

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO
Da construção à explicitação da resposta correta

MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO

RIO DE JANEIRO

2017

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO
Da construção à explicitação da resposta correta

MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO

Tese apresentada à Universidade Estácio de Sá, sob a orientação do Professor Doutor Lenio Luiz Streck, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

RIO DE JANEIRO

2017



Universidade Estácio de Sá

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A tese

**HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO: DA CONSTRUÇÃO À EXPLICITAÇÃO DA
RESPOSTA CORRETA**

elaborada por

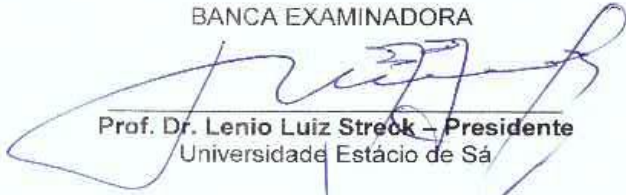
MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

DOCTOR EM DIREITO

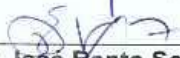
Rio de Janeiro, 24 de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Lenio Luiz Streck – Presidente
Universidade Estácio de Sá

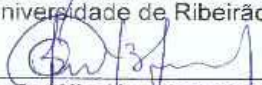
Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Rogério José Bento Soares do Nascimento
Universidade Estácio de Sá



Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior
Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC

EPÍGRAFE

Nem neste mundo nem fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação, a não ser uma só coisa: uma boa vontade.

Kant. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema decisão judicial. As mudanças advindas do cenário pós-segunda guerra mundial proporcionaram o desenvolvimento de diversas perspectivas teóricas diferentes, todas principalmente focadas em responder uma pergunta: como decidir? A resposta para essa pergunta, entretanto, possui duas partes: uma, como se decide; outra, como se justifica a decisão. Buscando responder a ambas as perguntas, desenvolvemos o presente trabalho a partir tanto do paradigma discursivo-argumentativo (presente no chamado nível argumentativo), quanto do paradigma filosófico no âmbito teórico pós-Heidegger-Gadamer (descrito no nível hermenêutico). Ao final, foram desenvolvidas Diretrizes para a construção da Resposta Hermeneuticamente Adequada à Constituição, e Critérios para sua explicitação.

Palavras-chave: decisão judicial; fundamentação; constitucionalismo; democracia

ABSTRACT

This paper aims to address the issue of judicial decision. The changes arising from the post-World War II scenario provided the development of several different theoretical perspectives, all mainly focused on answering a question: how to decide? The answer to this question, however, has two parts: one, how it is decided; Other, how the decision is justified. In order to answer both questions, we have developed the present work from both the discursive-argumentative paradigm (present at the so-called argumentative level) and from the philosophical paradigm in the post-Heidegger-Gadamer theoretical framework (described at the hermeneutic level). In the end, guidelines were developed for the construction of the Hermeneutically Adequate Response to the Constitution, and Criteria for its Explicitation.

Keywords: judicial decision; Grounds; constitutionalism; democracy

SOMMARIO

Questo studio si propone di affrontare il problema decisione del tribunale. I cambiamenti derivanti dalla scenario post-seconda guerra mondiale previsto lo sviluppo di diverse prospettive teoriche diverse, il tutto principalmente focalizzati su rispondere a una domanda: come decidere? La risposta a questa domanda, però, ha due parti: una per decidere; altri, come è decisione giustificata. Cerco di rispondere a entrambe le domande, abbiamo sviluppato questo lavoro sia dal paradigma discorsivo e polemico (presente nel cosiddetto livello argomentativo), come il paradigma filosofico nel quadro teorico post-Heidegger-Gadamer (descritto nel piano ermeneutico). Alla fine, le linee guida sono state sviluppate per la costruzione di risposta ermeneuticamente corretta alla Costituzione, e criteri per la sua spiegazione.

Parole chiave: decisione del tribunale; motivi; costituzionalismo; democrazia

LISTA DE SIGLAS

RHAC - Resposta Hermeneuticamente Adequada à Constituição

CHD - Crítica Hermenêutica do Direito

JJ – Justificação Jurídica

E-NJ – Elemento do *layout* - Norma Jurídica

E-CS - Elemento do *layout* – Características Situacionais

E-CJ - Elemento do *layout* – Conclusão de Julgamento Jurídico

E-OJV - Elemento do *layout* – Ordenamento Jurídico Vigente

AFH – Afirmações Fáticas Hipotéticas

PF – Proposições Fáticas

LI – Licenças Inferenciais

PJ – Positivismo Jurídico

EDD – Estado Democrático de Direito

CPC – Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

TAJ – Teoria da Argumentação Jurídica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1. SOCIEDADE, DIREITO E SISTEMA JURÍDICO.....	18
1.1. Considerações iniciais.....	18
1.2. O caráter pós-tradicional do Direito e a racionalização de processos pelo medium da institucionalização jurídica.....	26
1.3. Uma análise por outro ângulo: o Estado de Direito pela Teoria do Estado.....	40
1.3.1. A necessidade de estabilização das expectativas de comportamento e a segurança jurídica.....	55
1.4. A ressignificação da democracia e o Estado Democrático de Direito.....	63
2. O(S) POSITIVISMO(S) JURÍDICO(S).....	83
2.1. Considerações iniciais.....	83
2.1.1. A prática jurídica no período pré-revolucionário francês.....	101
2.2. O triplo aspecto fundamental da doutrina juspositivista.....	105
2.2.1. Cientificismo e formalismo, validade do direito e sua abordagem avalorativa 106	106
2.2.2. O positivismo jurídico como Teoria do Direito.....	126
2.2.2.1. A definição de direito e a concepção coercitiva.....	127
2.2.2.2. A Teoria das Fontes do Direito e o monopólio da qualificação jurídica 129	129
2.2.2.3. A norma jurídica como comando e a concepção imperativista.....	134
2.2.2.4. A Teoria do Ordenamento Jurídico.....	136
2.2.2.5. O método da ciência jurídica e a função judicial interpretativa.....	146
2.2.2.5.1. A especificidade francesa e A Escola da Exegese.....	151
2.2.2.5.2. A especificidade alemã e a Jurisprudência dos Conceitos.....	157
2.2.3. Da Teoria à Ideologia.....	161
2.3. A problemática da decisão judicial na doutrina juspositivista.....	164
2.3.1. Do positivismo exegético ao positivismo normativista.....	165
2.3.2. Perspectivas kelsenianas.....	167
2.3.2.1. As lacunas e o Direito.....	167
2.3.2.2. Entre criação, aplicação e observância do Direito.....	170
2.3.2.3. A decisão judicial: do caráter constitutivo à interpretação judicial.....	172
2.3.3. Perspectivas hartianas.....	184
2.3.3.1. O formalismo e ceticismo acerca das regras: a textura aberta do direito 184	184
2.4. Regras e princípios no positivismo jurídico.....	193

2.5.	Notas sobre a influência da irracionalidade no Direito: da jurisprudência dos conceitos à jurisprudência dos interesses	200
3.	O CENÁRIO JURÍDICO NO SEGUNDO PÓS-GUERRA E A REDEFINIÇÃO DAS ANTIGAS MATRIZES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS.	213
3.1.	Considerações introdutórias básicas: o nacional-socialismo alemão e a relação entre Estado, Direito e Jurisdição.....	213
3.2.	O fator ad hitlerum. Entre mitos e verdades: os regimes totalitários, o período pós-segunda guerra mundial e o positivismo jurídico	227
3.3.	O surgimento de um antilegalismo contemporâneo: novos valores, um novo Direito e novas orientações frente à exigência de um novo jusnaturalismo	240
3.3.1.	Sob outro viés: O Pós-modernismo jurídico	246
3.4.	A aplicação do direito frente a sua nova relação com os valores: da jurisprudência dos interesses à jurisprudência dos valores	250
3.5.	O (res?)surgimento do Neoconstitucionalismo: considerações iniciais sobre seu surgimento e das discussões já quanto à terminologia e possíveis definições	255
3.6.	Uma comparação: o triplo aspecto fundamental da doutrina neoconstitucionalista	264
3.6.1.	Da abordagem formal/avaliativa ao substancialismo de um sistema de valores para o direito.....	265
3.6.2.	O neoconstitucionalismo como Teoria do Direito	269
3.6.2.1.	Uma nova definição de direito	270
3.6.2.2.	A Teoria das Fontes do Direito e o monopólio da qualificação jurídica	272
3.6.2.2.1.	A constitucionalização do Direito e suas consequências substanciais	273
3.6.2.2.1.1.	A incorporação de direitos fundamentais por uma Constituição rígida	275
3.6.2.2.1.2.	A garantia jurisdicional da Constituição.....	277
3.6.2.2.1.3.	A força normativa e a aplicação direta da Constituição	281
3.6.2.2.1.4.	A influência da Constituição sobre as relações políticas.....	285
3.6.2.2.2.	Novas perspectivas interpretativas	288
3.6.3.	O neoconstitucionalismo como ideologia	295
4.	DIREITO E ARGUMENTAÇÃO	299
4.1.	Considerações prévias.....	299
4.2.	Lógica formal, validade dedutiva e silogismos	301
4.2.1.	Excurso: falácias lógicas	324
4.2.2.	A especificidade do âmbito jurídico: raciocínio jurídico, lógica jurídica e outros termos	331
4.3.	Entre a tópica, nova retórica e argumentação jurídica	338
4.3.1.	Excurso: a lógica informal de Stephen Toulmin	346

4.4.	A(s) teoria(s) da argumentação jurídica	384
4.4.1.	Considerações prévias	384
4.4.2.	Robert Alexy e o direito como caso especial do discurso prático.....	395
4.4.2.1.	Recortes sobre as ideias habermasianas e a teoria do discurso	396
4.4.2.2.	Retorno à teoria alexyana	419
4.4.2.3.	A teoria geral do discurso prático	429
4.4.2.4.	Início da abordagem teórico-jurídica.....	437
4.4.2.4.1.	A tese do caso especial.....	437
4.4.2.4.2.	A proposta de uma teoria da argumentação jurídica	441
4.4.2.5.	Comentários e críticas à teoria de Robert Alexy	472
4.4.3.	Klaus Günther: entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação 486	
4.4.4.	Jürgen Habermas: a irracionalidade da jurisprudência e a perspectiva argumentativa.....	518
4.4.5.	Neil MacCormick e sua dupla justificação.....	537
4.4.5.1.	A justificação dedutiva	544
4.4.5.1.1.	Os pressupostos e limites da justificação dedutiva.....	551
4.4.5.2.	A exigência da justiça formal: entre universal e particular	559
4.4.5.3.	Casos fáceis e casos problemáticos: a justificação de segunda ordem .564	
4.4.5.3.1.	Os argumentos consequencialistas.....	569
4.4.5.3.2.	Coesão e Coerência	580
4.4.5.4.	Observações pertinentes defendidas pelo autor.....	594
4.4.5.5.	Notas sobre o segundo MacCormick e sua argumentação interpretativa 602	
5.	NOVAS PERSPECTIVAS: DA ARGUMENTAÇÃO (JURÍDICA) À HERMENÊUTICA (JURÍDICA)	614
5.1.	Quem, o quê, e o início do como: para além da relação sujeito-objeto.....	614
5.2.	Hermenêutica filosófica e filosofia hermenêutica: interpretamos para compreender ou compreendemos para interpretar?	624
5.3.	Uma dupla estrutura: a razão discursiva e a razão hermenêutica	672
6.	DECISÃO JUDICIAL, CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E DEMOCRACIA	696
6.1.	Um foco sobre o Positivismo Jurídico de interpretação e sua superação pela Crítica Hermenêutica do Direito	696
6.1.1.1.	O direito como conceito interpretativo	727
6.1.1.2.	Positivismo jurídico e discricionariedade.....	734
6.1.1.3.	Entre argumentos de princípio e argumentos de política	737
6.1.1.4.	Coerência e Integridade.....	742

6.1.1.5.	Jurisdição, integridade e romance em cadeia	747
6.1.1.6.	Casos difíceis, responsabilidade política, e o juiz Hércules.....	749
6.2.	Entre a dignidade humana, a moral e o direito: a reanálise da relação entre normas morais e jurídicas a partir de sua complementação recíproca	769
6.3.	O protagonismo judicial e o agigantamento da jurisdição.....	792
6.4.	Uma nova hermenêutica (constitucional) jurídica?	808
6.4.1.	Excurso: a distinção entre texto e norma.....	832
6.5.	O caso concreto em sim mesmo: nem difícil nem fácil: a impossibilidade e divisão entre easy cases e hard cases	846
6.6.	Ainda sobre valores, regras e princípios: da teleologia a admissão séria de um caráter deontológico.....	854
6.7.	Do positivismo jurídico ao neoconstitucionalismo: uma inevitável discricionariedade?	897
6.8.	Da necessidade da resposta correta em Direito e da necessária ausência de discricionariedade na decisão judicial: se democrático, não discricionário.....	913
6.8.1.	Excurso: Lenio Streck e sua Teoria da Decisão Judicial	933
7.	A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: DO PANORAMA GERAL À AFERIÇÃO DA LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL	947
7.1.	Considerações iniciais.....	947
7.2.	Notas históricas sobre o tema	947
7.3.	Abordagens introdutórias	952
7.3.1.	A decisão judicial: entre declaração e criação.....	952
7.3.2.	Perspectivas gerais sobre a estrutura da fundamentação.....	955
7.3.3.	Sobre o modelo lógico-dedutivo.....	961
7.4.	Estado Democrático de Direito, decisão judicial e fundamentação	966
7.5.	Notas sobre a dogmática processual brasileira.....	972
7.5.1.	O devido processo legal e fundamentação	972
7.5.2.	A estrutura das decisões judiciais: classificações e peculiaridades	984
7.5.3.	Características e elementos da fundamentação	990
7.5.4.	Entre inexistência, invalidade e ineficácia: a ausência da fundamentação...999	
7.6.	Aprofundamentos necessários	1024
7.6.1.	Constitucionalismo Contemporâneo, Crítica Hermenêutica do Direito e seus impactos na fundamentação	1024
7.6.2.	Ainda sobre o “como” hermenêutico e o “como” apofântico: a fundamentação como condição de possibilidade da decisão judicial.....	1027
7.6.3.	Fundamentação e provas: rupturas necessárias	1034
7.6.4.	Contraditório, fundamentação, e desenvolvimento argumentativo.....	1063
7.6.5.	Legitimação jurisdicional e fundamentação	1069

7.6.6. Decisões anteriores (precedentes) e fundamentação.....	1077
8. DA CONSTRUÇÃO À JUSTIFICAÇÃO DA RESPOSTA CORRETA: A COMPLEMENTARIDADE ENTRE A RAZÃO HERMENÊUTICA E A RAZÃO DISCURSIVA	1085
8.1. Considerações adicionais sobre as duas dimensões	1085
8.2. Sobre a construção da resposta constitucionalmente adequada à Constituição .	1093
8.3. Sobre a explicitação da resposta constitucionalmente adequada à Constituição	1130
8.3.1. Esclarecimentos prévios.....	1130
8.3.2. A construção de um layout.....	1157
8.3.2.1. Critérios gerais de explicitação.....	1170
8.3.2.2. Elementos do nível hermenêutico a serem explicitados no nível apofântico	1180
8.3.2.2.1. Norma jurídica (E-NJ).....	1180
8.3.2.2.1.1. Elemento da construção de (E-NJ): Ordenamento Jurídico vigente (E-OJV)	1200
8.3.2.2.1.2. Elemento da construção de (E-NJ): Características Situacionais (E-CS)	1204
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	1244
REFERÊNCIAS	1247
APÊNDICE 01.....	1261
APÊNDICE 02.....	1269
APÊNDICE 03.....	1279