

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

Rafael Bublitz De Oliveira

**A JUSTIFICAÇÃO DO JULGADO E A PETIÇÃO DE PRINCÍPIO NAS DECISÕES
JUDICIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO**

**PORTO ALEGRE
2019**

Rafael Bublitz De Oliveira

**A JUSTIFICAÇÃO DO JULGADO E A PETIÇÃO DE PRINCÍPIO NAS DECISÕES
JUDICIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso
apresentada na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Paulo
Rycembel Boeira

Porto Alegre

2019

A JUSTIFICAÇÃO DO JULGADO E A PETIÇÃO DE PRINCÍPIO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Aprovada em dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Marcus Paulo Rycembel Boeira (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Rodrigo Valin de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Guilherme Boff
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Este trabalho só se fez possível através do apoio e solicitude de muitos, capazes de alimentar em mim o foco e a confiança necessárias para realizar este feito, e aos quais sou profundamente grato.

Agradeço à Roberta, por ter me conferido nova visão a respeito da vida neste período, e por ser este sustentáculo de força, ânimo e paciência.

À grande amiga Marina, pelo incansável incentivo e suporte, pelas revisões, conselhos e orientações que compõem uma contribuição imensurável à realização desta conquista.

Ao Thom, que juntamente com a Marina me ofereceram asilo, propiciando um ambiente oportuno para a construção deste estudo. Sou grato por toda a paciência, hospitalidade e generosidade.

Ao meu irmão Miguel, pelo serviço dedicado e eficiente quanto à formatação, bem como pelas orientações técnicas oferecidas.

À minha família, em especial meus pais, por todo exemplo e trabalho duro que me possibilitaram atingir esta meta.

Ao meu amigo Pe. Neto, pela solicitude e incentivo oportunos.

Ao meu orientador, professor Marcus Boeira, por toda a confiança e disponibilidade que foram fundamentais no andamento da pesquisa. Ainda, aproveito o ensejo para agradecer pela inspiração conferida em relação à atividade docente e a construção de uma carreira acadêmica.

Por fim, agradeço a Deus, mestre fiel e Senhor de todas as coisas.

RESUMO

Este trabalho se debruça sobre a questão da justificação das decisões judiciais por parte dos magistrados, em especial no que tange à ocorrência de petição de princípio. A pesquisa busca responder quais são os parâmetros exigidos pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação à necessidade de fundamentação dos atos decisórios dos magistrados. Em um segundo momento, a partir da estrutura argumentativa sustentada por Stephen E. Toulmin e as explicações conceituais de Aristóteles, bem como Lucie Olbrechts-Tyteca e Chaim Perelman a respeito da petição de princípio observa-se especialmente possibilidades de incidência da falácia de petição de princípio bem como possíveis consequências ao sistema jurídico como um todo. Conclui-se que a permissividade do ordenamento jurídico em relação à justificação do julgado é prejudicial ao próprio sistema legal bem como aos indivíduos que ele se propõe a tutelar, e que se faz necessária a ampliação dos estudos a respeito da petição de princípio em sede de decisões judiciais bem como o desenvolvimento de um método para sua identificação que seja adequado à complexidade dos argumentos jurídicos e os elementos que os circundam.

Palavras-chave: Decisões Judiciais. Fundamentação. Petição de Princípio. Layout do Argumento.

ABSTRACT

This paper addresses the question of the justification of judicial decisions by magistrates, in particular as regards the occurrence of begging the question. The research seeks to answer what are the parameters required by the Brazilian legal system in relation to the need of reasoning the decision-making acts of the judges. Secondly, from the argumentative structure supported by Stephen E. Toulmin and the conceptual explanations of Aristotle, as well as Lucie Olbrechts-Tyteca and Chaim Perelman about begging the question, it is possible to observe in particular the possibilities of the fallacy of the begging the question, as also possible consequences for the legal system as a whole. It is concluded that the permissiveness of the legal system in relation to the justification of the trial can be harmful to the legal system itself, as well as to the individuals that aims to protect. In addition, it is concluded that is necessary to expand the studies on begging the question in court decisions and to develop a method for its identification that is appropriate to the complexity of the legal arguments and the elements surrounding them.

Keywords: Judicial Decisions. Reasoning. Begging the Question. Argument Layout.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Inc.	Inciso
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS PARÂMETROS EXPLÍCITOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS NO BRASIL	12
2.1 Parâmetros na legislação antes do novo Código de Processo Civil	12
2.2 Parâmetros da fundamentação de sentenças a partir do Código de Processo Civil de 2015	15
2.3 O fenômeno da ajuricidade no direito: humanidade, intuição e arbitrariedades	24
3 PREMISSAS RELEVANTES PARA CRIAÇÃO DE UM MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO DA PETIÇÃO DE PRINCÍPIO EM DECISÕES JUDICIAIS	33
3.1 Petição de Princípio: Conceito, possibilidades de incidência e dificuldades investigatórias	33
3.2 O layout do argumento como fundamento investigativo	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é a fundamentação das decisões judiciais com enfoque na ocorrência da falácia petição de princípio e sua relação com o contexto concreto do direito brasileiro. O estudo da temática é motivado pela observação do método de condução dos processos, principalmente na oitiva das partes para o desenvolvimento da elaboração da sentença. O que presenciei não poucas vezes em meus estágios foi a busca da adequação dos fatos ao modelo de minuta preestabelecido, por vezes impondo limitações aos depoimentos e por consequência ao escopo de fatos que embasariam a justificativa do magistrado. Frequentemente presenciei nas próprias audiências de instrução de casos sobre fatos semelhantes, que provocaram efeitos distintos a pessoas distintas, serem deliberadamente conduzidas da mesma forma, com as mesmas perguntas e com o intuito de uniformizar as sentenças, em forma, justificativa, valores de indenização, etc. Não raro, em conversas com colegas que também estagiavam em contato direto com magistrados e elaboração das sentenças, eram relatadas práticas semelhantes.

Essa prática se mostra um problema de funcionalidade para o Direito e para as partes, na medida em que flexibiliza a noção de justiça para ganhar praticidade e produtividade no trabalho cotidiano dos gabinetes, ignorando as particularidades dos casos e adequando fatos concretos a decisões pré-formadas (a famosa peça modelo).

Uma decisão judicial ao ser tomada independentemente de cognição exaustiva e, por vezes de forma arbitrária e inclusive moldando a instrução para que se adeque a ela, gera uma distorção gravíssima no processo de busca pela Justiça, que passa a se pautar pela perspectiva particular do ente que a tutela e não da relação fato-Direito.

Ainda que existam direcionamentos de como o magistrado deve construir sua decisão como no art. 489 do CPC observa-se em várias sentenças algo que se assemelha ao que via no meu estágio, chegando ao ponto de parecer dispensável a coerência lógico-argumentativa de uma sentença com o caso concreto a qual ela se refere.

A observância desta coerência presumivelmente resultaria em um sistema de justiça mais sólido, com decisões mais técnicas e menos opinativas nas controvérsias sobre fatos, bem como uma jurisprudência mais perene no que se tratasse de discussões acerca do Direito pela existência de um substrato lógico mais sólido e, portanto, mais dificilmente refutável.

A partir desta situação faz-se presente a hipótese deste trabalho: Supõe-se ser possível identificar a ocorrência da falácia petição de princípio a partir da análise das decisões judiciais. Tendo em vista esta suposição, uma série de questionamentos são gerados: Existe de fato um direcionamento aos juízes sobre como fundamentar as suas decisões? Esse direcionamento leva em consideração a construção lógica? Os eventuais critérios exigidos para que se considere uma sentença bem fundamentada previnem os juízes de recaírem no emprego da petição de princípio? O que poderia causar a incidência da petição de princípio em um texto decisório? Em que parte da argumentação do juiz a petição de princípio poderia ser encontrada?

Esta pesquisa tem por objetivo geral, portanto, introduzir em caráter preliminar meios que permitam analisar a incidência de petições de princípio em sede de decisões judiciais no Brasil. Para tanto, é imperativo cumprir os seguintes objetivos específicos; identificar a forma com que o direito brasileiro trata da fundamentação das decisões judiciais; apontar eventuais conflitos gerados a partir da interpretação dos parâmetros identificados; apontar quais elementos presentes na prática cotidiana dos juízes tornam possível a ocorrência de petição de princípio nas suas decisões; delimitar o conceito de petição de princípio para fins de análise; identificar em que momentos do processo decisório a petição de princípio pode se instalar; propor o uso de uma estrutura argumentativa específica para tornar possível a identificação da petição de princípio nos textos decisórios; apontar hipóteses de ocorrência de petição de princípio e suas consequências.

Pretende-se com o resultado desta pesquisa levantar o interesse acadêmico a respeito dos tópicos apresentados, de forma a ampliar o interesse e a produção de literatura direcionada ao estudo das falácias argumentativas e do fenômeno da arbitrariedade no âmbito jurídico. A partir disso, espera-se que seja possível desenvolver um método eficiente para a análise e identificação de falhas argumentativas no corpo das decisões judiciais, para que se levantem informações suficientes capazes de provocar alterações na prática jurídica cotidiana, em busca de uma racionalidade mais exigente, coesa, lógica e justa.

Esta é uma pesquisa de tipo básico, exploratória e bibliográfica na qual foram analisados os textos da Constituição Federal, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Código de Processo Penal e Código de Processo Civil, bem como a tese de Repercussão Geral 339 firmada pelo STF, no intuito de identificar os critérios declarados explicitamente como necessários à fundamentação das decisões

judiciais, bem como foram consultadas fontes externas ao direito ligadas às ciências sociais, tais quais a sociologia e a psicologia, para, de forma interdisciplinar, buscar compreender as causas de uma possível incidência de petições de princípio nas decisões. A partir disso foram apresentados os conceitos a respeito desta falácia segundo Aristóteles, Lucie Olbrechts-Tyteca e Chaim Perelman bem como introduzidos em caráter preliminar a estrutura argumentativa sustentada por Stephen E. Toulmin como base para criação de um possível método de análise dos documentos jurídicos em questão.

2 OS PARÂMETROS EXPLÍCITOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS NO BRASIL

A intenção deste tópico não é realizar uma exaustiva investigação a respeito dos direcionamentos que os juízes possuem (ou não) para bem fundamentar uma sentença. Se faz necessária uma breve explanação a respeito da desta atividade no direito brasileiro, para que eventual análise não fique desconectada do seu contexto macro, e para que seja possível em alguma medida a mensuração de eventuais consequências da ocorrência do fenômeno da petição de princípio. Interessa explicitar quais são os requisitos legais para que ela seja válida. Também é interessante visualizarmos uma análise mais literal do texto legal, puramente semântica, sem a pretensão de adentrar no campo da hermenêutica processual. Para que se possa notar puramente o que o legislador diz - não importa se por intenção ou atecnia - num momento anterior à atribuição de significado pelos intérpretes que procuram integrar a norma ao restante do sistema. Essa análise literal é relevante pela identificação do que *não* é dito pelo legislador, com o intuito de evidenciar o que é aplicação da lei escrita e a partir de que ponto o juiz depende de significação ulterior e não necessariamente vinculativa.

2.1 Parâmetros na legislação antes do novo Código de Processo Civil

A legislação brasileira, até a edição do Código de Processo Civil em 2015, sempre foi muito genérica quanto ao conceito “fundamentação”. A Constituição Federal define em seu artigo 93, inc. IX que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988). É importante ressaltar que a fundamentação aparece como um princípio a ser observado quando da criação de um Estatuto da Magistratura, por iniciativa do STF, sem, contudo, indicar o que seria uma sentença fundamentada, ou seja: qual é o conceito de fundamentação.

De uma forma não menos genérica, a Lei n.9099/95 que regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais redaciona seu artigo 38 da seguinte forma: “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório” (Brasil, 1995, art. 38.

Caput). Esta prescrição possui certa carga de indefinição por não indicar em que a convicção do juiz deve estar embasada para que seja válida. Basta que o juiz a tenha e a demonstre. Claro que, em se tratando de um sistema normativo, existem outros elementos que servem como parâmetro para a interpretação de normas que permitem tanta liberdade, de forma a serem aplicadas em consonância com o restante do sistema, mas ele (o artigo 38), por si só é muito insuficiente.

Já o Código de Processo Penal indica de maneira sucinta e prática em seu artigo 381, inc. III, que a sentença deve conter “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (BRASIL, 1941). Trata, portanto, da obrigatoriedade de o juiz fundar a sua motivação nos fatos apurados no processo e invocar as consequências que o Direito prevê a respeito deles. A geometria argumentativa exigida por este artigo, parece se moldar à estrutura do silogismo clássico: ato “A” comprovado (premissa menor); “A” é considerado delito pelo direito com previsão de pena “P” (premissa maior); logo, autor do ato “A” deve ser condenado à pena “P” por ter cometido delito. Ocorre que tal procedimento, pode muito bem justificar a decisão, mas não explica como ela foi tomada¹. No inciso anterior do mesmo artigo, o CPP determina que a sentença também deve conter “a exposição sucinta da acusação e da defesa” (BRASIL, 1941. art.381, inc. II), de forma que o debate entre as partes deve ser exposto de forma resumida, mas não exige expressamente que o julgador indique de que forma o embate de provas e contraprovas, alegações e argumentos se deu de forma a convencê-lo da culpa ou da inocência².

Em resumo, os dispositivos até agora expostos pedem do juiz a declaração do que foi decidido e de por que foi decidido (ligação entre fato e direito), deixando de lado a necessidade de demonstrar o “como” foi decidido, ou seja, o processo argumentativo que levou a se deduzir a conexão. Ora, os direcionamentos das soluções finais do processo podem possuir razões e motivações infinitas, desde aquelas que estão abarcadas pelo escopo legal, bem como aquelas alheias ao direito:

¹ No direito penal há um aspecto especial relativo à dosimetria da pena: há intervalos consideráveis entre a pena mínima e máxima para um mesmo delito sem que haja uma metodologia unificada de valoração dos fatos para a definição da pena final. A justificação do cálculo da dosimetria da pena possui vários passos de valoração extremamente subjetivos que vem a compor explicitamente a fundamentação do cálculo sem que essa subjetividade pareça “corromper” a coerência lógica da decisão.

² O CPC de 2015 vem por preencher esta lacuna, determinando que o juiz deve enfrentar todos os argumentos das partes que possam infirmar a decisão judicial, realizando de fato este embate comentado como necessário para uma maior solidez à fundamentação da sentença.

motivações políticas, pessoais, íntimas, negociais, inatas ou relativas à percepção de realidade do julgador. A simples exigência de que se indique a conexão entre fatos e direito sem a demonstração da lógica³ deste processo é insuficiente para que um observador externo compreenda plenamente as razões pelas quais aquela decisão foi tomada.

Pode-se concluir a partir desta análise, que o legislador brasileiro, neste período pré CPC 2015, aparentemente não se importou com possíveis razões externas ao direito que podem influenciar a decisão do magistrado, salvo as hipóteses de suspeição e impedimento⁴, que se limitam a evitar que interesses negociais ou familiares comprometam a idoneidade do processo. Há de se admitir entretanto, que existem outras motivações ajurídicas⁵ intencionais ou não intencionais passíveis de influenciar o processo decisório.

Parece, ao fim e ao cabo, que o legislador, até este ponto, não se compromete a criar uma lei que seja suficientemente descritiva, clara e objetiva que indique o que de fato seria uma sentença completamente bem fundamentada. As leis trazidas são orientações fracas porque delegam ao poder judiciário o preenchimento quase (quando não) total do significado das expressões “fundamentadas”, “mencionar os elementos de convicção”, “fundamentação”, e assim por diante; Ou seja: O legislativo abdica de um controle real do judiciário neste aspecto, restando a este último que se autorregule de maneira a limitar a própria liberdade por meio da criação explícita de critérios claros e conhecidos sobre o que constitui uma boa fundamentação. É certo que a Doutrina trabalha sobre esses temas, mas há de se convir que ela por si só não é vinculativa e depende da boa disposição do juiz para ser aplicada. Na prática, esses critérios são tão obscuros ou dispersos que o estudo e compilação de quais parâmetros estão sendo aplicados como necessários à fundamentação das decisões judiciais, poderia ser uma outra pesquisa por si só.

Traz-se isso a critério de constatação, para que se possa posteriormente explorar as consequências desta lacuna na contribuição de uma presença de petição de princípio nas sentenças.

³ Vê-se a sentença como produto inferível do processo judicial e não advinda de elementos estranhos a ele. Desta forma, fala-se em demonstração da lógica não apenas como algo possível, mas também desejável.

⁴ Artigos 144 a 148 do CPC (BRASIL, 2015).

⁵ Alheias ao contexto jurídico do processo.

2.2 Parâmetros da fundamentação de sentenças a partir do Código de Processo Civil de 2015

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, aparentemente surge uma preocupação maior do legislador em definir o que é uma fundamentação satisfatória para a sentença. Esta inovação aparece no artigo 489, que já é um pouco mais específico ao tratar dos requisitos essenciais da sentença de uma maneira mais detalhada que seu predecessor, o artigo 458 do CPC de 1973 (BRASIL, 1973). O novo código replica com exatidão o *caput* e os três primeiros incisos, em que diz, entre outros elementos, que são componentes essenciais da sentença os fundamentos, em que se analisará as questões de fato e de direito (BRASIL, 2015, art.489, inc. II), mas novamente não declara até aí, no que consistem esses fundamentos. Sabe-se que tratam das questões de fato e direito. Mas de que forma? O CPC de 2015 inova ao propor-se a definir em seus parágrafos primeiro e segundo o que *não* é uma sentença bem fundamentada, conforme segue:

Art. 489 (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, Art. 489)

Percebe-se que o legislador se mostra preocupado em oferecer diretrizes para orientar a exposição de razões para a decisão judicial, exigindo a explicação da

conexão entre direito⁶ e causa: a alegação inexplicada de conexão entre fato e direito implicaria na falta de fundamentação e, portanto, nulidade. Ainda, determina explicitamente que o juiz enfrente todos os argumentos trazidos ao processo que possam, por ventura, invalidar a conclusão alcançada pelo julgador e isso reforça a ideia de coerência lógica da sentença em relação ao processo, de forma a ser produto logicamente possível da soma de todos os atos ali concentrados, pois precisa ter superado explicitamente todas as objeções argumentativas contrárias ao seu direcionamento. O inciso V deixa claro que a mera invocação de precedentes, súmula ou enunciado não é suficiente para tornar o dispositivo da sentença propriamente fundamentado. Novamente temos alguns parâmetros lógicos sendo introduzidos claramente como dever: A autoridade que o direito reconhece em precedentes, súmulas e enunciados não é suficiente para que sejam aplicados sem maiores explicações. Ao contrário, é necessário que o julgador conheça e identifique os fundamentos que tornam as decisões pregressas boas referências para o caso presente bem como demonstre que os fundamentos da causa são análogos àqueles.

No sentido reverso, o inciso VI determina que o juiz não se abstenha de demonstrar o porquê de quaisquer enunciados, súmulas ou precedentes invocados pelas partes como análogos e aplicáveis ao caso não o são de fato, seja através demonstração das diferenças entre os casos tratados ou superação do entendimento.

A este ponto, pode-se inferir um segundo nível de coerência lógica exigida à sentença: além de em relação ao seu processo, ela precisa também se fazer presente em relação ao conjunto de decisões que compõem o sistema. É de suma relevância destacar que esta coerência não é subjetiva, presumida, mas sim demandada como essencial à sua composição.

Tratando-se de coerência lógica, ela ainda é exigida primariamente da própria sentença em relação a si mesma. Embora este princípio de não autocontradição pareça elementar para uma decisão judicial, o direito não o deixou subentendido, trazendo no artigo 1023 do CPC a possibilidade de serem opostos embargos dirigidos ao juiz indicando erro, obscuridade, contradição ou omissão (BRASIL, 2015) na decisão judicial a fim de os eventuais vícios sejam sanados. Nesse sentido, as partes do processo aparecem como auxiliares para a manutenção da coerência da decisão,

⁶ Ato normativo, conceitos jurídicos indeterminados, precedentes, enunciados...

podendo indicar ativamente eventual incongruência desta em relação a si e ao processo.

A partir desta exposição pode-se inferir que há na redação do CPC de 2015 abrigo para o desenvolvimento da busca por uma coerência lógica da fundamentação de decisões judiciais em três níveis distintos: a coerência lógica da decisão em relação a si mesma, não podendo ser omissa, obscura ou contraditória. Em um segundo nível, a coerência lógica em relação ao processo, gerando uma sentença como produto exclusivo dos elementos processuais⁷, isso advindo da determinação de que o juiz deve explicar e demonstrar seu processo decisório em relação aos estabelecimento do nexos entre fato e direito, bem como enfrentar quaisquer argumentos nos autos que possam infirmar a decisão tomada, não sendo omissa, portanto. E em um terceiro nível, pode-se apontar a necessidade de coerência sistêmica, ou seja, a sentença deve se relacionar logicamente com as outras decisões do sistema jurídico, em especial aquelas consolidadas como parâmetro para a solução dos conflitos. Isto pode ser denotado a partir da prescrição de necessidade de demonstração da semelhança ou diferença dos fundamentos de precedentes enunciados ou súmulas em relação ao caso em comento, seja para aplicá-los à causa ou defender a não aplicação.

Há, entretanto, quem considere que o legislador errou ao incluir o termo “explicar” nos incisos I e II do artigo 489 do CPC. Vianna⁸, por exemplo, entende que há atecnia no emprego desse termo e vê uma impositiva equiparação semântica com o vocábulo “justificar” presente no inciso III do mesmo artigo, o que resultaria na imposição ao juiz de expor nos autos o percurso decisório, o “Círculo Hermenêutico”, suas pré-compreensões e dilemas travados intimamente para chegar a uma solução, e que isto seria totalmente desnecessário para a averiguação da fundamentação da sentença (VIANNA, 2015).

O autor defende a diferença conceitual entre as expressões “explicar” e “justificar”, embora insista que a intenção do legislador é de que significassem forçosamente a mesma coisa, e portanto coloca entre suas conclusões o seguinte raciocínio:

⁷ “Quod non est in actis non est in mundo”

⁸ Vianna foi escolhido aqui principalmente por ser um magistrado brasileiro, ou seja, ao fim e ao cabo a interpretação própria do magistrado quanto à necessidade de fundamentação e racionalidade na sentença é a que será empregada no direito brasileiro, mesmo que a despeito do que podem dizer e/ou discordar os grandes filósofos do direito sobre os mesmos temas que ele analisa.

O excesso de detalhes e as impropriedades terminológicas no texto legal, em vez de contribuírem para o aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais, podem dificultar seu cumprimento. E mais: pode abrir margem para argumentos sofisticados e recursos protelatórios sob a alegação de falta de fundamentação nas decisões judiciais. Para impedir isto e, ao mesmo tempo, cumprir os ditames legais, é importante não confundir “explicação” e “justificação” da decisão judicial, ambos empregados no novo CPC. Explicação é algo interno do juiz, diz respeito ao processo decisório; ao ato de decidir. Justificação, por outro lado, implica na exposição racional da decisão nos autos. O juiz somente está obrigado a justificar sua decisão nos autos, e não a explicá-la. (VIANNA, 2015).

A interpretação dada por Vianna se dá de modo a atribuir ao vocábulo “explicar” um sentido que, segundo a sua linha de pensamento o torna atécnico, uma vez que o legislador estaria a impor equivalência semântica entre explicação e justificação no âmbito da linguagem jurídica, sendo que de fato, estas palavras possuem significados distintos entre si. Contudo, estranha-se a conclusão que encontra como solução o dever de ignorar o vocábulo “explicar” e onde este estiver apenas ser necessário “justificar”. Ora, se de fato não são equivalentes, como pode-se concluir o dever de tratá-los como tal, ou suprimir uma das expressões pela via interpretativa para que apenas “justificar” tenha valor positivo? De que forma a interpretação mais adequada da lei é aquela que exige ignorar o texto legal?

Portanto cabe a esta construção argumentativa alguns contrapontos: inicialmente, a suposta errônea equiparação entre os termos “explicar” e “justificar” presentes no artigo 489 do CPC não é tão límpida assim. Nos incisos I e II o vocábulo “explicar” trata da necessidade de demonstrar explicitamente a relação entre o caso e o ato normativo invocado bem como demonstrar explicitamente o motivo da incidência de conceito jurídico indeterminado ao caso. Usa-se o termo “demonstrar” aqui quase que como sinônimo, e poder-se-ia acrescentar o adjetivo “didaticamente” para que a função semântica do vocábulo nos incisos fosse largamente cumprida. Não se trata, portanto, do simples ato de invocar razões, para possibilitar a utilização de tais recursos como fundamentos da decisão. A missão parece ser mais complexa: deixar demonstrado nos autos o porquê de ser cabível e de que forma é cabível, o que se afasta bastante da ideia trazida pelo autor, de expor o processo de raciocínio interno do juiz como se fosse necessário dissecar todos os pensamentos e inclinações que

passaram por sua mente durante a atividade decisória. Diferente disso, temos o inciso III e o emprego do vocábulo “justificar” que precisa ser lido por inteiro para que se compreenda o sentido em sua plenitude: “Art. 489 (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...) III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;” (BRASIL, 2015).

Ora, este inciso basicamente declara não fundamentada, e portanto nula, a sentença que se utilizar de motivos genéricos como justificativa para a decisão tomada. Aqui, há a vedação de invocar razões genéricas, o que é diferente de exigir a explicação de como determinadas razões se adequam ao caso. A justificativa é, portanto, o conjunto de argumentos jurídicos que sustentam a validade da decisão, enquanto a explicação é a forma de exposição com a qual se torna possível compreender e averiguar a verdade jurídica dos argumentos e, em última instância da própria justificativa. Ficando evidenciadas funções semânticas distintas, é possível refutar uma segunda parte deste raciocínio: “explicar” e “justificar” não são equivalentes entre si, nem foram forçosamente equiparados pelo CPC, e muito menos se confundem com “fundamentar”. A fundamentação, embora seja um conceito ainda vago no nosso ordenamento jurídico, passa a ser mais delimitada com a explicitação exatamente daqueles vocábulos recém tratados: segundo o legislador, explicar na decisão judicial “o porquê” e “como” tal razão ou elemento jurídico será usado para compor a justificativa de decisão, e, além disso, que as razões que comporão a justificativa sejam específicas ao caso em comento são componentes essenciais a uma boa fundamentação. A explicação compõe e valida as razões, que compõem e validam a justificativa, que compõe a válida a fundamentação. Portanto, a explicação é sim necessária para a fundamentação da sentença, por ser elemento essencial à justificativa.

Também é importante ressaltar que esta explicação não diz respeito exclusiva e necessariamente à perspectiva íntima do juiz na análise do caso, sua pré-compreensão, ou raciocínio pessoal, mas sim à demonstração de uma coerência lógica que permita a tomada da decisão, a partir da combinação entre os elementos dos autos e as respostas que o mundo jurídico possibilita (o que diz a lei, a jurisprudência e a doutrina a respeito). Em outras palavras, o julgador não precisa se *explicar* nos autos, mas sim explicar a validade lógico-jurídica da solução apresentada. A solução jurídica ali trazida necessita ser inferível a partir da

fundamentação, composta de justificativas e estas de explicação, caso contrário poderão estar presentes elementos de obscuridade, contradição ou omissão.

Feito o contraponto a esta interpretação que esvazia o vocábulo “explicar” de significado ao defender a inempregabilidade do termo na legislação, é necessário apontar que ao menos à primeira vista, ela parece ser bastante aplicada no cotidiano jurídico. Muitas decisões sejam elas sentenças ou interlocutórias aparentam carecer das explicações indicadas como necessárias pelo CPC, e em seu lugar cimentam-se justificativas jurídicas que se assemelham muito a simples argumentos de autoridade: Decide-se “X” e a justificativa são os tantos acórdãos colacionados à decisão que também dizem “X”. Seria suficiente se a jurisprudência fosse completamente unificada, talvez. Mas haverá “n” outros acórdãos que decidem “Y” sobre casos igualmente semelhantes. Isso significaria que existe mais de uma melhor resposta para um mesmo caso? Se todas estiverem bem explicadas, hipoteticamente ficasse evidenciada a resposta mais coerente, facilitando a adesão em casos semelhantes, tendendo a uma maior unificação na jurisprudência, e por consequência maior segurança jurídica. Indo mais além, seriam viáveis poucas ou até mesmo apenas uma solução para cada tipo demanda. Se as soluções partem de um mesmo direito e são muito diversas, é possível que padronização da forma de expor os raciocínios jurídicos diminua a abertura para decisões contaminadas com arbitrariedades, estreitando a gama de soluções aceitáveis.

Além disso, esta insuficiência de explicações é problemática também por interferir no pleno cumprimento do princípio da publicidade dos atos processuais⁹, pois pouco adianta o processo ser público, mas obscuro na compreensibilidade do que diz respeito ao seu resultado, inclusa a fundamentação que o sustenta. Este aspecto poderia ser aprofundado para se tratar do desafio da complexidade da “linguagem jurídica” e sua inacessibilidade ao cidadão médio, mas à frente desta questão se coloca o problema da racionalidade lógica para que os agentes internos do direito tenham acesso e compreensão ampla da *ratio decidendi*. Em segundo lugar, qualquer sentença é um documento jurídico que compõe o universo do direito brasileiro, sendo um exemplo fático de como este último é aplicado à realidade prática. Uma carência demonstrativa dificulta a previsibilidade e torna mais lento o estabelecimento de uma jurisprudência mais unificada por meio da racionalidade do direito e não somente pela

⁹ Artigo 5, inciso LX e XXXIII da CF (BRASIL, 1988).

regra de reconhecimento¹⁰ que gera a autoridade institucional do judiciário. Não explicar logicamente as razões pelas quais a decisão judicial foi tomada, o “como”, e apenas expor o que foi decidido e porquê¹¹ torna ainda mais difícil a identificação de padrões para se usar o mesmo raciocínio em casos idênticos, raciocínios semelhantes em casos semelhantes e diferentes em casos diferentes. É fundamental ressaltar que essa identificação dos padrões não teria por propósito a eliminação total da divergência de entendimento dos juízes em relação a casos afins (o que poderia resultar na estagnação do direito). A real finalidade seria emprego de técnicas unificadas para a explanação das razões que sustentam os entendimentos, resultando no aumento da coerência do sistema quanto à forma de decidir e conseqüentemente no fortalecimento da segurança jurídica. Isso parece altamente desejado e necessário ao nosso sistema jurídico, conforme indicamos artigos 926 e 927 parágrafo 4º do CPC 2015, que determinam que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente, (BRASIL, 2015, Art.926) bem como exigem fundamentação adequada e específica para que se modifique enunciado de súmula, jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos (BRASIL, 2015, Art.927 §4º).

Um terceiro ponto é que dispensar as explicações que demonstrariam a verdade jurídica dos motivos que compõem a justificativa da decisão, abre margem para a existência de decisões que se sustentam em premissas não jurídicas ganharem validade e eficácia dentro do sistema, ou mesmo, como tem-se ouvido acusações frequentes¹², a suposta tentativa de distorção do próprio direito para abarcar visões particulares, morais ou políticas dos julgadores.

Mas, se a lei não está sendo observada segundo esta perspectiva, qualquer decisão que não contenha as explicações determinadas deveria ser considerada nula, correto? A resposta é negativa, pois a observação da lei depende de como ela é interpretada pelos diferentes grupos de operadores do direito, e, tendo o judiciário a última palavra, a forma como este decide aplicá-la e, apesar de todo o esforço legislativo por uma delimitação do conceito de fundamentação, tem-se, a partir do

¹⁰ Ver mais em HART, Herbert Lionel Adolphus et al. O conceito de direito. 2001.

¹¹ A simples subsunção entre direito e fato.

¹² No presente momento, 2019 vive-se um momento de polarização política com uma efervescência de notícias voltadas ao judiciário em tom de críticas e imputações quanto à imparcialidade política do poder judiciário. Ver mais em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/criticando-lava-jato-gilmar-diz-que-moro-foi-coaching-da-acusacao/>> e <<https://pleno.news/brasil/eleitores-ironizam-ministros-stf-orgulho-do-pt.html>>.

Supremo Tribunal Federal a vinculação de um entendimento que caminha no sentido oposto: em 2010 ocorreu o julgamento da RG-QO-AI 791.292/PE, que discutia se decisão judicial que transcreve os fundamentos da decisão recorrida, sem enfrentar pormenorizadamente as questões suscitadas nos embargos declaratórios, afronta o princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais nos termos do artigo 93 inciso IX da Constituição Federal. A este caso foi atribuída repercussão geral decorrente do julgamento sob o tema 339 e estabeleceu que:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal **exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.** 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.

(STF - QO-RG AI: 791292 PE - PERNAMBUCO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/06/2010, Data de Publicação: DJe-149 13-08-2010) (grifo nosso)

Nota-se que o direcionamento dado pelo intérprete do texto constitucional caminha no sentido contrário ao do legislador e, em que pese o julgamento deste caso tenha ocorrido em junho de 2010 e portanto anterior à vigência do CPC, a tese relativa a este tema foi redigida em dezembro de 2015, nove meses após a oficialização do novo código como fonte do nosso direito, da seguinte forma: “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015). Ou seja, há uma regra mais específica (o CPC) que trata sobre a fundamentação de sentença. Contudo, o STF tem tese firmada que vai contra a determinação do CPC, ou ao menos é permissiva quanto à possibilidade de ignorá-lo. Esta tese apoia-se no inciso IX do artigo 93 da CF que, conforme será visto em seguida, se refere à “fundamentação” como princípio a ser observado e carente de maiores delimitações delegando ao

próprio Supremo a tarefa de tomar iniciativa quanto a uma lei complementar que regule a Magistratura nacional. Seria então o artigo 489 do CPC inconstitucional uma vez que a leitura do intérprete autorizado declara desnecessário o exame de todas as alegações que poderiam infirmar a tese do juiz? Não há determinação neste sentido também, e tem-se que este artigo parece estar em um limbo jurídico, onde é válido, mas não precisa ser aplicado, uma vez que os agentes para os quais sua norma se direciona parecem possuir o poder de declarar assim.

Além disso, o STF, ao eximir o julgador do dever de enfrentar pormenorizadamente as alegações e provas aduzidas no processo, bem como da necessidade de correção dos fundamentos da decisão, abre portas para que se valide perante o ordenamento julgados que se constituirão, segundo a perspectiva de Alexy e sua Teoria da Argumentação Jurídica, “defeituosos em mais do que um sentido moral importante” (ALEXY, 2001, pg. 214). Esta classificação parte da perspectiva de que os discursos jurídicos prescindem de uma correção implícita, não é permissível através deles afirmar algo e negar-se a justificá-lo sem dar razões para isso (ALEXY, 2001, pg. 213). Ora, não enfrentar deliberadamente, no ato de justificação da sentença, alegações e provas trazidas pelas partes ao processo, significa omitir-se de apontar as razões pelas quais aqueles argumentos não foram relevantes. Esta exigência de justificação e correção diretamente ligada a ela em teoria poderia ser reforçada pela lei positiva, ao menos do que diz respeito às decisões judiciais (ALEXY, 2001, pg. 214). Ocorre que, em que pese o CPC de fato exerça esta tentativa, a interpretação da Suprema Corte exerce a função de invalidá-la em grande medida, causando confusão quanto à imperatividade da norma, deixando com que a necessidade de correção em sede de justificativa possua apenas a força do caráter implícito.

E isto representa um risco, pois se o sistema não é criterioso quanto à fundamentação de decisões judiciais, ele acaba por afastar a autoridade por meio da razão e passa a sustentar sua ordem no poder e prestígio das instituições autorizadas. Uma vez que estes fiquem em xeque, como ato reflexo podem surgir esforços não para manter a estabilidade do direito, mas sim o prestígio das instituições sob o argumento de que sem elas nenhuma ordem é operável e, a partir deste motivo tão crítico, abrem-se portas para a tentativa de salvá-las a todo custo, eivando o judiciário de decisões políticas, as leis de princípios morais particulares por parte do legislativo, atos de força por parte do judiciário...

Sem um direito coeso - e esta coesão só se atinge a partir da aplicação racional e coerente da lei - as instituições e poderes do Estado se conectam mediante o conflito e a disputa, cada um buscando afirmar individualmente sua autoridade, causando instabilidade no sistema como um todo.

Ocorre que, embora os agentes inseridos no campo jurídico talvez jamais admitam, a interpretação das normas, e mesmo a forma como o juiz toma a decisão é influenciada por muito mais elementos do que a ciência do direito pretende. Para uma análise mais profunda, é necessário olhar esse fenômeno por prismas que não o do direito. E não faltam obras de outras disciplinas a tecer estudos e críticas justas a esta realidade, conforme será exposto.

2.3 O fenômeno da ajuricidade no direito: humanidade, intuição e arbitrariedades

Diferentemente do que se constrói na ciência do direito, os estudos das ciências sociais sobre a atividade jurídica demonstram grande interferência das dinâmicas sociais no contexto interno de tomada de decisão e num cenário mais abrangente, no próprio processo de interpretação dos textos legais, e devem ser trazidos a esta discussão enriquecendo-a por meio da interdisciplinaridade e aproveitando as críticas de ciências que estudam o direito a partir de uma perspectiva externa. É possível verificar essa relação, por exemplo, verificar na obra de Pierre Bourdieu.

A respeito da interpretação de normas, para que componhamo campo jurídico, Bourdieu indica que existe concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, ou seja, de interpretar um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa do mundo social. (BOURDIEU, 1989, pg. 212). Cada setor da sociedade jurídica disputa com os outros e mesmo internamente por este monopólio. A própria discussão a respeito da constitucionalidade do artigo 283 do CPP demonstra esta disputa entre o poder legislativo consigo mesmo: entre a legislatura de 2011 que redacionou o artigo tal qual é atualmente, e a de hoje, que mesmo após a ADC a respeito do artigo ter sido procedente, estuda maneiras de superá-la por meio de alterações na lei, o que também o coloca em disputa com o judiciário, em especial o STF. Este (o Poder Judiciário) por sua vez também estabelece internamente esta competição entre níveis

hierárquicos, primeiro pelas interpretações dadas pelos juízes de primeira instância, revistas pelos tribunais, e em último grau o STF, considerando inclusive o constante embate de visões interpretativas que ocorre entre seus ministros. As ADCs 43, 44 e 54 também são um exemplo de como outras corporações jurídicas buscam alcançar alguma influência no papel interpretativo, utilizando-se de institutos do direito e da própria hierarquia jurídica. Estas entidades afeitas ao mundo jurídico, representando advogados e coletivos, além do próprio Ministério Público em nome da sociedade civil, acionaram a Suprema Corte demandando uma interpretação definitiva (enquanto dure), defendendo as visões de seus tutelados a respeito. Ainda, aproximando o olhar para a Suprema Corte, a disputa se configura pelas mudanças constantes de entendimento (três nos últimos oito anos) a respeito desta matéria, tendo sido rediscutida quase a toda alteração de composição do Tribunal.

Esta competição entre os agentes jurídicos ocorre também a partir das posições hierárquicas definidas pelo sistema de direito: segundo Bourdieu (1989) quanto maior a sua posição hierárquica, o agente possui maior liberdade para criar direito, interpretando a norma a partir de seus interesses e perspectivas pessoais, embora toda essa dinâmica seja sempre encoberta por uma aparência de impessoalidade, como se a atividade interpretativa fosse resultado da simples tradução imediata da verdadeira vontade jurídica expressa no texto legal. Neste contexto, o cargo de juiz ocupa um papel privilegiado: é ele que tem a autoridade para decidir como o direito será aplicado de fato, e este privilégio é ainda mais evidente quando observamos as atribuições e atividades do Supremo Tribunal Federal, instituído como guardião da Constituição Federal (BRASIL, 1988, art.102), e intérprete último do direito brasileiro, ou seja, o topo da hierarquia no meio jurídico.

Toda decisão judicial se baseia na lei e na jurisprudência, com alguma orientação da doutrina para determinados casos. Nota-se que o STF é quem dá a última palavra a respeito da interpretação das leis, sob a Constituição, além de possuir autoridade para criar e pacificar a jurisprudência. Quanto à doutrina como balizadora de soluções jurídicas, esta não é uníssona nem vinculativa, podendo ser invocada a partir da convicção pessoal do juiz quanto à sua adequação. Também, os ministros que compõe STF são não raramente formadores de doutrina, tendo suas obras especial autoridade e relevância diante dos operadores do direito pelo fato de seus autores serem, exatamente, ministros da Suprema Corte. Mesmo a autoridade da Constituição pode na prática não ser completamente imperativa ante ao STF, uma vez

que este órgão também é quem define qual é a interpretação correta do texto constitucional e de que forma deve ser considerado nos mais diferentes casos, inclusive aqueles que não são abarcados por norma escrita alguma, oportunidades em que constroem, a partir da valoração de princípios uma resposta para preencher a lacuna normativa.

Conforme referido anteriormente, esta evidente criação de direito é feita com cuidado para que pareça impessoal e puramente técnica, uma simples declaração da voz do “bom direito”. É interessante notarmos a possibilidade de onze leituras distintas puramente técnicas e impessoais, reivindicando ser a tradução precisa da vontade constitucional. Em última instância, para esses casos de lacunas legais, resta como referência aos ministros suas convicções, construídas através da observação e interpretação do Direito a partir de suas perspectivas pessoais, e as decisões do próprio tribunal para balizar as razões que serão apresentadas como justificativa das decisões que tomarem. Entretanto, posicionamentos do STF são frequentemente revistos a cada troca de composição, como no caso da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, conforme mencionado. Também matérias controversas demoram a serem julgadas pelo tribunal pleno, e neste meio tempo tem-se um período em que cada ministro decide baseado unicamente na sua construção pessoal a respeito da matéria, criando uma loteria jurídica capaz de gerar respostas completamente diferentes a depender do ministro designado a julgar o caso.

Portanto, sendo o STF o intérprete máximo do direito brasileiro, capaz de definir a interpretação, adequação, aceitação ou rejeição de qualquer elemento jurídico trazido à baila, e, levando em consideração que esta interpretação é sim influenciada por muito mais elementos do que apenas a técnica jurídica, conforme será tratado a seguir, em última instância um ministro da Suprema Corte certamente não é mera “boca da Lei”, mas definitivamente fala por ela. Acrescenta-se a isto o fato de que tem-se permitido ao STF um caráter político, apesar de suas decisões terem sempre um revestimento jurídico, esta influência política admitida ou ao menos tolerada como motor de determinados posicionamentos é capaz de trazer elementos completamente alheios ao sistema jurídico que, ao serem invocados pelo supremo, obrigam o teórico do direito a tentar adequá-los da forma que for possível como componentes legítimos do ordenamento. Levando em consideração tamanha liberdade conferida ao STF, haveria critério aferível e perene para definir o que seria uma decisão satisfatoriamente bem fundamentada no âmbito do STF? Pouco adianta existir a

determinação normativa do emprego de coerência lógica nos diversos níveis já referidos, se a aplicação desta norma depende, ao fim e ao cabo, de uma interpretação por parte do judiciário que esteja disposta a declarar e aplicar essa exigência. Apesar dos avanços na definição do conceito de fundamentação, o sistema normativo brasileiro depende de que o poder judiciário se autorregule quanto à necessidade de serem mais detalhistas ao justificar suas decisões, o que pode ser visto como limitação da própria liberdade dada pelo poder legislativo, que a concedeu ao exigir sentenças bem fundamentadas ao mesmo tempo em que permite que o judiciário estabeleça em última instância o que de fato é uma boa fundamentação.

Cabe lembrar que o artigo 93 da CF delega ao próprio STF a obrigação de tomar iniciativa na edição de uma lei complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura observando entre outros, o princípio da publicidade dos julgamentos bem como a necessidade de fundamentação de todas as decisões (BRASIL, 1988, Art.93, inc. IX). Neste documento, poderia se definir minuciosamente os critérios para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada, e teria vinculatividade absoluta de certa forma, pois obteria o aval do supremo, (sendo no mínimo constrangedor não cumprir norma de iniciativa própria), tornando possível comparar a regra escrita com a prática cotidiana e evidenciar o seu cumprimento ou não. Entretanto, passados mais de trinta anos da promulgação da CF, tal lei complementar ainda não foi editada, tendo o direito brasileiro se limitado a recepcionar a Lei nº35, de março de 1979 (BRASIL, 1979), conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e que não trata sobre deveres de fundamentação, deixando com que este conceito tão caro dependa de critérios vagos e difusos, pouco aferíveis e confirmados apenas pelo que o próprio poder judiciário aceita como tal, não havendo ferramentas concretas para a cobrança do cumprimento pleno deste princípio a não ser confiar na limitação, até certo ponto ambígua, que o judiciário anuncia impor sobre si mesmo.

Tratando-se de decisões processuais, não se pode esquecer que juízes são tão humanos quanto qualquer outro indivíduo, e a psicologia há muito estuda os fenômenos que circundam o processo de tomada de decisão apontando fortes indícios de que julgador pode ser influenciado por fatores completamente alheios ao direito e que deveriam irrelevantes para a atividade decisória. Um desses exemplos é a radical influência da forma na qual os dados são apresentados de modo a gerar tendências para o direcionamento da decisão (Kahneman, D., & Tversky, A. 1984). Há também o fenômeno da “ancoragem”, pela qual a simples sugestão aleatória sobre a duração de

uma pena a ser aplicada, ou mesmo o valor de uma multa, influencia o julgador a aproximar os números da sua decisão aos valores sugeridos. O efeito ocorre até mesmo quando o juiz tem ciência da aleatoriedade da sugestão. A causa desse fenômeno, indicam os estudos, é um aumento seletivo na acessibilidade de informações do julgamento que sejam consistentes à âncora oferecida (ENGLICH et al., 2006). A decisão, ao fim, não se torna incoerente, ou flagrantemente arbitrária, mas de todo modo foi condicionada a justificar um resultado sugerido, e não construído somente a partir da cognição do processo. Tratam-se de decisões induzidas por um recorte, e não deduzidas a partir da totalidade caso, o que é incompatível com o ideal de sentença justa e imparcial.

Outros estudos inclusive revisitam o procedimento da defesa ter a última palavra nos tribunais, indicando que esta prática pode significar uma desvantagem e não um mecanismo de equilíbrio de forças contrariando o senso comum: ocorre que, em virtude do mesmo fenômeno de ancoragem, advogados de defesa e juízes que foram expostos à demanda do promotor podem seguir o direcionamento geral da sua hipótese, por considerar *a priori* a possibilidade de a demanda do promotor vir a se constituir uma sentença apropriada. A consideração de um parecer do Ministério Público que demanda por longas sentenças, por exemplo, pode, conseqüentemente, evidenciar na mente dos advogados de defesa e juízes as informações que levariam a uma sentença mais alta. Como consequência, a tese final de defesa e - como que em um efeito dominó - a decisão de sentença são seletivamente baseados na demanda da promotoria, fazendo com que, ao final de tudo elas sutilmente assimilem os parâmetros da acusação para determinar o resultado final do julgamento (ENGLICH et al., 2005). E porque os juízes provavelmente continuam desconhecendo esse mecanismo de ativação seletiva do conhecimento, é difícil controlar ou corrigir esse processo.

Para além dos casos de influência sutil, é importante mencionar o fenômeno da intuição como força motriz da tomada de decisão. Nem sempre a solução para um problema jurídico será encontrada por meio da construção de um raciocínio, do zero até uma conclusão final. Comumente, conforme narrado por Hutcheson, após a observação dos elementos do processo, a decisão do que seria a sentença mais justa para o conflito surge alheia a qualquer construção argumentativa, fazendo com que o juiz tenha que elaborar uma argumentação em um momento posterior que adeque aquela solução pensada às formas do direito (HUTCHESON JR, 1928). Isso sugere

que, por vezes, as razões escritas nos autos não são as que de fato motivaram a decisão tomada, mas sim aquelas que, na medida do possível abriram caminho jurídico para a aplicação válida da solução encontrada. É importante ressaltar que, diferente do fenômeno de ancoragem, que induz o resultado final do processo de forma limitante, o uso da intuição não necessariamente gera decisões injustas, e inclusive pode servir para solução de casos realmente difíceis ou para gerar decisões que aprimorem o Direito como um todo, a partir de uma perspectiva inovadora e positiva. Mas isto depende da forma como esta sentença será fundamentada: a intuição do magistrado não pode ter valor se não puder ser adequada ao direito vigente. Mesmo que inove, não pode fazê-lo a ponto de gerar um elemento completamente alienígena e desconexo ao sistema normativo, caso contrário, a decisão se constituiria como mera arbitrariedade.

Há casos, entretanto em que a intuição ou percepção do juiz não conseguem ser suficientemente recobertas pelas “vestes do direito”, e, embora gerem um estranhamento quase que instantâneo, cumprem formalmente critérios de justificação que garantiriam sua validade e eficácia caso não sejam alvo de recurso. Para ilustrar, pode-se lembrar de um caso da justiça do Rio de Janeiro que foi amplamente divulgado na mídia¹³ que trata sobre a disputa pela guarda de uma criança de oito anos à época. Embora o processo tramite em segredo de justiça, sabe-se que a mãe, Rosilaine,¹⁴ é agente comunitária de saúde em Manguinhos, uma região humilde da zona norte do Rio de Janeiro, enquanto o pai é militar, residente em Santa Catarina. Na primeira decisão, exarada em 2017, o juiz afirmou que seria mais vantajoso para a criança morar com o pai, já que a cidade do Rio virou uma “sementeira de crimes” e Manguinhos, é uma área que favorece a instalação e manutenção de atos criminosos. Essa decisão acabou sendo anulada em segundo grau, tendo sido reconhecido cerceamento de defesa. Ou seja, a convicção do juiz havia sido formada no sentido

¹³ Ver mais em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7009/M%C3%A3e+perde+guarda+de+filho+e+um+dos+motivos+seria+o+fato+de+residir+em+%C3%A1rea+de+risco>>; <<https://istoe.com.br/mae-perde-a-guarda-do-filho-de-8-anos-na-justica-por-morar-em-area-de-risco/>>; <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/juiz-usa-violencia-do-rio-como-argumento-para-tirar-guarda-de-mae-que-mora-na-favela.shtml>>; <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-07/mp-recorre-de-decisao-em-que-mae-perde-guarda-por-morar-em-favela>>.

¹⁴ Rosilaine foi convidada do programa Encontro, com Fátima Bernardes, da Rede Globo, no dia 25/07/2019, ocasião em que trouxe informações sobre o caso.

de determinar a guarda da criança para o pai, sem ter ouvido ou considerado todas as manifestações da outra parte, a mãe.

Ocorre que, em nova sentença proferida no mês de julho de 2019, o juiz utilizou os mesmos argumentos anteriores sobre o risco do local onde Rosilaine mora e ainda acrescentou que o menino precisa de exemplo paterno por ser do sexo masculino. Nota-se que a convicção do juiz não foi alterada, e que as razões que justificam a sentença são completamente alheias ao nosso sistema jurídico, quais sejam, o sexo biológico do filho como fator relevante para conceder a guarda do filho ao pai, bem como a residência na cidade do Rio de Janeiro, em especial nas periferias como argumento válido para a determinação da perda da guarda dos filhos. Fica bastante difícil encontrar qualquer embasamento científico neste posicionamento que inclusive, parece desafiar a própria realidade: é notório o número de filhos que se desenvolvem apenas na presença da mãe ou de outras figuras femininas sem que isso acarrete comprovadamente prejuízo que justifique a preferência geral de que meninos sejam criados pelo pai mesmo que isto implique segregá-los da mãe, bem como a inviabilidade jurídica de declarar uma cidade ou parte dela como inviável para o exercício da maternidade, penalizando seus moradores com o risco da perda da guarda dos filhos pelo fato de não terem condições de morar em um lugar onde o Estado não seja anômico. Pode-se identificar com certa clareza, elementos de convicção pessoal do magistrado que não foram possíveis de serem “revestidos de Direito”. E em virtude desta tentativa não tão bem sucedida surge uma fumaça de petição de princípio: algo que talvez não possa ser aferido pela leitura dos autos, uma vez que como indica Hutcheson, nem sempre as razões escritas são a totalidade ou mesmo os motivos reais para a decisão declarada, e sim o melhor caminho argumentativo encontrado para que a decisão pré-formada fosse minimamente tragável pelo sistema normativo.

Poderiam haver, portanto, premissas ocultas, que postulam a decisão final e que de fato se constituiriam os fundamentos que determinam a conclusão, enquanto as razões declaradas possuem a função de substituir as implícitas para pretensamente dar valor jurídico à sentença escolhida. Nota-se que uma decisão que tenha estas justificativas pode ter seguido todos os critérios formais estabelecidos pelo CPC, e portanto estar formalmente bem fundamentada. Entretanto há grandes chances de ser reformada, uma vez que as razões declaradas fogem do arcabouço do direito brasileiro. Mas, e se essas mesmas razões fossem utilizadas em uma

decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de tribunal pleno, que recurso existiria para evidenciar a extremidade em relação ao sistema normativo brasileiro? Restaria apenas abraçar os mais novos motivos para determinação de guarda dos filhos e integrá-las ao sistema?

Este caso é interessante para reforçar a necessidade de um conceito bem construído, definido e declarado do que é *fundamentação* em uma decisão judicial, no qual o emprego de uma racionalidade lógica seja declaradamente exigido como critério. Não apenas para que seja possível identificar sentenças que porventura sejam nulas por não possuírem uma justificação suficiente a ponto de serem incoerentes com o processo do qual deveriam ser resultado, mas para que os próprios juízes, no ato de sua atividade decisória, ao tentarem construir uma demonstração lógica sólida, percebam eventuais saltos lógicos que poderiam incutir certo grau de arbitrariedade injustificada na sentença, ou mesmo identifiquem que na raiz do seu direcionamento há uma premissa alheia aos autos ou até mesmo ao direito ou incompatível com este último, e a partir destas constatações, reformulem sua argumentação ou mesmo o seu posicionamento *antes* da sentença constar de fato nos autos.

Embora possa se desejar que a atividade decisória seja completamente racional e alheia aos ruídos estranhos ao direito aplicável, não parece adequado sustentar a ficção jurídica de que o juiz é imune a sua própria humanidade. Deste modo, por mais que o magistrado possa vir a cair em arbitrariedades, ele não deve parecer ser arbitrário, e a menos que encontre uma tese que possa revestir jurídica e adequadamente a intuição, o equívoco ou a pessoalização intencional da decisão, teremos, além de uma sentença incoerente com o direito ou o processo da qual advém, a possibilidade de encontrar indícios de que os argumentos apresentados foram feitos trazendo, disfarçada ou mesmo implicitamente, a conclusão a ser declarada na forma de dispositivo, o que seria uma petição de princípio.

Cabe ressaltar que uma decisão na forma desta falácia não necessariamente carrega uma solução injusta, mas talvez não jurídica e com certeza mal fundamentada, pois, ou não se baseia completamente nas fontes do direito, ou perde a oportunidade de colaborar com o desenvolvimento de um ambiente jurídico coerente, racional e previsível. Uma sentença fundada em petição de princípio que falha em se integrar a qualquer razão jurídica possível no sistema normativo, ao fim e ao cabo, corresponde a um “decido porque sim”. E esta, certamente não pode se

adequar ao conceito de sentença fundamentada. Uma sentença com essas características pode vir a ser corrigida pelo sistema, através de recursos, mas não há garantia de que isso sempre ocorra. Além disso, podem haver decisões deste teor que sejam muito mais sutis e talvez passem despercebidas, ou que sejam convenientes do ponto de vista utilitarista e por isso permanecem válidas e eficazes, mesmo que essencialmente incompatíveis com o sistema normativo. Os efeitos dessa hipótese são ampliados se a decisão em questão é prolatada no âmbito de decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a estrutura de composição de votos para um resultado não se baseia no embate entre eles, mas sim na soma: todos os argumentos apresentados pelos ministros permanecem como válidos, mesmo que vencidos¹⁵. Desta forma, por mais que a decisão composta por todos os votos relatados não seja completamente contaminada por petições de princípio, se ali houver pelo menos uma, esta estará consagrada como parte do ordenamento jurídico exatamente por compor uma decisão legítima. Isso poderia significar uma corrosão estrutural da racionalidade jurídica no ordenamento brasileiro, já que a tese poderia ser referenciada por outros tribunais, ampliando sua interferência no resto do sistema normativo, ou contaminando-o com uma jurisprudência constituída - mesmo que parcialmente - por arbitrariedades, ou aceitando esta forma de decidir como forçosamente adequada no contexto de um estado democrático de direito. Em todos os casos, não parece saudável a normalização do vício decisório, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento de uma jurisprudência unificada, coesa e coerente, já que há margem para que as decisões não se baseiem legitimamente nas mesmas fontes do direito, mas sim em fontes pessoais, e conseqüentemente haveria uma ramificação muito maior de soluções a serem empregadas e uma confusão entre a moral particular dos julgadores e o direito como um todo.

Assim sendo, cabem esforços mesmo que inicialmente pela academia, para a identificação da incidência da petição de princípio nos textos decisórios com a finalidade de discutir e estudar este fenômeno de maneira mais detalhada, bem como procurar meios de proteger o sistema normativo e os próprios juízes de recair em arbitrariedades particulares no intuito de que o direito se sustente por meio da racionalidade jurídica e não pela imposição da autoridade institucionalizada

¹⁵ E não tão raramente votos vencidos se tornam teses vencedoras passados alguns anos.

3 PREMISSAS RELEVANTES PARA CRIAÇÃO DE UM MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO DA PETIÇÃO DE PRINCÍPIO EM DECISÕES JUDICIAIS

Para que seja possível inferir ao menos indícios de petição de princípio em decisões judiciais, já que em geral estas são construções argumentativas complexas, é necessário estabelecer uma base teórica que suporte um método de análise compatível com a finalidade desejada. Neste ensejo, teremos como objeto principal de estudo a sentença, tendo em vista toda a importância, autoridade e poder de criar norma particular entre as partes, além da capacidade de definir, restringir ou alongar o arcabouço jurídico por meio da argumentação jurídica nela concentrada.

Faz-se necessário primeiramente estabelecer de antemão a definição do que é *petição de princípio* e de que maneiras pode ser manifesta (ou implícita) na base documental a ser pesquisada.

O próximo passo é a definição de uma estratégia de análise do texto em si, uma vez que mesmo assumindo uma precisa definição do que é a falácia aqui tratada, encontrá-la (se existente) pode ser uma tarefa impossível caso não haja uma forma didática e clara de fazer a análise da estrutura do argumento para distinguir seus diferentes elementos possibilitando a exegese do seu significado.

3.1 Petição de Princípio: Conceito, possibilidades de incidência e dificuldades investigatórias

Uma vez tratadas as possibilidades práticas para o emprego da petição de princípio em uma decisão judicial, dos riscos que a normalização de tal fenômeno representa, bem como as desvantagens geradas para a coerência de um sistema normativo, faz-se necessário aprofundar na conceituação desta falácia, para que seja possível identificá-la quando se fizer presente.

A definição clássica, trazida por Aristóteles em *Primeiros Analíticos*, II, 15, 64b 30, propõe que é possível cometê-la de maneira direta apenas postulando a proposição a ser exposta, numa tentativa de demonstrar por auto cognoscibilidade aquilo que não é autoevidente (*Primeiros Analíticos* II, 16, 65a1 24-25), bem como de maneira indireta, pela associação de premissas que são demonstradas pela própria conclusão. Nas palavras de Aristóteles,

[...] é o malogro demonstrativo quando a proposição a ser demonstrada e aquela pela qual é demonstrada são igualmente incertas, quer porque predicados idênticos se aplicam ao mesmo sujeito, quer porque o mesmo predicado se aplica a sujeitos idênticos. (Primeiros Analíticos II, 16, 65a1 27-31)

Olbrechts-Tyteca e Perelman em sua obra *The New Rhetorica: Treatise on Argumentation* complementam a explicação a respeito da petição de princípio explorando uma outra face: ela pode, de maneira particular, consistir no uso de argumento *ad hominem*¹⁶, pois supõe que o interlocutor já tenha aderido a uma proposição que o falante está de fato tentando fazer com que ele aceite (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1971, p.112). Neste sentido, o proponente se utiliza do reconhecimento do interlocutor a respeito de uma proposição para tratá-la como autoevidente, se furtando de justificar sua validade no sistema lógico a ser construído. O próprio Aristóteles apontou para este aspecto: "Nas demonstrações, a petição de princípio representa verdadeira relação dos termos; nos argumentos dialéticos representam a relação aceita pela opinião" (Primeiros Analíticos II, 16, 65a1 37-39). Assim sendo, a petição de princípio se traduz em um erro na técnica de demonstração do argumento¹⁷.

Esta dimensão específica se torna relevante no trabalho realizado, uma vez que, se tratando de argumentações jurídicas que comporão a realidade de um país a partir da sua publicação, é possível que o juiz se baseie pelo que ele considera senso comum, ou a sua perspectiva de "interpretação mais adequada¹⁸" de forma a desenvolver uma fundamentação que pressupõe a concordância do interlocutor, no caso a sociedade brasileira. Esta "tentação" se torna ainda mais sedutora em casos que exigem interpretação além da literal dos textos legais, ou ainda em casos em que

¹⁶ Há tantos tipos de argumentos *ad hominem* quanto há de audiências para os ouvir. Eles são voltados especificamente para o interlocutor, e se baseiam no que este último aceita como válido para que o argumento prossiga (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1971)

¹⁷ Cabe destacar que o conceito de petição de princípio em Perelman é bem mais abrangente que a trazida por Aristóteles. Levando sua conceituação à última instância, praticamente todo argumento que tenha algum grau de autorreferência se constituiria como petição de princípio, inclusive a própria obra de Perelman.

¹⁸ Aqui me refiro à perspectiva particular do magistrado sobre a matéria discutida, que pode ser embasada em uma visão política, econômica, doutrinária, jurídica. Não poucas vezes a justificativa para adotar determinada disposição de sentença se sustenta em uma tese considerada majoritária, ou com pretensões de sê-la. É bastante comum o uso de argumentos de autoridade na construção da fundamentação.

o judiciário necessita preencher uma lacuna legal. Ora, quanto mais liberdade hermenêutica há, a pessoalização das argumentações aumenta, exatamente pela ausência ou carência de suficientes parâmetros iniciais comuns para uma resposta que ao final seja mais ou menos unívoca. Não é incomum por exemplo, que em decisões colegiadas do STF, seja penoso encontrar uma tese única para justificar o resultado senão criando um mosaico das teses pessoais de cada ministro, que por vezes não estabelecem diálogo entre si, seja em divergência ou convergência.

Uma questão relevante a ser levantada é que a nível de lógica formal, a acusação de petição de princípio não é significativa pelo fato de que ela não diz respeito à verdade, mas sim da adesão dos interlocutores às premissas pressupostas, não sendo um erro de lógica *per se*, mas sim de retórica. (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1971, p.113). Deste modo, ela não se tornará aparente no contexto da teoria a ser demonstrada, mas sim na técnica do uso do argumento. Além disso, salvo em livros didáticos de lógica e argumentação, quase nunca nos casos reais a premissa e a conclusão são exatamente iguais, o que pode gerar uma discussão a respeito da presença ou não desta falácia argumentativa. De fato, basta que os dois elementos sejam suficientemente próximos, implicando diretamente um no outro, ou a um terceiro elemento gerando um sistema autorreferente para que a acusação de *petitio principii* seja justificada.

No que concerne à identificação em sede de decisões judiciais, poderá ser alegada a presença de petição de princípio quando for demonstrado que a justificação da mesma não possui naquela ocasião nenhuma outra base além da própria posição sustentada pelo juiz no ato decisório e esta justificação for elemento essencial para que a tese firmada permaneça. Nesse sentido surgem algumas dificuldades quanto à certeza da acusação: mesmo fora do âmbito jurídico é bastante raro que a dependência entre esta premissa e a conclusão seja suficientemente evidente ou que seja possível identificar o quão fundamental é a premissa “defeituosa” para a validade do argumento.

Em uma sentença esta segunda parte se torna ainda mais nebulosa, pelo fato de que dificilmente uma tese jurídica se sustenta em um só ponto, sendo os conflitos judiciais dotados das mais diversas complexidades e amplitudes que demandam não apenas uma linha argumentativa, mas várias entrelaçadas, com conclusões distintas que conduzem a uma mesma solução jurídica e a petição de princípio pode aparecer em qualquer um destes argumentos. É fundamental destacar que o dispositivo da

decisão *não é necessariamente* a conclusão universal de todas as linhas argumentativas trazidas na fundamentação, sendo por vezes o resultado da composição de várias conclusões as quais foram inferidas a partir dos mais diversos elementos presentes na controvérsia estabelecida.

Para fins didáticos, cabe dividir o processo de fundamentação em três momentos argumentativos distintos: o primeiro, em que o juiz busca depreender a “verdade dos fatos”, a conclusão resultante do esforço argumentativo feito pelas partes, gerando no julgador determinado convencimento que, conforme argumentado no início deste trabalho, precisa ser justificado de modo a expor as razões sobre as quais foi estabelecido. Esta demonstração pode ser bem executada, enfrentando todos os pontos controversos e mostrando as razões pelas quais determinado lado venceu um elemento da controvérsia, de que forma as provas apresentadas atestam algo de fato, que testemunhos foram importantes e assim por diante.

No segundo momento, ocorre a composição entre este convencimento a respeito dos fatos e o estabelecimento do arcabouço jurídico aplicável ao caso. Querelas que tratam apenas sobre questões de direito podem ter este como seu primeiro momento argumentativo. Este é o ponto que o juiz olha para as fontes do direito, sejam elas lei, jurisprudência, princípios, e seleciona quais partes do direito são invocadas pela situação que se faz presente, ocasião em que ele também, pela mesma ótica, deve explicar a adequação (em especial de enunciados, súmulas e precedentes) ao processo do qual está tratando, identificando os fundamentos dos primeiros e correlacionando com o caso presente. Reforça-se, este é o segundo momento argumentativo.

Temos o terceiro momento argumentativo a fase em que o juiz, tendo os fatos e o direito aplicável, estrutura a relação entre esses dois elementos, criando a norma particular: como o direito cabível será aplicado ao caso concreto, devendo ele, se for necessário, dar razões que justifique a aplicação na forma pela qual ele decidiu.

Em cada um destes momentos onde é demandada demonstração de razões que permitam a consolidação de uma fase para que, a partir da conclusão alcançada, esta se constitua como uma das premissas para a fase seguinte, é possível a incidência de petição de princípio: Desde uma pré-tendência, seja ela voluntária ou involuntária a considerar apenas os argumentos de uma das partes ou dar a elas pesos distintos, podendo acarretar no não enfrentamento de todas as alegações apresentadas, por, de maneira equivocada, considerar autoevidente que não seriam

cabíveis ou dignas de consideração, por exemplo.

Num segundo aspecto, a título ilustrativo, é possível encontrar a petição de princípio na forma específica de argumento *ad hominem* quando for o momento da escolha de jurisprudência aplicável. O julgador pode selecionar decisões de um determinado tribunal ou turma, afirmando certo posicionamento e assumindo que, uma vez que a decisão não estabelece diálogo apenas com as partes, mas com todo o mundo jurídico e a sociedade em geral, tal escolha já é aceita e reconhecida pelos interlocutores autorizados a considerar sua decisão inadequada, qual seja, o próximo grau de jurisdição e assim não explicar suficientemente o porquê da invocação daquele “precedente” é adequada ao caso concreto. Identificar a petição de princípio no terceiro momento pode ser menos complexo do que nas outras fases, uma vez que, em teoria, o trabalho exigido é relacionar fato e direito, gerando o dispositivo da decisão, e isto pode ser feito inclusive na forma de um silogismo clássico. É possível presumir, entretanto, que a maior parte dos vícios sejam gerados nos momentos um e dois, que possuem uma liberdade maior para a interpretação dos dados apresentados, bem como maior quantidade de informações a serem justificadas. Uma exceção a ser apontada é quando o julgamento necessita da ponderação de princípios ou outros conceitos jurídicos abstratos. Neste caso, a complexidade e elasticidade hermenêutica podem abrir espaços para que o julgador novamente trate como autoevidente uma proposição essencial à sua conclusão e acabe por não demonstrar a validade da inferência.

Uma vez analisada cada fase do processo argumentativo, é importante voltar o olhar para o *macro* de forma a verificar se eventual incidência de petição de princípio em um dos argumentos trazidos é capaz de invalidar toda a trama construída pela totalidade da argumentação, ou seja, se o argumento viciado é sustentáculo fundamental para que haja progressão da linha de raciocínio do julgador.

Nesse ponto, é necessário separar o âmbito de validade da decisão, segundo as normas legais, da validade lógica da argumentação em si: o fato de ser identificada petição de princípio em um ramo dos argumentos que conduzirão à decisão final, torna aquela linha de raciocínio viciada em si mesma, num aspecto micro, mas não comunica necessariamente o vício a toda a decisão, a menos que ela dependa fundamentalmente do argumento vicioso para se sustentar. Ou seja: a decisão só deveria ser considerada suficientemente fundamentada e portanto válida juridicamente caso os outros ramos argumentativos suprissem a sua incapacidade de

justificar perante o direito a validade da decisão uma vez que a petição de princípio aqui tratada não diz respeito à identificação da verdade (dos fatos, do Direito), mas sim busca adesão dos interlocutores às premissas pressupostas.

Isso significa que uma sentença que contenha uma petição de princípio em sua fundamentação não necessariamente seria injusta¹⁹, mas com certeza seria uma sentença mal fundamentada do ponto de vista da lógica uma vez que se constitui na forma de um erro de demonstração do argumento, no caso, da justificação da sentença e, a depender da importância do argumento para a justificação da decisão, mesmo que o senso comum a considerasse justa, talvez não fosse possível ou desejável integrá-la ao universo jurídico sem a reformulação da proposição viciada, sob pena de lesar o ordenamento jurídico.

Entretanto, pode ser extremamente raro que esta dependência da conclusão em relação ao argumento “suspeito” seja suficientemente clara para que a acusação não seja rebatida. De fato, uma acusação deste tipo implica em ser possível, em um argumento, definir com precisão não somente se a premissa é distinguível da afirmação da conclusão ou não, como também qual segmento pode ser exclusivamente atribuído a uma categoria particular de argumento na relação “conclusão-premissa-conclusão” (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1971, p.113), o que pode gerar uma discussão eterna a respeito da existência ou não de petição de princípio.

O problemático é que se há uma petição de princípio na justificação de uma decisão judicial, isto pode indicar que o magistrado decidiu baseado em uma inclinação alheia ao Direito, ou com um elo bastante frágil com o mundo jurídico a ponto de não ter conseguido tornar essa inclinação irrelevante para o resultado final, ou seja, o juiz já estava previamente convencido do resultado e tentou travestir sua convicção de racionalidade jurídica para integrá-la ao sistema de direito vigente. Se for eficiente neste processo, pouco conseguiremos extrair. Mas se por qualquer razão a tradução da convicção pessoal em razões jurídicas não for viável em sua totalidade, ou for feita de modo insuficiente, será possível a identificação do indício de que a conclusão já estava ali, o tempo todo, nas premissas pessoais que a motivaram, e não totalmente assentada no Direito.

¹⁹ Aplica-se aqui uma noção *lato sensu* de justiça/injustiça.

Cabe a ressalva de que, conforme aponta Alexy, embora a argumentação jurídica possua uma exigência de correção implícita nos discursos jurídicos, não existe a condição de que a determinação normativa resultante dos julgamentos seja racional em absoluto. Basta que esta determinação possa ser racionalmente justificada no contexto do ordenamento jurídico vigente (ALEXY, 2001, pg. 213). Nesse sentido abordagem do direito brasileiro em relação à justificação das decisões parece se aproximar da explanação de Alexy, uma vez que não parece se importar suficientemente com a influência da motivação pessoal do juiz no processo (salvo os casos de suspeição e impedimento) desde que ela não reflita explicitamente no resultado final, indicando lei, precedentes judiciais e doutrina para que componham a fundamentação da sentença, adequando aos critérios de racionalidade determinados pela ordem normativa²⁰ e tornando a decisão válida juridicamente. Mas, se a pré-motivação, seja pela incapacidade ou impossibilidade de ser coberta em sua totalidade chega à sentença sem estas vestes jurídicas que a validam, ou fica parcialmente aparente, e ainda assim a sentença possui os elementos básicos de fundamentação, quais sejam, o “que” foi decidido e o “porquê” segundo a norma legal²¹, isso indica a possibilidade de uma sentença judicial válida juridicamente, mas eivada e ajuricidade.

Uma das possibilidades de incidência do vício argumentativo tem como fundamento a ideia de petição de princípio como argumento *ad hominem*, no qual o magistrado constrói argumentos baseado no que ele assume que o interlocutor (sociedade, partes, grupos políticos) já presumidamente concordam, de forma a facilitar a aceitação de seu direcionamento, seja ele arbitrário, ou segundo o direito, conforme foi tratado anteriormente. Neste caso, a petição de princípio pode se configurar um recurso para quem não quer ou não é capaz de adentrar em razões mais detalhadas e legítimas para a fundamentar a decisão, servindo a falácia como um atalho para a integração da sua decisão no sistema normativo.

Contudo, nem sempre a proposição viciada com petição de princípio estará escrita no texto decisório: pode ocorrer, como sugere a leitura do caso da disputa pela guarda do filho no Rio de Janeiro tratada anteriormente, que a decisão seja tomada antes mesmo de exaustiva cognição do processo, e os argumentos postulados

²⁰ Pode-se discutir o problema de um ordenamento que não seja suficientemente exigente quanto a esta racionalidade.

²¹ Basicamente, apenas o terceiro momento argumentativo.

construídos artificialmente contendo elementos da conclusão, disfarçada ou implicitamente, de forma a levar à decisão pré-definida. Nestes casos, é possível que os motivos declarados em texto não configurem a totalidade ou mesmo as reais motivações para o direcionamento decisório, que resultaria na impossibilidade de, a partir da exegese literal do texto, afirmar ou até mesmo sugerir a existência de petição de princípio naquele contexto de modo que, os diagnósticos em grande maioria dos casos resultariam em possibilidades, ou indícios mais ou menos fortes.

Neste mesmo cenário há a possibilidade de o julgador conseguir de fato fundamentar juridicamente com maestria a decisão moldada a partir de pré-motivação, caso em que parece impossível (e soaria até mesmo irresponsável) acusar a existência de petição de princípio na ausência de provas reais e alheias ao texto que comprovem a tendenciosidade do julgador. Mas podemos cobrir hipoteticamente as consequências de uma decisão como esta, que não tenha qualquer indício de inclinação prévia, embora esta exista: a partir do que foi estudado a respeito do direito brasileiro, juridicamente pareceria estar perfeita, não gerando distorções ou prejuízos ao sistema normativo.

Não se pode dizer o mesmo a respeito do impacto na vida particular das partes, ou das pessoas primariamente atingidas pela decisão. Para estas estaria vigendo uma norma privada com raízes não jurídicas muito bem escondidas. Isso pode não ser tão alarmante para um processualista talvez, visto que a decisão é funcional e condizente em forma e conteúdo ao direito exigido. Mas pode haver, quem sabe para um filósofo do direito, um leve incômodo pela validade e eficácia de uma decisão fruto de arbitrariedade bem disfarçada (no caso de a tendenciosidade ser proposital), ou mesmo resultado da importação involuntária de valores e inclinações particulares, pelo fato de não se adequarem tais substratos aos princípios propostos em um sistema normativo de um estado democrático de direito.

Apesar de todas essas dificuldades passíveis de surgir no curso do processo investigativo, e as implicações práticas e filosóficas possíveis da efetiva presença desta falácia em uma decisão judicial, cabe frisar que é possível sim identificar indícios de que a motivação pessoal (com a possibilidade de ser ajurídica) transparece de alguma forma no texto decisório ou não, levando em conta o aparato declarado de parâmetros para justificação da sentença, e a suas liberdades interpretativas. A dificuldade consiste em demonstrar com certa solidez elementos que possibilitem concluir que a petição de princípio ocorreu no curso do processo decisório. Pois pouco

se conseguirá extrair de uma decisão que for eficiente em travestir de racionalidade jurídica o convencimento prévio do julgador se forem relevadas apenas as informações que estão escritas. Uma solução possível é realizar esta busca a partir de um modelo de leitura dos argumentos que seja capaz de observar elementos ocultos na argumentação, conforme veremos a seguir.

3.2 O layout do argumento como fundamento investigativo

Sendo as decisões judiciais esta construção complexa de argumentos, escrita idealmente por pessoas extremamente capazes e conhecedoras do Direito e da hermenêutica jurídica, é razoável antecipar a dificuldade de encontrar e provar sem ressalvas a existência de petição de princípio em sentenças válidas juridicamente se restringirmos nossa busca apenas à estrutura do silogismo clássico. Isto ocorre porque neste contexto judicial por vezes o que deixa de ser dito é argumentativamente tão importante ou mais do que as razões escritas. Contudo, não se pode assumir levemente a presença de razões outras que as escritas, o que coloca o pesquisador em um dilema: como demonstrar o que está oculto? A resposta pode ser a escolha de um outro *layout* para a análise dos argumentos: Um mesmo argumento pode ser exposto de várias formas e alguns padrões da análise serão mais eficazes que outros em demonstrar a validade ou invalidade de um argumento e expor as bases que o sustentam e a relação entre estas bases e a conclusão.

Neste sentido, é de grande valia a estrutura argumentativa enunciada por Toulmin em seu livro “Os usos do argumento” (TOULMIN, 2006) por considerarmos cabível a transposição dos argumentos jurídicos ao *layout* por ele proposto, de forma a ganharmos praticidade e profundidade neste processo analítico. Importante registrar que, em as decisões judiciais se tratando de construções argumentativas complexas, com diversas inferências e garantias implícitas, outras explícitas mas externas ao texto escrito tornam muito difícil, ou até impossível de se fazer sem alguma perda de significado, a busca por localizar a presença de petição de princípio nas decisões tentando conformar seu conteúdo a um conjunto de silogismos clássicos.

Toulmin defende o argumento como um organismo composto de uma estrutura mais bruta, anatômica e outra mais fisiológica, sendo possível distinguir as fases principais do argumento, desde a afirmação inicial até a conclusão. Cada uma dessas fases representa as principais unidades anatômicas do argumento (‘os órgãos’). Elas

são compostas por parágrafos e é dentro destes que se pode reconhecer a estrutura mais fina, presente nas sentenças individuais: o nível fisiológico. E é nele que se introduziu a ideia de forma lógica e é neste plano que iremos analisar a validade²² ou refutabilidade de um argumento (TOULMIN, 2006, p. 135). Em que pese o nível fisiológico seja o loco visado, não se pode esquecer que os elementos que o constituem desempenham um papel de composição do nível anatômico, e, de tempos em tempos, lembra Toulmin, deve-se conferir os dois níveis em conjunto, visto que o papel que os microargumentos têm a desempenhar no contexto maior pode afetar o modo preciso como os macroargumentos são expostos e expressos. Esta necessidade de manter-se atento aos dois níveis se relaciona com as noções de validade lógica de um dos argumentos que compõe a justificativa da decisão e a sua relação com o contexto *macro*, a decisão em si que pode ser válida ou não a depender da essencialidade do argumento viciado em relação à conclusão desejada.

O modo aristotélico de apresentar a microestrutura dos argumentos, qual seja, 'premissa menor, premissa maior, portanto conclusão' é simples e funcional para diversas formas de análise, mas para o intento de estudar textos jurídicos, parece simplificada demais para abarcar todos os elementos de um argumento. Ainda, é possível que as proposições que seriam encaixadas neste molde como premissas maior e menor possam não ser semelhantes em função para serem de fato agrupadas como de mesma categoria sem prejuízo da profundidade da análise. Embora persistam aplicabilidades ao silogismo clássico, as situações argumentativas cotidianas raramente contemplam a sua estrutura, e a redução das mesmas a este formato pode acarretar em perda significativa de complexidade e significado a ponto de comprometer a análise do discurso em um contexto macro.

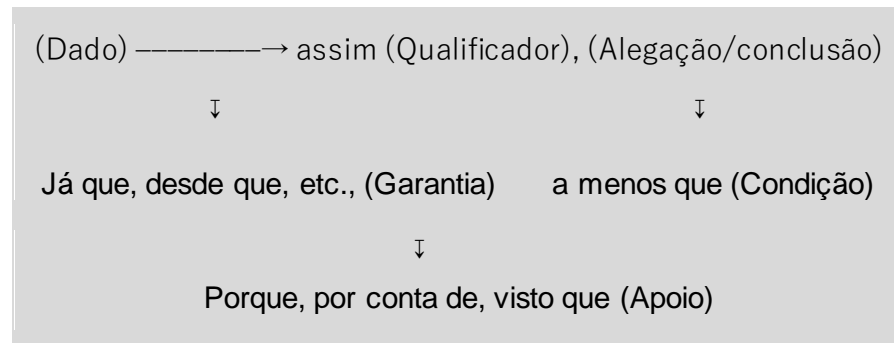
Toulmin propõe, portanto, uma analogia com a jurisprudência²³, que é um campo especializado no qual se desenvolveram muitas distinções entre proposições e discursos, desenvolvendo um grande espectro de discursos com funções distintas no âmbito processual, cada qual com a sua classificação e função no processo. Da mesma forma, podemos fazer uso de um *layout* mais complexo que o de costume, capaz de estabelecer um maior número de distinções entre os tipos de proposições dentro do argumento, diferenciando suas funções e estabelecendo a forma de

²² Se os dados estabelecidos permitem a conclusão alegada

²³ Ciência do direito e das leis

interação entre cada elemento.

Portanto, ao invés de tentar enquadrar os discursos jurídicos das decisões nos moldes “premissa-premissa-conclusão”, podemos enquadrá-los a partir da estrutura a seguir:



Inicialmente, Toulmin busca um padrão argumentativo que se adeque mais às proposições e conversas cotidianas tentando identificar qual é o caminho estrutural que comumente seguimos para justificar nossas alegações. E esta é exatamente a primeira categoria a ser identificada: a *alegação*, ou conclusão, cumpre o papel de afirmação final do argumento. Mas, a menos que se esteja discursando levemente, qualquer alegação minimamente séria se questionada a respeito de como foi alcançada, normalmente teríamos *dados* dos quais extraímos as informações que enunciamos na conclusão.

O *dado* é a base que sustenta a alegação, compondo seus fundamentos e estando a ela diretamente relacionado. Os dados apresentam fatos que sustentam a conclusão consolidando-a e permitindo que o emissor avance no raciocínio, uma vez que estabelecida a sua solidez referencial. Contudo os dados não permitem qualquer conclusão, e a validade ou invalidade desta última está diretamente relacionada com a adequação com que modula a força dos dados no resultado final. Comumente, podemos estranhar quando uma alegação extrapola o limite de inferência permitido pelos dados, acusando por vezes a existência de um “salto lógico”.

Quando isto acontece é possível perguntar a quem está argumentando qual caminho se fez para chegar à conclusão declarada a partir do dado apresentado. Este questionamento nada mais é do que um pedido de *garantia*: As *garantias* correspondem aos padrões práticos ou cânones do argumento, e sua tarefa é mostrar

que, a partir dos dados apresentados é possível chegar à alegação ou conclusão apresentada. A garantia “tem como função registrar explicitamente, a legitimidade do passo envolvido e de referi-lo, outra vez, na classe maior de passos cuja legitimidade está sendo pressuposta” (TOULMIN, 2006, p. 143), e se constitui como afirmações gerais, regras, princípios, licenças de inferência, e assim por diante (desde que não sejam novos itens de informação tal qual os dados) para que desempenhem o papel de conectivos e autorizem o avanço realizado dos dados até a alegação, certificando a solidez de todos argumentos específicos. Quanto maior o tamanho do passo pretendido, mais forte deve ser a garantia (TOULMIN, 2006). Se ela não for suficiente, deixará de autenticar o argumento e aí poderá se identificar o “salto lógico” entre dado anteriormente referido e alegação.

É importante trazer à baila que o orador deve estar preparado para apresentar garantias de algum tipo em qualquer campo específico de argumento, caso contrário será praticamente impossível fazer uma avaliação racional a respeito deste campo. A menos que a pessoa esteja proferindo alegações totalmente descompromissadas de alguma coerência lógica, haverá algum dado no qual ela baseia estas alegações, e alguma garantia que opera a conexão entre os dados e a alegação. A ausência da garantia impossibilita verificar a concretude da alegação formulada e a negativa de evidenciá-la quando perguntado “mas como você chegou até aqui?” pode ser um indício da ciência da fragilidade do próprio argumento.

Há garantias de diferentes tipos, que permitem diferentes compromissos em relação às conclusões: algumas autorizam a aceitar inequivocamente uma alegação, sendo os dados apropriados; e por isso permitem o uso do advérbio “necessariamente”, outras dão autorizações provisórias, ou condicionais a exceções ou qualificações - “provavelmente, presumivelmente” (TOULMIN, 2006, p. 144). Estes advérbios compõem mais uma categoria dentro desta estrutura e recebem o nome de *qualificadores* (modais), e são uma referência explícita ao grau de força que os dados conferem à alegação através da garantia, declarando o limite de certeza permitido pelas articulações prévias.

Por vezes, as garantias permitem um passo com determinada força, mas sabe-se que existem hipóteses excepcionais que, sob determinadas circunstâncias refutariam as suposições criadas pela garantia ou ao menos limitariam a extensão modal atribuída à conclusão. Estas hipóteses são as *condições de exceção ou refutação* e indicam condições de desvalorização da garantia, podendo ser utilizados

no argumento para afirmarem a dificuldade de refutá-lo²⁴, ou como desencargo de responsabilidade, assumindo a fragilidade condicional do argumento de antemão e evitando uma refutação embaraçosa naquele ponto.

Talvez neste tópico, tenhamos a categoria mais essencial à identificação da petição de princípio no contexto das decisões judiciais. Ela se relaciona diretamente com a garantia, sendo esta última a tradução prática imperativa da Base que a sustenta. A esta base, dá-se o nome de *apoio*, e este é o elemento que garante a autoridade ou vigência das garantias. O tipo de apoio requerido pelas garantias varia de acordo com a forma de argumento que empregamos de um campo o para outro. Ao contrário da garantia, que traz afirmações hipotéticas, o apoio é expresso na forma de afirmações categóricas de fato, semelhante aos dados, mas com uma função bastante diferente. Pode ser explícito na frase, em substituição à garantia e esta ficar oculta, nesses casos recorre-se a dados de modo explícito, e a garantias de modo implícito, aproximando esta estrutura da dos silogismos clássicos em forma e funções desempenhadas. Contudo, esta substituição não é possível de ser feita em todos os casos sob pena de suprimir distinções que resultariam na aplicação de qualificadores modais diferentes e conseqüentemente gerando imprecisão à conclusão.

Apesar dessa limitação, no que tange às decisões judiciais, a possibilidade de ocultar-se a garantia e declarar apenas o apoio, declarando dados “crus” sem explicitar a prática imperativa que deles decorrem é um recurso que pode culminar na não justificação da decisão, principalmente se este apoio for um ato normativo, conceitos jurídicos indeterminados, enunciado de súmula ou precedentes, uma vez que, a não modulação declarada dos fundamentos destes em relação aos dados lançados inicialmente (fatos processuais) desafia ao menos os incisos I, II, V do parágrafo 1º do Art. 489 do CPC (BRASIL, 2015). Também essa prática pode servir para, na ausência de garantia com viés jurídico para compor a decisão, esta lacuna seja mascarada com dados fáticos, “falsos apoios” para que cumpram a função segundo a formalidade pedida pelo direito. Este segundo caso talvez cause instantânea estranheza a uma primeira leitura, pois pode gerar obscuridade, omissão em relação ao argumento das partes que buscarão sanar tal ocorrência no próprio processo. Mas pode também, assim como no quadro anteriormente tratado, passar despercebido, ou se recorrida a decisão ter sua competência distribuída a um

²⁴ Trazendo que a conclusão é necessária a menos que determinados critérios em contrário sejam comprovados, impondo ao interlocutor o ônus de sustentar aqueles argumentos selecionados.

desembargador menos criterioso quanto à fundamentação das decisões e nada ser alterado, causando as mesmas consequências de corrosão silenciosa da racionalidade do sistema jurídico, bem como alimentando as gárgulas da arbitrariedade que ornamentam as fronteiras entre o direito e a barbárie.

Ainda, cabe chamar atenção à relação entre garantia e apoio, como um local capaz de concentrar a incidência de petições de princípio, inclusive as veladas das quais nos referimos no subcapítulo anterior. A ordem mais comum de exposição do argumento parte da exposição dos dados, da garantia possibilitando um passo à conclusão. O detalhe é que uma mesma garantia pode ser compatível com apoios diversos, de diferentes fontes e espectros do conhecimento capazes de autenticá-la de igual maneira. (TOULMIN, 2006, p. 166) Isto é relevante pela possibilidade de ser apresentada uma garantia juridicamente legítima baseada em um apoio ilegítimo ou arbitrário, que não precisa ser declarado a não ser que fossem efetivamente exigidas explicações mais criteriosas.

A partir do layout proposto por Toulmin, podemos tratar da petição de princípio como argumento *ad hominem*, esta forma específica que, ao menos idealmente não aparenta ter dificuldades em ocorrer no cotidiano do poder judiciário. Construamos o seguinte raciocínio exemplificativo:

É necessário prolatar uma decisão “S” em um processo que envolve um *hard case*²⁵ e é interessante fazer uso da doutrina a título de orientação e justificação do posicionamento adotado **(dado)**

Juiz considera aplicável determinada doutrina que orienta a negar o pedido **(garantia)**

Assim sendo, a decisão, levando em consideração os argumentos antes produzidos e a doutrina, se consolida no sentido de julgar improcedente o pedido **(alegação)**

Novamente, sem a investigação a respeito do apoio que valida a garantia,

²⁵ *Hard cases*, ou casos difíceis, se configuram quando não se encontra norma aplicável ou quando há mais de uma norma aplicável, ao caso dentro do ordenamento jurídico, ou ainda quando a solução encontrada parece alienígena aos costumes e à coletividade.

aparentemente se impõe uma narrativa bastante costumeira na atividade decisória: a necessidade ou possibilidade de consulta às fontes doutrinárias para encontrar uma solução mais adequada, ou mesmo justificar um posicionamento, seguido da citação da doutrina, comumente acompanhada de dizeres como: “Segundo a sã doutrina...”, ou “a boa doutrina nos orienta que...” ou elogios à figura do autor que será referido.

O Apoio aplicado a esta garantia poderia ser baseado em uma construção racional, como por exemplo: “dada a complexidade do caso, faz-se necessário buscar o auxílio das fontes doutrinárias, em especial a obra de Fulano, que é pertinente no presente caso visto que... [explicação de como os fundamentos do processo se relacionam com a construção doutrinária e porquê da sua relevância entre outros autores que tratam do mesmo tema mas divergem do selecionado]” e neste caso nada de improcedente há em assumir a validade da garantia.

Por outro lado, se o apoio não declarado fosse “esta doutrina é adequada pois seu autor é um jurista importante, e este argumento presumivelmente não será contestado uma vez que as partes e eventualmente o julgador da próxima instância aceitarão a referência a um autor tão relevante”. Seria possível extrair deste raciocínio ou de semelhantes a noção de que a escolha da doutrina está fundada na premissa de que os interlocutores irão aceitá-la, tratando como autocognoscíveis as razões da escolha, sem que de fato sejam²⁶. De modo a facilitar a aceitação do argumento total, configurando, segundo Perelman, uma modalidade particular de petição de princípio.

Ainda, mesmo que fosse evidente um apoio como esse, pode ser que se reconhecesse, no contexto do direito, o uso de um argumento de autoridade, se a análise focasse na escolha da doutrina pela simples relevância do autor e ignorasse a dimensão dialógica do argumento.

Resta ainda tratarmos de outra situação na qual a incidência de petição de princípio é possível, que expõe a possibilidade já exaustivamente comentada neste trabalho de que uma motivação não jurídica produza Direito desde que o magistrado seja capaz de declarar justificativas que cubram o elemento vicioso, fazendo com que

²⁶ Entende-se aqui - embora com críticas - a força do reconhecimento do trabalho de doutrinadores consolidados, tantas vezes citados em decisões judiciais como referências para a solução de determinados casos. De todo modo, o número de adeptos a uma ideia, ao menos sob a ótica da lógica, não é capaz de, por si só, sustentar a sua validade. No campo do Direito pode ser aceitável, desde que ao menos um julgador tenha bem justificado a validade e aplicabilidade da doutrina e os posteriores tomem emprestado tacitamente a justificativa original eximindo-os de validá-la perante o sistema normativo. Ainda assim parece necessário ao menos que se defenda a aplicação da doutrina para aquele caso específico.

formalmente²⁷ a sentença cumpra os requisitos de validade jurídica. Cabe destacar que, embora esta pareça ser a prática constatável e aceita a partir da observação do campo, não é uma solução suficiente permitir a existência de decisões eivadas de ajuricidade contanto que não pareçam como tal, uma vez que a inclusão de justificativas mais técnicas nas razões escritas não necessariamente anula a influência que o apoio exerceu sobre o argumento. Apesar de que, como vamos demonstrar, uma mesma garantia possa ser validada com apoios distintos gerando o mesmo resultado, é perversa a manutenção de um sistema que possa permitir arbitrariedades camufladas como será explicitado. Sigamos ao exemplo:

João, jovem negro de periferia foi flagrado em uma zona de tráfico próximo a um pacote com quantidade razoável de drogas e dinheiro **(dado)**

Já que João é dono do pacote e tinha intenção de vender seu conteúdo, **(garantia)**

Pode-se assumir que João é um traficante **(alegação)**.

A partir desta estrutura, vamos trabalhar a título exemplificativo com duas possibilidades teóricas, com apoios diferentes, para que se evidencie tanto a possibilidade de identificar a ocorrência de petição de princípio, bem como deduzir eventuais impactos causados por essas duas vias.

Na primeira hipótese, tratamos do melhor cenário possível, sendo que o apoio para essa garantia poderia ser enunciado da seguinte forma:

“Visto que as provas obtidas no inquérito policial, bem como o depoimento de testemunhas e a própria confissão do réu João indicam que ele era o dono das drogas apreendidas e tinha intenção de vendê-las”. **(Apoio)**

Temos, portanto, uma série de informações, obtidas pela prática jurídica que embasam a garantia de forma suficientemente, sendo o passo dado rumo à conclusão válido a partir da veracidade da informação de que, segundo o ordenamento brasileiro, é traficante quem comercializa substâncias ilícitas. Uma decisão estruturada desta

²⁷ Aqui a palavra formalmente faz referência a critérios formais do direito processual e não da lógica.

forma, em assumindo que os outros microargumentos que compõem a sentença hipotética possuem garantias e apoios legítimos não causaria prejuízo algum ao ordenamento jurídico, sendo a ele integrada.

Contudo, na segunda hipótese trataremos de um exemplo que expõe o pior cenário possível, considerando um apoio para a garantia com o seguinte teor:

“Visto que todo jovem negro e pobre de periferia que tomo conhecimento no meu ofício estão envolvidos com venda de drogas.” **(Apoio)**

Neste cenário o apoio é estabelecido a partir de uma percepção particular do julgador, não importa se de maneira voluntária ou involuntária, partindo de um recorte condicionado à sua realidade, havendo o estabelecimento da mesma garantia, de que João é dono do pacote e iria vender seu conteúdo. Vamos hipoteticamente pensar que, naquela específica vara criminal de fato, todos os jovens com aquelas características fossem condenados por tráfico. Talvez, extraindo o argumento da realidade, fosse possível cogitar a validade do raciocínio. Mas este não é o caso. Assentando tal argumento hipotético em um ambiente próximo ao da realidade, pode-se questionar, por exemplo, se o apoio não é artificialmente produzido exatamente por alguma inclinação interna do sistema jurídico ou do julgador, mas isto ainda não seria útil para se tratar da invalidade jurídica de uma sentença.

Basta que na alegação final o julgador não declarasse o apoio de cunho racista e preconceituoso, mas, ao contrário, o substituísse em texto por apoios-simulacros apresentando outros dados que sugerissem a posse do pacote por parte de João, como a proximidade entre objeto e réu no momento da ação policial, bem como eventual tentativa de fuga (que poderia ter sido motivada não pela culpa, mas pelo medo de ser acusado e condenado injustamente). Deste modo, a soma de apoios marginais que, isoladamente não seriam suficientes para identificar a posse de João sobre as drogas acaba por trazer verossimilhança na afirmação da garantia e por conseguinte à conclusão gerando uma sentença passível de ser validada pelo sistema normativo, gerar efeitos e levar um inocente à prisão.

Essa possibilidade se faz verossímil pelo fato de que a decisão judicial, em especial a sentença, é uma decisão que é tomada sob o véu da incerteza, que idealmente precisa ser reduzida ao máximo no decorrer do processo. Mas a certeza total não é exigida e quiçá possível para se poder chegar a uma conclusão definitiva

salvo, talvez em algumas causas que tratem apenas de questões de direito e execução de títulos. Deste modo, o resultado final é construído a partir do convencimento do julgador em relação ao que poderia ser a “verdade dos fatos”, mas, como já foi tratado anteriormente, este convencimento não está imune a fatores não jurídicos e estes não deveriam ser computados na formação de um posicionamento.

Além disso, trata-se de um cenário complicado para a comprovação da presença de petição de princípio, pois para que a falácia fosse confirmada, seria necessária a postulação do que se deseja comprovar e, neste caso o apoio, que seria a proposição viciada não foi postulado explicitamente podendo o pesquisador no máximo fazer observações de como os apoios substitutos, quais sejam, a proximidade e a tentativa de fuga, não permitem certeza suficiente para atribuir a posse das drogas ao jovem, gerando portanto um alerta para a existência de uma falácia *non sequitur*²⁸. Mas, se o julgador tiver apenas apresentado dado, garantia e alegação sem ter se preocupado em adentrar no mérito do apoio, seria possível sinalizar indícios da presença de petição de princípio, a serem reforçados talvez pelo histórico de sentenças em casos semelhantes.

De fato, uma acusação conclusiva para este tipo de emprego falacioso pode ser quase impossível sem uma investigação complementar que vá além dos textos decisórios. Entretanto, a possibilidade de encontrar e demonstrar indícios, levantar a necessidade de se investigar melhor uma decisão já é um avanço se comparada à ausência de bases mínimas para se levantar a possibilidade da incidência de petição de princípio por ignorarmos a possibilidade da existência de um elemento que ficaria oculto se analisado na estrutura de um silogismo clássico. E, além disso, pode ser que a soma de diversos alertas de indícios de petição de princípio o nas decisões de um órgão judicial ou de um magistrado podem de fato atrair atenção para que estas investigações sejam enfim realizadas.

²⁸ Falácia lógica na qual a conclusão não decorre das premissas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, discutiu-se a respeito dos critérios explícitos exigidos na legislação no que diz respeito à fundamentação das sentenças, bem como foram identificados pontos de conflito entre a norma legal e a sua respectiva aplicação por parte do poder judiciário. Foi feita investigação em busca de elementos passíveis de influenciar externamente tanto a maneira como se interpretam as normas, quanto as soluções jurídicas prolatadas pelos juízes nas decisões judiciais. A partir disso foram identificadas diferentes situações que favorecem a introdução de elementos não jurídicos no processo decisório, podendo estes se instalarem na trama argumentativa das decisões judiciais na forma de petição de princípio. O conceito desta falácia foi exposto e analisado quanto a suas prováveis formas de incidência no contexto de um processo judicial, para em seguida ser introduzida uma estrutura de análise argumentativa capaz de identificar com maior precisão as hipóteses de incidência de petição de princípio.

Foi constatado que o direito brasileiro tem muito a se desenvolver no âmbito de delimitação do conceito de fundamentação e que, apesar das inovações trazidas através do Código de Processo Civil, na forma de maior detalhamento em relação a este conceito, além da abertura do sistema para a manutenção da coerência e racionalidade lógica em três níveis distintos, quais sejam, a lógico-argumentativa interna das decisões, coerência processual interna e coerência sistêmica, ainda tem muito a desenvolver, principalmente em relação à aplicação criteriosa da determinação legal.

Ainda, ficou evidenciado através da perspectiva da sociologia do direito, que o Supremo Tribunal Federal é um ponto sensível em vários aspectos pela grande autoridade a ele conferida pela CF, que resulta em uma enorme liberdade para interpretar e criar direito, bem como na carência de parâmetros independentes da sua autoridade institucional para controlar arbitrariedades e outros vícios.

Foram expostas diferentes vias para a entrada de elementos estranhos ao direito no contexto do ordenamento, muitas delas involuntárias e sutis, mas capazes de provocar injustiças e/ou causar prejuízos estruturais ao sistema normativo. Dentre estas foi possível identificar a falácia petição de princípio como uma das formas capazes de ocultar arbitrariedades em sede de decisão judicial, bem como permitir,

uma vez que o direito brasileiro é passivo em relação a isso, a fixação de tais elementos alienígenas como parte mundo jurídico.

Por fim, introduziu-se a estrutura argumentativa sustentada por Toulmin como forma de possibilitar a análise de construções argumentativas complexas como as decisões judiciais. Restou apontada a possibilidade de existência de petição de princípio que permaneça oculta na estrutura da sentença, a partir da articulação dos elementos que compõe o argumento, em especial a relação entre *garantias* e *apoio*, apontada - ao menos preliminarmente - como o local de mais provável ocorrência de petição de princípio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001

ARISTÓTELES. Primeiros analíticos, II, 15, 64b 30. In: _____. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

_____. Primeiros analíticos II, 16, 65a1 24-25. In: : _____. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 2 dez. 2019.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Lei dos juizados especiais cíveis e criminais**, Brasília: Senado Federal, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 2 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral na questão de ordem no agravo de instrumento n. 791292/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no D. J. em 23 jun. 2010. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

ENGLISH, B.; MUSSWEILER, T.; STRACK, F. Playing dice with criminal sentences:

the influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 32, n. 2, p. 188-200, 2006.

_____. The Last Word in Court: A Hidden Disadvantage for the Defense. **Law and human behavior**, v. 29, n. 6, p. 705-722, 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HUTCHESON JR, J. C. Judgment intuitive the function of the hunch in judicial decision. **Cornell Law Review**, v. 14, n. 3, p. 274, 1929. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Choices, values, and frames. **American Psychologist**, v. 39, n. 4, p. 341–350, 1984.

PERELMAN, C; OLBRECHTS-TYTECA, L. **The new rhetoric**: a treatise on argumentation. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1971.

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

VIANNA, J. R. A. **Justificação interna e externa das decisões judiciais no novo CPC**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48372/justificacao-interna-e-externa-das-decisoes-judiciais-no-novo-cpc>>. Acesso em: 25 nov. 2019.