planos de justificação interno e externo. Tal distinção foi primeiramente formulada por Wróblewski (1976 *apud* REALE JUNIOR, 2004, p. 230) e desenvolvida, posteriormente, por outros estudiosos como Alexy, MacCormick e Aarnio (GOMES FILHO, 2001, p.125).

A justificação interna, ou de primeiro nível, fundamenta-se na exigência de “coerência” entre as premissas e a conclusão, visto que esse é o mínimo imperativo de racionalidade:

A justificação interna, como estrutura lógica, compõe-se de uma premissa consistente na hipótese de direito, a *quaestio juris*, e a premissa menor relativa ao fato, a *quaestio facti*, realizando-se então a tarefa de subsunção da premissa menor na hipótese legal da premissa maior, retirando-se a consequência prevista pela lei. A justificação interna é relevante por demonstrar não haver uma contradição entre a decisão e as premissas estabelecidas (REALE JUNIOR, 2004, p. 227).

Essa coerência pode se dar tanto em termos de inferência quanto de transformação. A inferência relaciona-se à implicação lógica entre premissas e conclusão, enquanto a transformação se refere a outras formas de raciocínio que não podem ser traduzidas em uma implicação lógica.

A justificação externa, ou de segundo nível, a seu turno, refere-se à argumentação utilizada para justificar a escolha das premissas que fundamentam a decisão, sendo nela que reside, certamente, o maior grau de complexidade. Aqui, convém a adução de boas razões —assim entendidas como válidas, persuasivas e convincentes— em favor das premissas escolhidas. A natureza dessas razões depende da natureza das premissas escolhidas (GOMES FILHO, 2001, p. 126).

Vale dizer que a justificação interna em alguns casos, e especialmente nos mais difíceis (*hard cases*), fica a depender de uma justificação externa. A justificação, sob essa perspectiva, vem de fora para dentro, ou seja, seu caráter político sobrepõe-se ao endoprocessual. Nesses casos, nos quais a sociedade funciona efetivamente como auditório da decisão judicial, a justificação externa acaba por ditar a interna. Ou seja, a problemática de escolhas das premissas aptas a motivarem a decisão se torna mais evidente.

Wróblewski (1986 *apud* GOMES FILHO, 2004, p. 127) propôs uma classificação dos argumentos comumente utilizados para a justificação das premissas das decisões judiciais em: normas jurídicas, diretivas, asserções factuais e valorações. A primeira espécie compreende não só as regras de direito, mas também as normas utilizadas para fundamentar a validade daquelas, assim como as diretrizes de interpretação. Na segunda espécie, situam-se as regras sobre conflito de normas ou sobre interpretação, prescrições empíricas sobre a prova ou orientações ideológicas quando à aplicação do direito. As asserções factuais são, em sua maioria, as conclusões resultantes dos procedimentos probatórios. Por último, as valorações, que como estão presentes em todo tipo de decisão, é natural e indispensável que também apareçam na decisão final.

Robert Alexy (2001), por sua vez, classifica as premissas de justificação interna em: regras de direito positivo; proposições empíricas; e premissas que não são nem proposições empíricas, nem regras de direito positivo. Os métodos diversos de justificação externa variam conforme cada um desses três tipos. Alexy (2001) concentra sua atenção sobre a terceira modalidade de premissas, mostrando que podem ser justificadas por seis grupos de formas argumentativas, a saber: a interpretação; a argumentação dogmática; o emprego dos precedentes; a argumentação empírica; e as “formas jurídicas argumentativas especiais” (ALEXY, 2001, p. 182-183).

Não pertence ao escopo desse trabalho o estudo de toda essa gama de procedimentos justificativos e das múltiplas e complexas combinações que pode haver entre eles. Entretanto, a simples referência a elas já permite perceber, dentro do contexto retórico ora tratado, que para um mesmo caso não há somente uma decisão correta e justificada, mas é possível tecer diversas decisões semelhantemente justificáveis conforme as regras da argumentação racional. Talvez exista, o que não cabe aqui discutir, uma melhor justificação, mas não uma única.

### **3.2 DISCURSO RETÓRICO E O ENTIMEMA**

Antes de se adentrar propriamente no conceito de entimema, cerne do discurso retórico da motivação, far-se-ão breves sobre a tópica e sua importância dentro da argumentação jurídica, visto que essas observações se fazem necessárias para a conceituação e compreensão do referido conceito, objeto central deste subtópico.

### 3.2.1 Argumentação e tópica

Tópica é termo que vem de Aristóteles, mas o assunto de que trata já existia dentro da cultura mediterrânea antes dele, aparecendo intitulada em outros termos como *euresis*, *inventio*, *ars inveniendi* etc. A tópica não serve somente à retórica, mas também à ciência, à política, à teoria literária e ao próprio direito.

A Tópica aristotélica apresentava como conceitos ou proposições básicas, ao invés de axiomas ou postulados de demonstração, *topoi* de argumentação, que são lugares comuns, variáveis no tempo e no espaço, dotados de força persuasiva quando do confronto de opiniões (FERRAZ JUNIOR, 1988, p.298). A tópica, sob essa perspectiva, estaria a serviço da retórica, visto que serviria de instrumento para a argumentação, onde o mais importante não seria a busca da verdade, mas da persuasão.

Vale mencionar, neste ponto, trecho da doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao tratar da tópica no campo jurídico:

De um modo geral pode-se dizer, pois, que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, na medida em que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade nas suas tarefas práticas. Pela sua origem, pode-se dizer que a tópica apareceu, simultaneamente, como uma *teoria dos lugares comuns* e como uma *teoria da argumentação e dos raciocínios dialéticos*. Temos, assim, desde logo, uma *acepção estrita* e uma *acepção ampla*. No primeiro caso, a tópica era, no seio da retórica, um conjunto mais ou menos organizado de categorias gerais, nas quais se agrupavam os argumentos básicos para as técnicas da disputa e da persuasão. Tratava-se, então, de um ou mais repertórios de termos-chaves, que facilitavam a *ars inveniendi*. No segundo caso, a tópica se revelava como uma técnica de raciocínios dialéticos, aqueles que tinham como premissas opiniões verossímeis, assimilando-se a um modo de pensar não-apodítico. (FERRAZ JUNIOR, 1988, p.299, grifos do autor).

Como sugere a doutrina do ilustre jusfilósofo brasileiro, a tópica se traduz mais como um estilo de pensar orientado à resolução de problemas do que como método. Ou seja, não oferece critérios de aferibilidade ou demonstratividade de sentenças, não sendo verificável rigorosamente. Pensar, no contexto tópico, “significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático no sentido de que jamais perdem sua qualidade de tentativa” (FERRAZ JUNIOR, 1988, p.299).

Os pontos de vista sugeridos (*loci*, *topoi* ou lugares comuns) funcionam como modelos argumentativos ou pontos de partida para um encadeamento discursivo, orientado pela

razoabilidade de opiniões, que se destina ao alcance de uma solução, entre outras igualmente possíveis.

Inicialmente, no pensar tópico, buscam-se premissas capazes de gerar uma conclusão que, de alguma forma, contribuam para a solução de um dado problema sob exame. Os *loci* ou *topoi* são utilizados, isoladamente, nesse processo. Nesse caso, temos uma tópica de primeiro grau. A tópica de segundo grau, a seu turno, se dá quando da elaboração de inventários de *topoi* conforme áreas argumentativas, como *topoi* gramaticais, lógicos, históricos, jurídicos etc (FERRAZ JUNIOR, 1988, p.300). Contudo, os próprios critérios de elaboração destas “listas” de lugares-comuns são também problemáticos. Diz-se que esses critérios são problemáticos porque contradizem a própria natureza assistemática da tópica, cujo pensar privilegia não a conclusão, mas as premissas que a legitimarão.

Sobre a manifestação da tópica no direito, mais uma vez, Tércio Sampaio Ferraz Júnior traz em sua doutrina trecho que vale ser efetivamente transcrito:

A interpretação, indispensável no pensamento jurídico, desenvolve-se dentro do estilo tópico: o que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo é justamente este estilo flexível em que os problemas são pontos de partida que impedem o enrijecimento das normas interpretadas. A própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito, sabidamente, dependem das versões que lhe são atribuídas. Ademais, o uso da linguagem cotidiana, com sua falta de rigor, suas ambigüidades e vagezas, condiciona o jurista a pensar topicamente. Por isso, no seu raciocínio ele sabe que não há sistema em si que possa resolver todos os problemas jurídicos. Donde o caráter peculiar dos “sistemas” normativos, que mais parecem séries heteróclitas, ou das grandes ‘sistemizações’ da ciência jurídica, que não resistem a uma análise lógica mais rigorosa. (FERRAZ JUNIOR, 1988, p.301, grifos nossos).

O pensar tópico, portanto, confere ao pensamento e ao discurso jurídicos uma flexibilidade que a norma abstrata é incapaz de apresentar com vistas a acompanhar as inúmeras e cada vez mais velozes mudanças sociais.

Dentro do discurso judiciário, o mencionado doutrinador distingue entre uma tópica material e outra formal (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 301-302). A primeira se referiria a um conjunto de regras concernentes aos participantes que discursam tendo em vista seus próprios interesses subjetivos. Neste tipo de discurso, haveria uma espécie de obrigação de manifestação da própria imagem, que poderia se dar de forma pessoal ou impessoal. A manifestação pessoal cabe aos participantes do discurso que nele se manifestam totalmente, em sua integralidade. A manifestação impessoal, a seu turno, é mais contingencial, cabendo a uma dada pessoa naquela dada circunstância. As partes, por exemplo, dentro do discurso

judiciário, se manifestariam pessoalmente e, para tanto, utilizar-se-iam de uma tópica material que conduziria a uma espécie de antecipação da decisão que lhe favoreceria. Nesse sentido, podem declarar-se “indefesas”, “honestas”, “injustiçadas”, “pessoas comuns” etc. Já juízes e advogados, entre outros personagens que participam profissionalmente do discurso jurídico, utilizariam de uma tópica material em que se apresentariam lugares comuns como “interesse da justiça”, “busca da verdade”, “imparcialidade”, “interesse público”, “responsabilidade” etc.

A tópica formal, dentro do processo judicial, se revelaria por um conjunto de regras que se destinariam a conduzir a argumentação objetivamente. Forçosamente, pode-se dizer que se concretizaria por meio das próprias regras processuais, por meio de *topoi* de argumentação concernentes aos ônus da prova, à ordem dos recursos, à forma das sentenças, às exigências de pertinência, clareza e consequencialidade etc.

Por fim, pode-se reafirmar que o papel central exercido pela tópica dentro do discurso jurídico se concentra, sobretudo, no modo de pensar flexível e orientado à resolução de problemas. Tal pensamento se orienta principalmente por *topoi* ou lugares-comuns, que são fórmulas conhecidas e úteis para tecer o discurso jurídico, seja na própria confecção da norma, seja na interpretação desta.

### 3.2.2 Conceito de entimema

Após as pertinentes considerações sobre a tópica dentro do contexto jurídico, podemos passar ao estudo de um modelo argumentativo tipicamente retórico, o entimema.

A palavra “entimema” vem de *enthymeísthai*, que significa considerar, ponderar, refletir. O entimema é também chamado de silogismo imperfeito ou retórico.

A retórica clássica não entendia o entimema como propriamente um argumento, mas como método ou forma de argumentação que equivalia ao esquema dedutivo da lógica formal. São considerados silogismos retóricos porque não são logicamente perfeitos, ao contrário do silogismo propriamente dito, mas são úteis quando no contexto do discurso necessita-se persuadir sem as exigências da demonstratividade lógica, principalmente quando esta não é possível ou mesmo se revela indesejável (ADEODATO, 2006, p. 297). Consiste, dentro do âmbito retórico, o núcleo principal da persuasão, apesar de não ser o único, visto que se alia ainda à credibilidade do orador e à relação de afeto entre orador e ouvinte, aspectos estes que não serão discutidos neste trabalho.

O conceito de entimema não é bem definido. De forma genérica, pode-se dizer que o entimema “é um tipo de silogismo, no qual uma das premissas ou mesmo a conclusão é tomada como evidente, permanecendo implícita” (ADEODATO, 2006, p. 301). A sua classificação mais comum se dá em entimemas de primeira, segunda e terceira ordens, conforme falte a premissa maior, a premissa menor ou a conclusão, respectivamente.

Aristóteles foi além no exame dos entimemas. Manteve a idéia de estruturação formal, que é silenciar sobre o óbvio ou sobre o que é conveniente silenciar, mas se aprofundou no estudo das razões que permitem essa forma de estruturação do discurso. Para tanto, construiu uma *tópica* do entimema, dentro da *Retórica*, diversa da contida em sua obra *Tópica* propriamente dita, enumerando 28 *topoi* próprios dessa estrutura argumentativa. Pode-se dizer que os *topoi* do entimema aristotélico, grosso modo, são modelos de linhas de raciocínio que possibilitam a construção de um discurso sob a forma de um silogismo retórico. Vale dizer que, entre eles mesmos, pode haver uma relação conflituosa, o que acaba se traduzindo em vantagem para o orador, que sempre poderá encontrar um *topos*, dentro de um dado contexto, para fundamentar seu discurso (HAYASHI, 2007).

Hayashi faz interessante classificação dos *topoi* do entimema aristotélico:

Os **lingüísticos** sempre estão presos à estrutura da palavra, seja de forma semântica, etimológica ou conceitual. Os **refutativos** só podem ser utilizados para atacar argumentos, ou seja, são *topoi* destrutivos, detém-se no *logos* do discurso contrário. Os **procedimentais** são aqueles *topoi* que funcionam como “regras técnicas”, indicam um procedimento coerente a ser seguido, uma inferência que se pretende formalmente válida. Os *topoi* **aconselhativos** são mais utilizados pela retórica deliberativa, pois servem para aconselhar ou desaconselhar os ouvintes. Todos os *topoi* do grupo **analítico** necessitam de um estudo desconstrutivista do fenômeno para que sejam utilizados adequadamente, precisam de uma verdadeira decomposição em partes para que se observe cada uma delas e qual a sua importância como elemento constitutivo do fenômeno, ou seja, uma fragmentação do todo para que se possa analisar cada parte individualmente e *a posteriori* observá-la na totalidade. (HAYASHI, 2007, grifos do autor).

Dentro da classificação acima proposta, convém exemplificar alguns *topoi*, não com intuito meramente ilustrativo, mas também pela sua importância dado seu uso freqüente dentro da motivação das decisões jurídicas: o *topos* que parte da definição, com vistas a delinear o exato significado dos termos empregados (ARISTÓTELES, *Top.* 102 a); o *topos* que se fundamenta nos diferentes sentidos das palavras; o *topos* obtido do nome, este no sentido de signo lingüístico, sendo geralmente utilizado em conjunto com os dois anteriores (ARISTÓTELES, *Ret.* 1400 a); o *topos* obtido do emprego de casos análogos, onde os exemplos conduzem indutivamente à conclusão almejada; o *topos* obtido da relação entre

causa e conseqüência, com base na assertiva de que sendo a mesma a conseqüência, também será a mesma a causa (ARISTÓTELES, *Ret.* 1399 a).

Baseado nas contribuições aristotélicas, João Maurício Adeodato traz uma classificação tópica ou material dos entimemas que vale a pena ser transcrita:

Primeiro grupo: entimemas que têm por base o provável, aquilo que poderia e pode acontecer de forma diferente daquela que efetivamente se verificou, isto é, aquilo que não é nem necessário nem impossível. [...] O provável ocorre na maioria dos casos e até quase sempre, é relativamente estável, de certa maneira permanente, não é arbitrário. O argumento parece verossímil a todos, à maioria ou aos mais sábios.” E exemplifica: “Exemplo da Medeia de Eurípedes: o homem refletido não ensina às crianças mais sabedoria do que o necessário, pois elas se tornam indolentes e ainda passam a ser invejadas por seus concidadãos. Só que há sempre a possibilidade de outro entimema em sentido contrário: é bom ensinar mais sabedoria o que o necessário, pois quanto mais sabedoria melhor. [...] Ou, em um exemplo extraído dos brocardos jurídicos, *dura lex sed lex contra summa jus, summa injuria*, cada um aplicado segundo se pretenda aplicar a lei com todo seu rigor literal ou suavizá-lo diante das características do caso concreto (ADEODATO, 2006, p. 303-304).

Esses modelos de entimema fundamentam-se sobre a verossimilhança, sobre a sensação de validade transmitida pelas sentenças. Estas são unificadas por um terceiro elemento, que é justamente o *topos*. O resultado pode ser estruturado em uma sentença condicional “se...então...”, à semelhança de um silogismo propriamente dito.

Segundo grupo: o entimema paradigmático retira sua força persuasiva de exemplos. Esses exemplos somam-se a outros pela semelhança e daí, pela indução, chega-se à norma geral conclusiva. Aqui o conseqüente, generalizado, é menos certo para o receptor da mensagem do que o antecedente, o exemplo por ele aceito. A generalização fornece o conceito. Um exemplo de Aristóteles: Dionísio ambiciona tornar-se tirano, pois está formando uma guarda pessoal; Psístrato tornou-se tirano assim que conseguiu sua guarda pessoal e este também foi o caso de Mégara . (ADEODATO, 2006, p. 304).

Esse segundo grupo de entimemas caracteriza-se por estabelecer a relação entre um fato passado, de aceitabilidade indiscutível, e um fato futuro, que é apenas provável. O liame entre as duas proposições se dá pela generalização e também pela indução. A estrutura se daria dessa forma “se a e b (são); então c (também é)”. É recomendável que o exemplo inicial seja um fato real, devido à crença que as pessoas, de modo geral, têm de que um fato ocorrido possa voltar a ocorrer. Mas é claro que o uso de parábolas ou fábulas também é aplicável.

Terceiro grupo: entimemas que se baseiam em sinais ou indícios. Eles podem ser classificados segundo dois critérios básicos: 1. quanto ao fato de o sinal em questão constituir um indício definitivo e irrefutável daquilo que é afirmado; ex.: ‘esta mulher tem leite, logo, deu à luz’. 2. Quanto ao fato de o sinal em questão constituir

um indício particular que leva a um objeto geral ou um indício geral que leva a um objeto particularizado (ADEODATO, 2006, p. 305).

Esse terceiro e último grupo de entimemas, segundo a classificação proposta por João Maurício Adeodato, permite ainda a combinação ente os dois critérios acima mencionados, o que leva a quatro formas de entimema por indício: indícios particulares suficientes para revelar um objeto geral, indícios gerais suficientes para levar a um objeto particular, indícios particulares insuficientes para levar a um objeto geral e indícios gerais insuficientes para levar a um objeto particular. Essas duas últimas formas, como o próprio termo “insuficiente” sugere, têm poder persuasivo mais comprometido.

Essa breve incursão no conceito do entimema ou silogismo retórico é suficiente para entendermos a sua aplicação dentro do discurso da motivação judicial.

### **3.2.3 O entimema na motivação judicial**

O direito, concebido dogmaticamente, só considera como argumentos válidos em seu plano discursivo aqueles embasados legalmente. Sob o ponto de vista da decisão, mais propriamente, a dogmática impõe que o juiz subsuma o fato à designação da norma (à vontade do legislador ou da lei). Essa forma silogística que a dogmática impõe para a organização do discurso jurídico e, em última instância, do próprio direito, apóia-se ainda sobre outros três postulados básicos: “a obrigatoriedade de decidir ou proibição do *non liquet*; a obrigatoriedade de interpretar, fornecendo alcance e sentido concretos às normas gerais; e a necessidade de fundamentação ou legitimação” (BALLWEG, 1989, p.229 *apud* ADEODATO, 2006, p.308).

A dogmática jurídica constitui efetivamente o modelo de direito dominante no Estado moderno, e tal modelo de desenvolvimento e “comportamento” do direito é guiado sumamente por uma mentalidade silogística, já discutida neste trabalho, em que há a obrigatoriedade de decidir e essa decisão, como direito concreto, deve vir fundamentada em uma norma geral anterior.

O estudo dos conceitos retóricos e, especialmente, do conceito de entimema, tratados de maneira sucinta — mas suficiente — para esse texto, nos permite perceber que dificilmente a norma geral ditada pelo legislador produz a decisão tomada ou mesmo fixa os parâmetros dentro dos quais esta se dará, mas aparece posteriormente como um instrumento dogmático

legitimador de uma decisão tomada por razões outras, muitas vezes inconfessáveis porque “não-jurídicas”. A menção à norma apareceria no contexto da motivação, e não nos trâmites da tomada de decisão propriamente dita (no contexto de descoberta), como forma de conferir à decisão tomada, até então desacompanhada de adjetivos legais, o caráter de “jurídica”, pelo menos em termos dogmáticos.

O entimema, cerne do argumento retórico, sugere um modelo de argumentação mais próximo do modelo jurídico como este efetivamente se dá. Tendo em vista que a motivação da decisão judicial, como documento, é o meio que legitima a escolha do juiz tanto no micro-sistema processual quanto no macro-sistema político, ela deve se desenvolver em uma forma argumentativa persuasiva e que não deixe transparecer motivos “não-jurídicos”, considerando que, sob a perspectiva dogmática e legalista, tal decisão seria uma manifestação arbitrária. Nesse sentido, a doutrina de João Maurício Adeodato:

Acontece que o processo de julgar raramente começa com uma premissa da qual se extrai uma conclusão; ordinariamente o juiz trabalha em sentido contrário: forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-la. A motivação vital do juiz parece ser um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável, e esses fatores individuais constituem frequentemente as causas mais importantes dos resultados de julgamentos. Essa concepção, contudo, alerta Jerome Frank, é tão herética diante da teoria do direito tradicional que dificilmente é expressada. (ADEODATO, 2006, p. 310-311).

A norma-texto, na verdade, é naturalmente incompleta. O texto que a materializa com ela não se confunde, funcionando apenas como uma direção orientadora para o intérprete. A completude da norma se dá, efetivamente, quando ela se depara com o caso concreto. E não é só “a norma aplicável ao caso” que se completa neste processo, mas a própria norma geral abstrata. Nesse sentido, o modelo silogístico subsuntivo funciona apenas como um dos aspectos da concretização normativa (ADEODATO, 2006, p.311).

O modelo dogmático, entretanto, viabiliza um esquema de racionalização universalista que “disfarça” o caráter irracional da realidade, cheia de casuísmos e jamais a mesma novamente (HARTMMAN, 1965, p.428). A motivação da decisão jurídica, portanto, se disporia na forma de um silogismo retórico, como forma de atenuar as inconsistências lógicas que fazem parte de sua estrutura, conjeturando premissas legais, essas cheias de lugares-comuns, que justifiquem uma escolha feita por motivos outros (às vezes desprovidos de qualquer marca de racionalidade). Mais uma vez, cabe transcrever excerto da doutrina do ilustre doutrinador pernambucano:

Parece mais adequada, como vista, a teoria de que o fundamento das decisões jurídicas são *topoi*, opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo em que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal, baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem, como se fossem as opiniões ‘de todos’. São justamente esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes nas leis e na concepção de ‘norma’ estatais, que possibilitam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa. [...] A estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares ‘científicos’ como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas. Ainda que somente na estrutura formal, ficam ocultas premissas básicas. (ADEODATO, 2006, p. 312-313).

O direito visto como discurso, portanto, não só no contexto da motivação das decisões judiciais, mas também na sua construção normativo-abstrata, está cheio de lugares-comuns, largamente utilizados e que, justamente pela sua própria natureza, passam despercebidos pelos ouvintes. Esses *topoi* estão tão arraigados na cultura jurídica e têm natureza tão adaptável que fazem crer que realmente a racionalidade do discurso judicial decorre de uma estrutura lógica silogística.

Katharina Sobota usa termo cujo conceito se assemelha aos *loci* até aqui mencionados: regularidades. As regularidades, nas palavras da própria autora:

Constituem **formações** cibernéticas dinâmicas, tais como a rede viva da célula ou as estações do ano, modas rituais, ou padrões de comportamento. Regularidades são “padrões” e não “estruturas” ou “regras” — “padrões construídos por um observador dentro do próprio sistema. Tais regularidades não dirigem ou controlam a natureza, nem fornecem qualquer descrição universal dela. Elas são parte de toda ação; elas organizam essas ações e são produzidas pelas mesmas ações. Acho que o processo decisório jurídico não é governado por normas universais mas sim moldado e constituído por tais padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram frequentemente articulados como regras mas são de fato apenas “regularidades”. (SOBOTA, 1996, p.265).

A autora alemã, entretanto, observa que mesmo sendo o discurso jurídico moldado pelas ditas regularidades, também resta influenciado por estruturas universais e permanentes que, genericamente, podem ser afirmadas como normas jurídicas. Por conseguinte, os silogismos lógicos funcionariam como modelo de apresentação da motivação. Entretanto, como defende a mesma autora, esse modelo de estruturação da motivação ou fundamentos de uma decisão é quase um mito dogmático, porque na realidade, e com vistas a manter o poder persuasivo de sua decisão, os juízes devem evitar a verbalização das premissas ou normas, ou seja, não devem mencioná-las.

A motivação da decisão judicial como discurso pressupõe algumas normas, ou mesmo a grande maioria delas, como auto-evidentes. Daí que os magistrados, e mesmo outras categorias de intérpretes legais, acabam considerando embaraçoso ou disfuncional verbalizá-las. Ora, e como menciona Sobota (1996), esse modelo de argumentação nada mais é que o dito silogismo retórico.

Segundo a mesma autora, no discurso retórico legal as normas utilizadas somente existem na esfera da alusão ou implicação, sendo que esta esfera situa-se entre a explicitação verbal e o completo silêncio. As normas tácitas, entretanto, exerceriam importante funcionalidade dentro do contexto jurídico, dentre as quais cabe destacar: a ocultação da inconsistência de todo o sistema normativo, omitindo, muitas vezes, contradições flagrantes; possibilitam ao orador modificar o significado alegado da norma e adaptá-lo a cada situação; permitem a formação de um elo entre o mundo arcaico das regularidades emotivas, não-verbalizadas, e a racionalidade verbalizada do ocidente clássico (SOBOTA, 1996).

O modelo do silogismo retórico, portanto, permite “criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza” (SOBOTA, 1996, p.270). Assim, tal modelo permite a coexistência da crença positivista na certeza do direito e no modelo subsuntivo e da abordagem cética, típica do realismo norte-americano, que defendem sumariamente a incerteza.

Nesse sentido, e no contexto do discurso retórico, vale transcrever, ainda, outro trecho da doutrina de Sobota (1996):

A retórica tem uma longa tradição de aceitar contradições, especialmente as contradições da natureza humana. A retórica não tem qualquer preconceito contra reconhecer o fato de que a vida humana consiste, em larga medida, de decepção e auto-decepção. Ela tenta, ao contrário, enfrentar essas realidades face a face e analisar como tais decepções são utilizadas, que técnicas são empregadas e sob que condições elas obtêm bons ou maus resultados. No mesmo sentido, a teoria retórica partilha da visão do racionalismo iluminista de que todas as razões e motivos precisam ser descobertos e verbalizados a qualquer preço. A retórica não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio. A questão da explicitação tem que ser decidida diante da situação concreta. [...] As normas utilizadas no processo de decisão judicial são na maior parte alusões, às vezes recheadas de informações sobre a realidade social, mas às vezes também reduzidas a uma atribuição geral, a qual pode ser preenchida com sentimentos inexpressáveis, afirmações casuais de valores e realizações também casuais de modelos estimativos tradicionais. (SOBOTA, 1996, p.273).

O modelo de justificação retórico, como se pode aduzir da exposição acima, se revela como um discurso confortável capaz de encobrir as contradições de uma decisão judicial específica ou mesmo do ordenamento jurídico como um todo. Para tanto, utiliza-se de *topoi* ou regularidades, essas não-verbalizadas, e ainda da prática de omissão das normas

consideradas premissas de uma conclusão decisória. Pode-se dizer que o discurso jurídico “tenta” se mostrar sob os moldes de um silogismo, e, em grande parte das vezes, o faz efetivamente. Ainda assim, tal modelo silogístico tende a perder certos “membros” nas vias do discurso, acabando por se aproximar mais do modelo do silogismo retórico, este mais semelhante, a seu turno, à própria natureza do raciocínio judicial. A teoria dogmática dita uma regra, a subsuntiva, enquanto a prática do discurso jurídico tende a reger-se por outro modelo, o retórico, seguido intuitivamente pelos magistrados e outros operadores do direito, em geral.

### **3.2.4 Análise prática do discurso judicial**

Este tópico se destina a análise de um julgado com vistas a demonstrarmos a ocorrência dos fenômenos anteriormente descritos no contexto da motivação judicial. Convém observar que não se objetiva coletar um grande número de decisões para formar um espaço amostral considerável com fins a comprovação de uma “tese”. Tal estudo, pelo contrário, será pontual e tem caráter meramente ilustrativo.

A jurisprudência objeto de estudo é o Recurso Extraordinário (RE) 573.675 – Santa Catarina (SC), interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo estado que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual (ADI), julgou improcedente o pedido. Tal ADI foi proposta contra a Lei Complementar 7, de 30 de dezembro de 2002, editada pelo Município de São José, Estado de Santa Catarina, que instituiu a Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública (Cosip). Segue parte do teor legal da mencionada norma:

Art. 1º Fica instituída, nos termos do art. 149-A da Constituição Federal de 1988, a Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública – Cosip, devida pelos consumidores residenciais e não residenciais de energia elétrica, destinada ao custeio do serviço de iluminação pública.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior corresponderá ao custo mensal do serviço de iluminação pública, rateado entre os contribuintes, de acordo com os níveis individuais de consumo mensal de energia elétrica. (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009).

A lei passa, então, a distinguir entre consumidores residenciais e não residenciais (de comércio, indústria e empresas prestadoras de serviços públicos). No acórdão recorrido, o Ministério Público estadual alegou que:

Por ser a hipótese de incidência do tributo o consumo de energia elétrica, restringindo, assim, o sujeito passivo da obrigação aos respectivos consumidores, há violação ao princípio da igualdade tributária, porquanto os beneficiários do serviço de iluminação pública não são apenas aqueles; a distinção entre os contribuintes residenciais e os não residenciais importa em ofensa ao princípio da isonomia ante a ausência de razão plausível para diferenciação na distribuição do ônus do pagamento, pois o serviço é prestado indistintamente a todos os cidadãos.

[...] O fato de um contribuinte consumir mais ou menos energia elétrica não significa que ele será mais ou menos beneficiado pela iluminação pública, não há nenhuma relação entre o que a lei chama de «níveis individuais de consumo mensal de energia elétrica» com o custo de serviço de iluminação pública. [...]

A base de cálculo, por ser própria do ICMS, deve revelar certa capacidade contributiva do sujeito passivo, fato que autoriza a aplicação de subprincípios como o da proporcionalidade, progressividade e da seletividade, com tendência à realização da isonomia. Porém, recorde-se que o pressuposto da instituição da contribuição é o custeio de serviço de iluminação pública, *uti universi*, o que significa dizer que não há critério seguro de discriminação para se conferir a determinado contribuinte uma carga tributária maior simplesmente porque consome mais energia elétrica. A base de cálculo deve guardar relação com o fato gerador, e o consumo de energia elétrica não é fato gerador da Cosip, logo o critério de diferenciação entre contribuintes embasado no consumo de energia elétrica é inconstitucional por ferimento à isonomia tributária. (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009).

O recorrido, o Município de São José, do estado de Santa Catarina, contrapôs que:

A Cosip não se confunde com a extinta Taxa de Iluminação Pública (TIP), considerada inconstitucional pelos tribunais, à falta de previsão no texto magno. Acrescenta que a contribuição atacada neste recurso não apenas encontra expressa previsão constitucional, como pode ser cobrada, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 149-A da Constituição Federal, na fatura de consumo de energia elétrica.

Assenta, ainda, que a Cosip não configura um imposto nem uma taxa, cuidando-se de uma contribuição especial cuja base de cálculo não se confunde com a do ICMS. Isso porque ela não incide sobre o consumo da energia elétrica, mas corresponde ao «rateio do custo de iluminação pública municipal entre os contribuintes».

Afirma, finalmente, que «nada impede que o Município distribua desigualmente esse rateio da Cosip, segundo a maior ou menor capacidade contributiva indicada pelo maior ou menor consumo de energia elétrica, com total respeito aos princípios da isonomia geral e da isonomia tributária». (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009).

Neste ponto, passar-se-á pela análise de trechos dos dois principais votos da sessão, nesta ordem: do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, voto vencedor, e do único voto em contrário, do Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator):

Senhor Presidente, cumprimento o Advogado, mas tenho a impressão que S. Exa. cometeu um ato falho, porque, na verdade, não se trata da taxa de iluminação pública, que S. Exa. quer ver confirmada por esta Corte, mas sim daquela exação que a substituiu e está sendo adotada por um grande número de Municípios neste nosso Brasil, que é exatamente a contribuição para o custeio dos serviços de iluminação pública, que no Município de São José, em Santa Catarina, assumiu este nome de Cosip.

A meu ver, a Cosip constitui um novo tipo de contribuição, que refoge aos padrões estabelecidos nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal. Cuida-se, com efeito, de uma exação subordinada à disciplina própria, qual seja, a do art. 149-A da CF, sujeita, contudo, aos princípios constitucionais tributários, visto enquadrar-se inequivocamente no gênero tributo.

Não obstante o art. 149-A da Carta Magna faça menção apenas aos incisos I e III do art. 150, penso que o legislador infraconstitucional, ao instituir a contribuição sob exame, considerada a natureza tributária da exação, está jungido aos princípios gerais que regem o gênero, notadamente ao da isonomia (art. 150, II) e ao da capacidade contributiva (art. 145, § 1º).

De pronto, faz-se necessário tornar fora de dúvida que a remissão feita ao art. 150, I e III, da CF não dispensa a observância dos incisos II, IV e V, que tratam da isonomia tributária, da vedação do confisco e da proibição de tributo interestadual ou intermunicipal que implique limitação ao tráfego de pessoas ou bens.

[...]

Para o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ora recorrente, a ofensa ao princípio da isonomia reside, precisamente, no fato de o citado diploma legal não ter incluído no rol de contribuintes da Cosip todos aqueles que efetivamente se beneficiam do serviço de iluminação pública, que é de caráter geral e indivisível.

Com a devida vênia, porém, creio que, uma vez admitida a constitucionalidade do art. 149-A (mesmo porque jamais foi contestado nesta Suprema Corte), o qual previu a possibilidade de cobrança da contribuição para o custeio de iluminação pública na própria fatura de energia elétrica, o princípio da isonomia, em razão das particularidades da exação em tela, há de ser aplicado com o devido temperamento. Entendo, ainda, que, respeitados os demais princípios tributários e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, nada há de inconstitucional em identificarem-se os sujeitos passivos da obrigação em função de seu consumo de energia elétrica. (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJE 22.05.2009).

Estes primeiros trechos extraídos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski permitem observar, primeiramente, a maneira sutil e retórica por meio da qual o raciocínio do ora relator vai sendo construído no corpo da motivação. O Ministro usa de afirmações, algumas taxativas, e expressões um tanto indeterminadas com vistas a defender um ponto de vista. E pode-se afirmar que o referido voto é um ponto de vista por expressão utilizada pelo próprio magistrado no corpo da decisão: “A meu ver, a Cosip constitui um novo tipo de contribuição” (grifo nosso). Convém listar algumas premissas tipicamente retóricas de tal trecho da decisão, que servem de base para a fundamentação apresentada para o voto do ministro:

- O tributo em questão, segundo o Ministro, não se trata de taxa de iluminação pública, tendo em vista a nomenclatura utilizada para defini-lo: Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública (Cosip). Se a nomenclatura não é a mesma, a natureza também não o há de ser;
- Apesar de o art. 149-A da Constituição Federal não fazer menção expressa a outros princípios que não os expressos no art. 150, I e III, o Ministro “**pensa**” que, considerando a natureza tributária da exação, a referida contribuição também se rege

por princípios outros que regem o gênero tributo, a saber: da isonomia (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º). Assim, uma especificação legal não é taxativa, a depender da natureza do objeto;

- O princípio da isonomia, tendo em vista que a exação prevista no art. 149-A da CF possui “**particularidades**”, deve ser aplicado com o “**devido temperamento**”. Assim, as particularidades de um objeto ditam o grau com que um princípio deve ser aplicado;
- Se há um serviço de iluminação pública, alguém tem que pagar por ele.

Segue trecho posterior do mesmo voto, de onde poderemos extrair outras premissas para análise do argumento justificativo:

V – Base de cálculo e alíquotas

Embora não deixe de ter certa plausibilidade, a assertiva do Recorrente segundo a qual «não há um critério seguro de discriminação para se conferir a determinado contribuinte uma carga tributária maior», diante do silêncio da Constituição Federal no que toca à hipótese de incidência da contribuição de iluminação pública, liberando, assim, o legislador local a eleger a melhor forma de cobrança do tributo, e tendo em conta o caráter *sui generis* da exação, considero que se mostram razoáveis e proporcionais os critérios escolhidos pelo diploma legal impugnado para estabelecer a sua base de cálculo, discriminar os seus contribuintes e estabelecer as alíquotas a que estão sujeitos.

Sim, porque o Município de São José, ao empregar o consumo mensal de energia elétrica de cada imóvel, como parâmetro para ratear entre os contribuintes o gasto com a prestação do serviço de iluminação pública, buscou realizar, na prática, a almejada justiça fiscal, que consiste, precisamente, na materialização, no plano da realidade fática, dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, porquanto é lícito supor que quem tem um consumo maior tem condições de pagar mais. (grifos nossos). (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009).

Deste trecho, podemos extrair outras premissas — dentre as quais algumas estão ocultas no corpo do texto — que levam à conclusão a que chegou (não necessariamente nessa ordem) o Ministro Ricardo Lewandowski:

1. Quando a Constituição federal silencia a algum respeito, o legislador ordinário pode atuar nesse âmbito.
2. A Constituição Federal silenciou no que toca à hipótese de incidência da contribuição de iluminação pública.
3. O legislador local pode eleger a “melhor” forma de cobrança sobre a contribuição de iluminação pública.
4. Se uma previsão legal apresenta um caráter *sui generis*, ela possibilita uma

aplicação legal também *sui generis*.

5. Uma aplicação legal *sui generis* muda os critérios de razoabilidade e proporcionalidade da forma como aferidos numa aplicação legal padrão.

6. A exação do art. 149-A da Constituição Federal apresenta um caráter *sui generis*.

---

7. Mostram-se razoáveis e proporcionais os critérios escolhidos pela Lei Complementar nº 7, de 30 de dezembro de 2002, editada pelo Município de São José/SC para estabelecer a base de cálculo da exação do art. 149-A, discriminar seus contribuintes e estabelecer as alíquotas a que estão sujeitos.

Do mesmo trecho, podem-se extrair também outras premissas, algumas das quais também ocultas, utilizadas para a justificação do voto vencedor:

1. A justiça fiscal consiste na materialização dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva;

2. O emprego de um parâmetro inseguro é justificável se for feito com vistas à realização de um “fim maior”;

3. A justiça fiscal é um fim maior;

4. Não há critério seguro de discriminação (parâmetro) para se conferir a determinado contribuinte uma carga tributária maior (premissa de “**certa plausibilidade**”);

5. É “**lícito supor**” que se um contribuinte consome mais energia elétrica tem condição e deve pagar mais para o custeio da iluminação pública, ainda que ambos sejam igualmente beneficiados pela prestação do serviço de iluminação pública

6. O município de São José empregou o consumo mensal de energia elétrica de cada imóvel como parâmetro para rateio entre os contribuintes do gasto com a prestação do serviço de iluminação pública;

7. O município de São José empregou um parâmetro inseguro porque buscou realizar, na prática, a almejada justiça fiscal (um fim maior);

---

8. O emprego pelo município de São José do consumo mensal de energia elétrica de cada imóvel como parâmetro para rateio entre os contribuintes do gasto com a prestação do serviço de iluminação pública é justificável e se dá conforme os

princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

Esta breve análise nos permite observar a existência de vários traços do argumento retórico, brevemente abordados no decorrer deste capítulo, entre os quais o uso de lugares-comuns como: expressões vagas (“certa plausibilidade”, “particularidades”, natureza “*sui generis*”, “*é lícito supor*”) e o apelo a princípios jurídicos de forma não delimitada (aplicação do princípio da isonomia com o “devido temperamento”). Pôde-se constatar igualmente a prática de omissão de premissas, que por serem assumidas como auto-evidentes, acabam não mencionadas no discurso. Percebe-se que tal prática realmente permite que o auditório do discurso jurídico não “preste tanta atenção” ao raciocínio às vezes ilógico que é seguido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, devemos perquirir, em primeiro lugar, a origem da emenda que introduziu, na Carta da República – não sei se pela primeira vez –, quanto a artigo, a numeração seguida de letra do alfabeto, ou seja, art. 149-A. Qual teria sido a origem dessa emenda? Respondo e faço-o com desassombro: a jurisprudência do Supremo, no que veio o Tribunal a pacificar certa matéria ligada à iluminação pública – e receio que, daqui a pouco, estejamos pagando também pela segurança pública, e o preço será bem maior, a não ser que acionemos as milícias. [...]

A causa da emenda não foi outra senão o Verbete 670 da Súmula do Supremo, a revelar que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. Não se tem aqui algo enquadrável, como proclamou e assentou o Supremo, em termos de espécie de tributo, que é a taxa, no art. 145 da Constituição Federal, no que define – e penso que a Constituição Federal ainda está em vigor – como taxa o tributo decorrente do: «exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e [aí vem o elemento inafastável] divisíveis [a iluminação pública não é um serviço divisível] prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;»

Presidente, vislumbro, com a devida vênia, flagrantemente inconstitucional a emenda que introduziu o art. 149-A – e já devo acostumar-me com essa singular forma de enumerar artigo da Constituição – na Carta de 1988 – que parece que, pouco a pouco, vai deixando de ser uma Carta Cidadã, como proclamada por Ulysses Guimarães. Em primeiro lugar, porque afastou garantia constitucional que, para mim, era uma cláusula pétrea quanto aos contribuintes: a exclusividade da União para instituir contribuições sociais e contribuição – essa contribuição seria, mas não é, ou é, sob o ângulo estritamente formal e não considerado o conteúdo – no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. É algo que o legislador constituinte originário quis concentrado, tendo em conta a extravagância, a excepcionalidade que é a criação de contribuições outras além das previstas no corpo inicial da Carta. A possibilidade foi alargada para atribuir-se a competência visando à criação não apenas ao Distrito Federal, mas também aos 5.564 municípios existentes no País. (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009).

Do trecho anterior já podem ser extraídas algumas premissas, algumas delas ocultas ao longo do voto:

1. O que motiva a origem das coisas é determinante também da natureza delas.

2. O que motivou a criação da Emenda Constitucional (EC) 39 de 19 de dezembro de 2002, que acrescentou o art. 149-A ao texto da Constituição, foi a edição da súmula 670 do Supremo Tribunal Federal (STF).
  3. A súmula 670 do STF dispõe que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.
  4. Por meio da edição da súmula 670, o STF considerou a taxa de iluminação pública (TIP) inconstitucional.
  5. Para o legislador, se há um serviço de iluminação pública, alguém tem que pagar por ele.
  6. Pelo princípio da separação dos poderes, o legislador pode legislar, mas não julgar.
  7. Pelo mesmo princípio da separação dos poderes, o STF pode julgar, mas não pode legislar.
  8. O legislador pode fazer emendas à Constituição Federal, segundo os critérios do art. 60.
  9. O art. 60, §4º, IV da Constituição Federal veda proposta de EC tendente a abolir os direitos e garantias individuais.
  10. Se o STF considera um objeto inconstitucional, o legislador pode modificar a Constituição para que o mesmo objeto seja considerado constitucional.
  11. O legislador acrescentou ao texto da Constituição, por meio da EC 39/02, o art. 149-A, que faculta aos Municípios e ao Distrito Federal a instituição de contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública.
  12. A Constituição Federal dispõe em seu art. 149, *caput* que “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação nas respectivas áreas”.
  13. **Para o ministro**, era uma cláusula pétrea para os contribuintes a exclusividade da União para instituir as contribuições sociais e contribuição no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais, tendo em vista que o legislador constituinte derivado quis assegurar como “**excepcionalidade**” a criação de contribuições outras além das previstas no corpo inicial da Carta.
  14. O legislador constituinte derivado acrescentou o art. 149-A à Constituição sob condições não **excepcionais**.
-

15. O art. 149-A é inconstitucional.

O trecho que segue finda o voto do Ministro Marco Aurélio, de onde poderão ser extraídas outras premissas que conduzirão, somadas às enumeradas anteriormente, à conclusão a que chega o magistrado.

<<Ela [a Cosip] é cobrada de apenas uma parcela da população, para custear um serviço público genérico, que beneficia a sociedade como um todo. Por isso ofende duplamente o princípio da isonomia tributária. Primeiramente, quando cobra apenas de uma parte dos beneficiários da iluminação pública; pela vez segunda, quando discrimina os usuários de relojinhos não-residenciais, que pagam mais do que os usuários dos relojinhos residenciais como se aqueles [titulares dos relojinhos não residenciais] consumissem mais iluminação pública do que os últimos. [...]

E pouco importa – e recordo um princípio muito caro ao Direito do Trabalho: o princípio da realidade – o rótulo, a forma. Relevante, em termos de tributos, é o conteúdo a revelar certo figurino que, para ser válido, há de guardar sintonia com a Constituição Federal:>> [Trecho da doutrina de Kioshi Harada] [...]

Ora, no presente caso, em verdade o que criou, o constituinte – pressionado pela sanha arrecadatória dos entes federativos, especializados em gerar despesas inúteis e incapazes de cortá-las –, foi uma «taxa de iluminação pública», como contrapartida de um serviço, cujo custo não é coberto pela escandalosa carga tributária que suporta o brasileiro, já no fantástico nível de 37,2% do PIB. [Trecho da doutrina de Ives Gandra Martins] [...]

Ora, em vez de ofertar ao intérprete o desenho, a escultura, da referida taxa, que rotulou [apenas nomenclatura, vitrine] de «contribuição», apenas declarou [...] que esta contribuição – que não é contribuição, mas taxa – poderia ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica, o que vale dizer, cuidou apenas da «forma» de cobrança, mas não da conformação do tributo.

Em outras palavras, a contribuição – que não é contribuição, mas seria taxa – à falta de outro referencial, só pode ser perfilada pela postura constitucional definida no já retrocitado dispositivo (145, inciso II), [e volto ao verbete da Súmula a que me referi quando glosamos essa cobrança sob o título de «taxa», e pacificamos a jurisprudência editando um verbete] ou seja, com o instrumental exegético de que dispõe o intérprete, ofertado pela própria Lei Suprema.

Presidente, mais do que isso – e aqui lanço uma profissão de fé diante do quadro atual: qualquer acréscimo na carga tributária, hoje, configura confisco, pouco importando a nomenclatura que se dê ao tributo criado ou ao acréscimo de tributo já existente.

Peço vênias ao Relator e aos colegas que o acompanharam para, no caso, conhecer e prover o extraordinário. (Pleno, RE 573.675-SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.03.2009, DJe 22.05.2009)

1. O art. 145, II da Constituição Federal prevê que as taxas, como tributos, serão cobradas do contribuinte em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos **específicos e divisíveis** que lhe são prestados ou postos a sua disposição.
2. A iluminação pública é um serviço público genérico, indivisível, não podendo ser cobrado mediante taxa.
3. A Cosip foi criada para custeio da iluminação pública.

4. A Cosip cobra de apenas uma parte dos beneficiários da iluminação pública o custeio de um serviço público genérico, que beneficia a sociedade como um todo, e essa cobrança vem na fatura de consumo de energia elétrica, de maneira **divisível**.
  5. Entre os beneficiários da iluminação pública, a Cosip distingue ainda em usuários residenciais e usuários não-residenciais.
  6. A Cosip cobra mais dos usuários não-residenciais que dos usuários residenciais, apesar de ambos se beneficiarem igualmente do serviço de iluminação pública.
  7. A Cosip fere o princípio da isonomia tributária, previsto no art. 150, II, da CF.
  8. O fato de as denominações de objetos serem diferentes não implica que são objetos diferentes.
  9. A natureza é que define um objeto e não sua denominação.
  10. Se um objeto não encontra definição própria, pode ser definido pelo referencial mais próximo.
  11. A Cosip, apesar de ter sido “rotulada” como contribuição, é na verdade uma taxa, “á falta de outro referencial”, “perfilando-se” pelo art. 145, II, da CF, e não pelo **art. 149-A, que é inconstitucional**, sendo na verdade uma taxa de iluminação pública “disfarçada” de contribuição.
  12. A súmula 670 do STF dispõe que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.
  13. “Qualquer acréscimo na carga tributária, hoje, configura confisco, pouco importando a nomenclatura que se dê ao tributo criado ou ao acréscimo de tributo já existente”.
  14. A Cosip é uma forma de confisco.
- 
15. A Cosip é inconstitucional porque baseada em um artigo inconstitucional e porque fere os princípios constitucionais da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

O voto do Ministro Marco Aurélio, semelhantemente ao do Ministro Ricardo Lewandowski, também demonstra a prática de omissão de premissas consideradas auto-evidente, do uso de expressões vagas (como o termo “excepcionalidade”) e de definições taxativas (como quando afirma que “qualquer acréscimo na carga tributária configura confisco”).

A exposição de votos diametralmente opostos e igualmente justificáveis, que apesar de partirem do mesmo conjunto fático conduziram a caminhos evidentemente distintos, corrobora a idéia de que o uso do silogismo retórico como forma do discurso judicial é extremamente útil e recorrente, especialmente no que toca às decisões mais difíceis e de grande repercussão. Ora, se os Ministros presentes decidissem seguir o voto do Ministro Marco Aurélio ou mesmo se este fosse o relator, teríamos uma outra decisão, totalmente distinta da “decisão tomada”, mas igualmente justificável juridicamente. O uso de recursos retóricos no corpo das motivações judiciais permite essa flexibilidade frágil e esse poder adaptativo das decisões judiciais. A omissão de premissas e o uso de lugares-comuns acabam conferindo ao discurso um ar de racionalidade e método que ele efetivamente não tem. As contradições passam despercebidas pelos ouvintes e, ao fim, tudo pode parecer plausível.

É neste sentido que Sobota (1996, p. 270) afirma que “o discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar a **ilusão da certeza em uma esfera de incerteza**” (grifo do autor). E a ferramenta de que se utiliza é o uso de premissas ocultas ou normas que não passam de “alusões vagas”. Essa esfera de incerteza a que alude a autora possibilita que o “horizonte das noções normativas” seja ampliado, e a própria acepção de norma ganhe diferentes contornos a depender do universo discursivo em que se insere. Por fim, a concepção positivista de ordenamento jurídico coerente e auto-suficiente resta fortalecida por uma crença ingênua e funcional que se tem, inadvertida e inconscientemente, no império das normas e da racionalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A motivação das decisões judiciais nasceu como instrumento garantista da atividade jurisdicional, tanto no âmbito externo ao processo, quando assume viés de garantia política e meio legitimador do exercício da jurisdição, quanto no contexto endoprocessual, enquanto critério assecuratório do devido processo legal.

Como garantia, e segundo conceitos dogmático-positivistas clássicos, a motivação deve se apresentar segundo exigências mínimas de racionalidade. E essa racionalidade deveria seguir, feitas as devidas adaptações para o discurso legal, uma lógica necessária. Assim, para obtenção da solução de uma lide, o juiz deveria subsumir um caso concreto a uma norma geral e abstrata, até, como resultado desse processo subsuntivo, chegar a uma conclusão. Esse é o clássico modelo de justificação silogístico.

Entretanto, o modelo de justificação silogístico se apresenta mais como um ideal de racionalidade para o direito que propriamente uma realidade. Para se compreender o processo decisório, é necessário ter em mente, primeiramente, que são distintos os momentos de decisão e motivação. A decisão se insere em um contexto de descoberta, no sentido de que, diante de um problema a ser resolvido, o magistrado já tem em mente, por razões outras (muitas das quais inconfessáveis por não apresentarem qualquer natureza jurídica), a decisão a ser tomada. Esse “esboço de decisão”, para ser completo e convalidado, precisa de um embasamento jurídico que o legitime dentro do que se costuma chamar de ordenamento jurídico e, mais amplamente, Estado democrático de direito. Nesse ponto, o magistrado adentra em um segundo momento: o contexto de justificação.

Dentro do contexto de justificação, o juiz há de buscar no ordenamento jurídico premissas capazes de justificar ou motivar sua decisão. A apresentação dessas premissas se dá em um discurso que, ao contrário do que comumente se pensa ou se apregoa pela dogmática, é sumamente retórico. O magistrado se utiliza, para a apresentação de suas boas razões, da prática de omissão de premissas consideradas auto-evidentes e do uso de lugares-comuns que assumem, a depender das conveniências do contexto em que se inserem, diferentes significados, formas e facetas.

O modelo de discurso da motivação, portanto, segue uma outra estrutura argumentativa, que não a silogística, a saber: o silogismo retórico ou entimema. Essa estrutura argumentativa permite que as incertezas e contradições do discurso jurídico sejam encobertas pela prática de omissão de premissas, normas ou razões outras consideradas auto-evidentes,

desnecessárias ou mesmo inconvenientes para serem apresentadas. Isso possibilita a existência de múltiplas decisões a respeito de um mesmo objeto, todas igualmente justificáveis, conferindo ao magistrado uma gama de possibilidades que não seria possível se um modelo de rigidez lógica, como o silogismo, fosse efetivamente aplicado.

O silogismo retórico acaba conferindo ao discurso motivacional um modelo de racionalidade capaz de esconder as inconsistências nele presentes, mudar o significado da norma em abstrato segundo as conveniências do caso concreto (e neste ponto, a flexibilização dos significados e extensões dos princípios é mais evidente) e tornar jurídicas concepções puramente emotivas, subjetivas, políticas ou de qualquer outra natureza que não a jurídica. E é justamente essa ampla capacidade adaptativa e casuística que faz esse modelo de justificação útil e funcional, o que amplia o horizonte das noções normativas (mais alusivas que concretas) e confere uma legitimidade democrática e racional particular, a qual é ingenuamente aceita e incorporada ao sentido das decisões jurisdicionais.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica** – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy: São Paulo, 2001.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação**: noções práticas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Quintín Racionero. Madrid: Gredos, 1994.

\_\_\_\_\_. **Órganon**: *Tópicos, Refutações Sofísticas e Analíticos Posteriores*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

BRASIL. **Constituição federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 02 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 573.675/SC. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de março de 2009. Publicado no **Diário de Justiça Eletrônico** em 22 de maio de 2009. Disponível em: <[http://www.legjur.com/jurisprudencia/htm/2009/573675stf\\_2010\\_11\\_16\\_134244%28i%29.php?tip=jurisp&co2=BLJ027002670](http://www.legjur.com/jurisprudencia/htm/2009/573675stf_2010_11_16_134244%28i%29.php?tip=jurisp&co2=BLJ027002670)> . Acesso em: 20 nov. 2010.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica: para uso dos estudantes universitários**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento jurídico**: elementos para um modelo. Trad. Pablo Laviañaga. México: Fonatamara, 1999.

\_\_\_\_\_. La motivazione in fatto, in **La conoscenza del fatto nel processo penale**, Ubertis (org.). Milano: Giuffrè, 1992

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Modelli di ragionamento giuridico: modello deduttivo, modello indutivo, modello retórico. In **Studi sulla giustificazione giuridica**. Torino: Giappichelli, 1986.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GIULIANO, Alessandro e PICARDI, Nicola. **La responsabilità del giudice**. Milano: Giuffrè, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HARTMANN, Nicolai. **Zur Grundlegung der Ontologie**. Berlin: Walter de Gruyter, 1965.

HAYASHI, Renato. **Os topoi do entimema aristotélico**: alicerces da argumentação jurídica. 2007. Disponível em:

<<http://professor.ucg.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/5628/material/Os%20topoi%20do%20entimema%20aristot%C3%A9lico.doc>>. Acesso em: 28 out. 2010.

KAUFFMAN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Verlag C. H. Beck. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LUHMANN, Niklas, **Legitimation durch Verfahren**. 2ª ed. Darmstadt: Neuwied, 1975.

MAZZARESE, Tecla. **Scoperta vs giustificazione**. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali. In: COMMANDUCCI e GUASTINI (orgs.). *Analisi e diritto* 1995. Torino: Giappichelli, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 226-249, 2004.

RONCAGLI, Giorgio. **Il giudizio sintético nel processo civile romano**. Milano: Giuffrè, 1955.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità fra logica, retorica e dialettica. In BASCIU (org.). **Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino**. Padova: Cedam, 1998.

\_\_\_\_\_. **L'obbligo di motivazioni della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TROCKER, Nicolás. La responsabilidad del giudice. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. 1982.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo : RT, 1987.