

A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E O EMPREGO EXCESSIVO DE VALORES ABSTRATOS NA ATUAL DOGMÁTICA

THE LEGAL FOUNDATION AND THE EXCESSIVE USE OF ABSTRACT VALUES IN CURRENT DOGMATICS

João Gaspar Rodrigues

Resumo: O presente estudo lança um olhar sobre o excessivo e abusivo uso de postulados abstratos na narrativa jurídica da atual dogmática. A aplicação do Direito passa a desdenhar os fatos e os valores concretos, impregnando-se de razões lógicas e abstratas. A fundamentação jurídica, como elevado princípio de justiça de índole constitucional, acaba dissociada do cenário lastreado pelos fatos e das interconexões necessárias, entregando-se a formas apriorísticas autoritárias.

Palavras-chave: Decisão jurídica. Fundamentação. Valores abstratos. Aplicação da lei. Narrativa jurídica.

Abstract: This study takes a look at the excessive and abusive use of abstract postulates in the legal narrative of current dogmatics. The application of law starts to disdain the facts and concrete values, impregnating itself with logical and abstract reasons. The legal foundation, as a high principle of justice of a constitutional nature, ends up dissociated from the scenario backed by the facts and the necessary interconnections, indulging in authoritarian aprioristic forms.

Keywords: Legal decision. Legal basis. Abstract values. Law Enforcement. Legal narrative.

1. INTRODUÇÃO

Para aquele que se ocupa com um ramo do conhecimento e busca estudá-lo, é absolutamente importante deter ciência do método que se emprega na construção desse conhecimento, diz o lógico polonês Alfred Tarski (1968, p. 149)¹. Nos tempos que correm, de extrema funcionalidade e, em geral, alheios a considerações de ordem estética², o *método da observação positivo-sistemática* da realidade, se não é o único, constitui-se no principal meio sob o qual recaem as determinações normativas. É por meio desse método que as imposições normativas, concretizadas e individualizadas em decisões jurídicas ou políticas, aplicam-se à vida.

O manuseio direto, sistemático ou multirrelacional, e a frontal observação da vida social inspira maiores e mais firmes fundamentos para a aplicação das normas jurídicas. A dogmática moderna transferiu seu interesse do plano estético para o prático; da esfera retórica universal (*all-embracing*) para a realidade palpante e

exigente da vida; da metafísica das palavras para a metafísica dos fatos; e nessa esfera floresce o homem razoável, aquele que não se ampara na intuição, mas que verifica os fatos, cautelosa e prudentemente, dotado da sabedoria de distinguir entre o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente.

O razoável não se baseia apenas em fórmulas teóricas anteriores aos conflitos, parte da realidade, do existente, exige também grande preparação dogmática diante de acontecimentos em constante evolução (LAZCANO, 2020, p. 39). Fins puramente ideais ou teóricos como justiça, verdade, soberania, humanidade, igualdade e liberdade são o contraponto transcendental necessário aos valores concretos (e imanentes), mas não os esgotam, mormente quando são usados como meros expedientes linguísticos de uma dogmática obsoleta, exímia manipuladora de conceitos.

O contexto também pode interferir na transcendentalidade ou na fisicalidade das ideias. Uma coisa é falar em dignidade humana, tal como está na Constituição,

1 Também Collingwood, s.d., p. 9.

2 “Nosso mundo é um mundo técnico”, decreta Weizsäcker (1968, p. 11). Obviamente que esse espírito de época – do tecnicismo de nosso mundo – não suprime a vigência dos valores estéticos. Albert Einstein, por exemplo, tinha a firme convicção filosófica, e inclusive espiritual, de que o primeiro critério da verdade de um princípio deve ser de ordem estética, uma teoria é verdadeira quando é bela; como a natureza é bela, as teorias que a descrevem também devem ser (THUAN, 2018, p. 149).

atribuindo essa qualidade a pessoas concretas e reais³; outra, bem diferente, é atribuir dignidade a entes despersonalizados ou formais, como empresas, órgãos ou instituições públicas. “Dignidade institucional” é um postulado abstrato, produto de pura imaginação (ou até do pensamento puro⁴), não uma realidade⁵. Carece de significado e constitui-se mais como objeto de fé que de conhecimento aferível, quantificável.

Aqui não se confunde a titularidade de direitos fundamentais – amparados pelo princípio da universalidade – e a comunhão de qualidades típicas das pessoas naturais. Só com muita boa vontade é possível por sob o mesmo alcance conceitual “dignidade humana” e “reputação corporativa”, além de outros valores ou princípios de aplicação estrita, compatíveis com os fins e a natureza das pessoas jurídicas.

O adjetivo *humanus* – humano – é tão suspeito como o substantivo abstrato *humanitas*, humanidade. Nem o humano, nem a humanidade, nem o adjetivo simples, nem o adjetivo substantivado, mas apenas o substantivo concreto (UNAMUNO, 1993, p. 47; ANDRADE, 1987, p. 23): o homem. O homem de carne e osso, concreto, plural, dinâmico, situado, portador de interesses atuais⁶, aquele que nasce, sofre e morre, sobretudo o que morre, aquele que come, bebe, joga, dorme, pensa, quer, o homem a quem vemos e ouvimos, o irmão, o verdadeiro irmão.

Esse homem concreto, de carne e osso, é o sujeito e o supremo objeto do Direito e de todas as ciências que se dizem *humanas*, e até das indevidamente ditas *exatas*⁷. O conhecimento jurídico condensado em teorias, princípios e hipóteses não é algo separado e autossuficiente, mas está conectado ao processo pelo qual a vida se sustenta e se desenvolve. E é sobre essa relação entre a teoria (e seus princípios e postulados) e as exigências inamovíveis da vida, na aplicação da norma jurídica em todas as instâncias (judicial e administrativa), que iremos tecer algumas considerações neste estudo.

2. USO ABUSIVO DE NOÇÕES E VALORES ABSTRATOS

Como instituição histórica e cultural, o Direito é um instrumento para a melhoria da ordem social e econômica, por meio de um esforço consciente e inteligente, e não uma tradição semântica destituída de sentido e distante da realidade da vida. A resolução de um assunto ou de uma questão apela a um certo realismo jurídico⁸, brota do solo inamovível da segurança mais básica.

Um dos mais consagrados juizes norte-americanos, Oliver Wendell Holmes (2013), entendia que a vida do Direito não provém da lógica, mas da experiência. A experiência é o melhor oráculo da sabedoria. O perigo não é a admissão de que os princípios que governam outros fenômenos também governem a lei, mas a noção de que um dado sistema possa ser elaborado como a matemática, a partir de alguns axiomas gerais ou universais de conduta.

A formação de advogados em nossos centros de ensino superior é uma formação em lógica sofismada e em deduções abstratas⁹. Os processos de analogia, discriminação e dedução são aqueles em que eles se sentem mais à vontade. A linguagem da decisão judicial (ou administrativa, cuja fundamentação é igualmente exigível) é principalmente a linguagem da lógica, “aferrada” ao formalismo tradicional e a uma terminologia laboriosa e complicada; lógica que plasma o raciocínio correto, mas não conduz a nenhum fato real.

Enquanto juristas e advogados mantêm-se empenhados nessa tarefa, uma nova ordem social é edificada, formulando novas exigências e fazendo pressão sobre a ordem legal, com uma infinidade de desejos insatisfeitos (POUND, 1965, p. 33). Antes de reconciliar logicamente detalhes, devemos atentar para a finalidade do Direito e sua utilidade prática.

O método e a forma lógicas favorecem aquele anseio por certeza e repouso que existe em toda mente humana.

3 Qualidades morais são próprias de agentes morais (os seres humanos dotados de liberdade e de responsabilidade) e não podem ser assimiladas no patrimônio de entes formais ou fictos. “Acredito que não existem valores institucionais, somente valores pessoais”, assim descreveu essa verdade Walter B. Wriston, então presidente do Citibank (em entrevista na *The New Yorker*, em 5 de janeiro de 1981).

4 O pensamento puro ou lógico, embora de reconhecido valor para o desenvolvimento intelectual, não goza de direitos reais na arena da justiça humana. “Todo conhecimento que não chega a ter uma aplicação prática, se degrada. Apenas a ciência, ou apenas a filosofia, ou ainda qualquer um dos domínios em que o ser humano exerce o seu poder racional e a sua ação construtora, se tomados isoladamente, não pode dar cabo da tarefa de explicar os renovados desafios lançados à humanidade” (RODRIGUES, 2018, p. 79).

5 Isso nos remete à clássica distinção ontológica entre *esse reale* “ser real” e *esse in intellectu* “ser meramente concebido”.

6 O homem não é mais considerado um ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade (BOBBIO, 2004, p. 63).

7 Com a física quântica e o princípio da incerteza ou da indeterminação de Heisenberg, a contingência pura se introduz no coração da matéria e a objetividade científica sofre profundo golpe (ULLMO, 1966, p. 39; PAPP, 1949, p. 148; JEANS, 1944; CAPRA, 1997, p. 41; KAKU, 2010, p. 74; NICOL, 2001, p. 82; AJDUKIEWICZ, 1975, p. 132; GOSWAMI, 2010, p. 26). O que observamos não é a natureza em si, mas a natureza exposta ao nosso método de questionamento ou de observação. Além disso, a teoria quântica corrente mostra que as leis da física não nos permitem deduzir dos dados observados concernentes aos componentes últimos da matéria (elétrons, prótons etc.) seus estados futuros. No mundo desses componentes ou partículas fundamentais reina o caos completo e a ausência de qualquer regularidade, de que são exemplos os “saltos quânticos” (ou “saltos de cangurus” ocasionais, sem leis causais a governá-los). Antes da teoria dos *quanta*, o princípio da uniformidade da natureza – causas iguais produzem efeitos iguais – era aceito como um fato da ciência, universal e indisputável. Os processos últimos da natureza – no domínio submicroscópico – nem se passam em espaço e tempo nem comportam representação em espaço e tempo. O verdadeiro objeto da investigação científica não pode nunca ser as realidades da natureza, mas apenas o que nós observamos da natureza.

8 O homem moderno se interessa pela realidade; a linguagem moderna honra a um homem chamando-lhe realista, diz Weizsäcker (1968, p. 82).

9 “O trabalho das Faculdades de Direito é ensinar a interpretar a lei, do que resulta que o seu método é dedutivo. Os artigos do Código são teoremas de que se deve demonstrar a ligação e tirar as consequências. O jurista puro é um geômetra” (CAMPOS, 1970, p. 10).

Mas a certeza geralmente é ilusão, e o repouso não é o destino do homem, nem uma propriedade do universo. Por trás da forma lógica, está um julgamento quanto ao valor e à importância do conflito, muitas vezes um julgamento inarticulado e inconsciente. Qualquer decisão pode assumir uma forma lógica, mas por conta da necessidade de mensuração quantitativa (com base no que acontece na vida pulsante), não é possível fundar conclusões lógicas exatas, pois o real está sempre – em sua imprevisibilidade – um passo além da lógica.

A lógica “pinta” o mundo em preto e branco e, desse modo, ignora todos os tons médios, todas as nuances e todo o vago que figuram tão proeminentemente nas situações fáticas e existenciais. A maior parte das coisas reside precisamente nessa região cambiante que a lógica binária tenta abolir. A realidade vital é múltipla, diversa e variada. A multiplicidade gera uma infinidade de sentidos, a multivocidade ou polissemia. A univocidade é obtida no plano uniforme abstrato e lógico pelos juízos teóricos apriorísticos, pois, na ordem concreta, as coisas e os objetos são multívocos, polissêmicos. Logo, o parâmetro teórico precisa completar-se com outras determinações reais, para saber em que sentido é empregado um específico símbolo verbal.

Nada que não possa ser traduzido em algo efetivo no comércio ordinário da vida ou exercer influência decisiva – positiva ou negativa – nas relações humanas e sociais presta-se, *per se*, a servir como fundamento para a aplicação da norma jurídica. O Direito não pode ser colocado no vazio abstrato dos axiomas consagrados pela tradição e entendido ou administrado sem considerar suas concretas e reais finalidades sociais. A base lógica da linguagem jurídica é seriamente desafiada pelos domínios da experiência. A lógica provoca nas palavras uma dupla mutação, segundo Rigaux (2003, p. 185): da palavra passa-se ao conceito e do conceito a uma coisa imutável, num desprezo soberbo das realidades subjacentes.

Consequentemente, princípios e supostas verdades são julgados no cenário jurídico, mais e mais, pelo critério de que tanto suas origens quanto suas consequências boas e más se encontram na experiência, adotando-se cada vez menos o critério de uma origem sublime que transcenda a experiência cotidiana e independente dos frutos assinaláveis nesta última (DEWEY, 1920, p. 49). Não mais se julgam os princípios por sua elevação, nobreza, universalidade e consagração pelo tempo; exige-se que apresentem sua certidão de nascimento; que atestem precisamente em que condições de experiência humana foram gerados; que se justifiquem por suas obras, presentes e potenciais.

Ressalta Dewey (1920, p. 175), em sua cruzada contra a rígida repetição de velhos princípios universais, que: “Nenhuma decisão passada ou princípio antigo pode ser totalmente invocado para justificar um curso de ação” (tradução nossa)¹⁰.

Valores jurídicos abstratos ou postulados abstratos de justiça, como o clássico “*fiat justitia, ruat coelum*” (faça-se justiça, caiam os céus), podem representar a suprema injustiça (*summum ius, summa injuria* – o máximo do direito, o máximo da injustiça) e, por conta disso, como diz Morris R. Cohen (1956, pp. 377/402), perdem sua rigidez nas “tormentas concretas da experiência”. Antes de serem meios de conhecimento ou de fundamentação jurídica, são desafios lançados aos modernos aplicadores do Direito.

Assim como os homens não suportam por muito tempo o império do poder em sua forma pura e arbitrária (*naked power*), não toleram também, eternamente, o império do Direito em sua forma ideal e logicamente perfeita (BODENHEIMER, 1964, p. 42). Todo extremo leva, em si mesmo, as “sementes” de sua própria destruição.

O gosto pelo sentenciosismo abstrato ou pelo retoricismo loquaz talvez seja um débito histórico com a origem grega da civilização ocidental. A religiosidade, a arte, o Direito e a política eram, no mundo grego, atividades essencialmente “lógicas” (NICOL, 2001, p. 136-137)¹¹. Predominava um princípio de racionalidade vital. Toda atividade era impregnada de razões lógicas e abstratas. A base vital dessa doutrina prendia-se à justificação verbal (“experiência lógica”) dos fatos nos negócios da vida política, jurídica, religiosa, artística etc.

Esse hiato grego, no entanto, não suprime o fio da ancestralidade da espécie humana. As nossas faculdades mentais chegaram até nós por uma longa linhagem de antepassados, diz-nos o físico britânico James Jeans (1944, pp. 20/23). Em cada estádio, a ocupação principal dos nossos antepassados não foi compreender os processos últimos da física, mas sobreviver na luta pela existência. Matar outros animais sem eles próprios serem mortos. Isso eles não conseguiram refletindo sobre fórmulas abstratas, mas adaptando-se aos rudes fatos da natureza e aos problemas concretos da vida diária.

Os que não puderam fazer desapareceram, enquanto os vencedores nessa luta sobreviveram e transmitiram-nos um espírito mais apto a ocupar-se de fatos concretos do que de conceitos abstratos, de particulares do que de universais; um espírito que está mais à vontade quando pensa em objetos materiais, repouso e movimento, impulsões, trações e choques do que quando tenta digerir símbolos e fórmulas.

10 “No past decision nor old principle can ever be wholly relied upon to justify a course of action”.

11 Veja-se que o Cristianismo herda essa tradição lógica e verbal. Seu universalismo é explicado por meio de palavras. O evangelho declara que no começo era o *logos* (palavra). O *logos* é o princípio. João 1:1: “No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus”. O Cristianismo é a única religião autenticamente *teo-lógica*. A fé tem que articular-se: os artigos de fé são declarações dogmáticas. A comunidade religiosa se organiza com vínculos verbais e funciona canonicamente, ou seja, de acordo com princípios jurídicos.

Os antigos juristas romanos estavam completamente à vontade com essa mentalidade prática (BODENHEIMER, 1964, p. 283). Os princípios gerais que formularam eram destinados sempre a servir a um propósito prático. A formulação meramente abstrata de conceitos legais para propósitos sistemáticos e lógicos era estranha à mentalidade deles. Não se inclinavam a expor definições e princípios jurídicos no interesse da congruência teórica e da ordem sistemática.

Há, pelo menos, dois exemplos tirados dos tempos antigo e moderno, reveladores dos erros que se cometem quando os fatos não são levados a sério. O primeiro é a interpretação grega de que todo movimento tende a ser circular, porque o círculo é a figura geométrica perfeita. Essa explicação se conservou em voga pelo menos até o século XV, não obstante ser contrária aos fatos. O segundo é o sistema de Descartes, que tentou explicar a natureza em termos de movimento, vórtices etc. Também este era contrário aos fatos, como posteriormente foi comprovado.

Mesmos os princípios matemáticos são generalizações derivadas de observações de objetos reais. Nunca poderíamos ter imaginado um ponto, uma linha ou um triângulo matemático se não nos tivéssemos relacionado primeiro com as suas representações imperfeitas no mundo exterior.

Fato é que aprisionado por provérbios legais sentenciosos, com reconhecida ênfase mnemônica, mas vagos quanto ao conteúdo, o ofício da justiça (judicial e administrativa) acaba sendo de natureza procustiana (POUND, 1965, p. 60)¹², forçando cada caso a caber no leito legal, se necessário, por meio de operação cirúrgica com os instrumentos dogmáticos disponíveis (princípios, postulados, teorias toscas, conceitos indeterminados e outros contorcionismos verbais). A dedução do conteúdo lógico da decisão jurídica, com base em princípios tradicionais, estabelecidos de forma autoritária, acaba tornando a justiça demasiado rígida e mecânica (fazendo aparecer suas implicações paradoxais). Afastar-se dos fatos, definitivamente, não é critério benevolente com qualquer prática ou ciência produzida por cérebro humano.

Não existem limitações eternas e inerentes à natureza das coisas, motivo pelo qual não podem sobreviver dogmas jurídicos com desprezo pelo tempo. Assim, a vida, essencialmente múltipla, dinâmica, plástica e mutável, não pode ser encapsulada em postulados eternos e universais. Um sistema jurídico pode ser teoricamente belo, inteiramente geométrico, mas sempre será um sistema morto e entrópico (RODRIGUES, 2021, p. 152) se não for alimentado pelas exigências e experiências sempre novas da vida.

Postulados, hipóteses e sub-hipóteses moldados em épocas pretéritas por gerações extintas são incapazes, em regra, de ditar condutas ou regras para o presente ou o futuro de gerações vivas, numa espécie de “governo dos vivos pelos mortos”. Há um abismo entre as duas esferas de *approach* (DEWEY, 1920, pp. 105/130). No nível em que a vida é plácida e fácil, o postulado teórico é inerte e apático; no grau em que a vida é difícil e perturbada, o dogma “pinta” um quadro contrário (às vezes, de fria indiferença).

Não há como confundir verdades derivadas dos fatos com verdades lógicas. As primeiras são simbólicas, representativas e expressivas de uma interpretação das relações do indivíduo com a realidade; as últimas só apresentam relações de congruência lógica, sem nenhuma vinculação simbólica¹³. Por exemplo, somos incapazes de produzir um círculo material perfeito. Neste mundo não há verdadeiros círculos, mas possuímos precisas proposições matemáticas sobre os círculos. Elas são verdadeiras, podem ser lógicas e teoricamente demonstradas, mas a que se referem se no mundo real não há círculos? Os chamados círculos materiais apenas *parecem* círculos. A conclusão é que não há uma relação precisa entre os postulados lógicos e a realidade.

Os erros apresentam extensões distintas, a depender se são factuais ou teóricos. Os fatos não se discutem, ou como diz o senso comum, contra fatos não há argumentos. A exposição de alguns fatos se corrige, quando é necessário, examinando de novo os mesmos fatos (NICOL, 2001, p. 50). Os erros teóricos não se corrigem propriamente: são substituídos por teorias ou postulados novos, tão (in-)expressivos quanto os que foram soterrados.

O ser humano nunca pode ser totalmente uma criatura que se satisfaça com as sugestões e as fantasias de postulados simplesmente teóricos. Como diz o astrônomo norte-americano Harlow Shapley (1965, p. 45), foram as lutas pela sobrevivência (do indivíduo, da família e da espécie humana) e não as hipóteses filosóficas que nos retiraram das selvas. Os requisitos de existência contínua tornam indispensável alguma atenção aos fatos reais do mundo. Em si e por si, sem nenhum contato com o que ocorre no mundo real, os princípios não passam, efetivamente, de sugestões ou de fantasias, incapazes de justificar, legitimamente, qualquer alteração nos fatos.

O Direito, portanto, por uma linha de raciocínio em vários níveis, deve ser aplicado não por uma métrica abstrata com postulados fixos (e eternos) sem nenhum contato com a realidade fenomênica sob atrito, e sim por métodos experimentais e observacionais, ou seja, sobre os efeitos reais e concretos ocorridos no mundo, na vida. É preciso ter sempre essa noção perfeita: o direito só

12 “Um sistematizador que amoldasse o corpo vivo do Direito a seu esquema lógico e analítico teria de proceder à maneira de Procrustes. Com efeito, isso é verdade a respeito de qualquer ciência. Na vida, os fenômenos são únicos” (POUND, 1965 p. 75).

13 Weizsäcker, 1968, pp. 62-63. O pensamento é menos representativo quanto mais geral ou abstrato e vice-versa.

opera após a passagem dos fatos. Categorias, expectativas e necessidades supostas devem ser deixadas de lado em prol de um suporte mais adequado aos fatos reais e à pressão de infinitos e variáveis desejos humanos.

A mais óbvia conclusão parece ser a impotência e a nocividade de todo e qualquer ideal proclamado de modo absoluto e em abstrato, isto é, como sendo alguma coisa em si, à parte das minúcias das existências concretas, cujas possibilidades em movimento ela incorpora. As teorias científicas e os postulados consequentes não estarão nunca aptos a fornecer uma descrição completa e definitiva da realidade (CAPRA, 1983, p. 48). Serão sempre aproximações da verdadeira natureza das coisas em suas infinitas interconexões.

3. VALORES JURÍDICOS CONCRETOS

No século V a. C., Hipódamo¹⁴ entendia não existir senão três motivos de processo judicial: insulto, lesão e homicídio. Se um litígio sobre quebra de um acordo levasse a um assalto físico e a uma violação da paz, os tribunais poderiam ser chamados a atuar, mas era com o assalto e não com a quebra de acordo (*nudum pactum* – “simples acordo” ou “promessa nua”) que se preocupavam. Em outras palavras: somente o dano concreto, efetivo e aferível atraía a intervenção judicial reparadora ou sancionadora.

Não lesar ou ofender a outrem é preceito fundamental da ordem jurídica (SILVA, 1996, p. 240). A ninguém ofender é o que se traduz da locução latina *neminem laedere*, um dos três *juris praecepta* (ao lado de *honeste vivere* e *suum cuique tribuere* – “viver honestamente” e “dar a cada um o que é seu”), insertos na *Institutas de Justiniano*. Esse preceito funda um dever social, elementar à própria ordem jurídica, e impõe, em regra, que não se deve lesar ninguém, respeitando os direitos alheios, como os outros devem respeitar os direitos de todos.

O *neminem laedere* confere ao Direito um inafastável caráter pragmático, realista e finalista. E esses atributos, definitivamente, não se coadunam com valores abstratos e indeterminados, distantes do comércio ordinário da vida permeado de riscos e de incertezas. Essa, talvez, é a obra máxima do aplicador do Direito, que funda seu labor na sinceridade, na realidade e na segurança. O dano jamais deve ser presumido, abstrato, de valor puramente lógico-formal, sem conteúdo observável ou quantificável.

De acordo com o art. 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, “consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”. O art. 20 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (com redação

dada pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), determina que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as *consequências práticas* da decisão”¹⁵.

É um claro limite à jurisprudência dos conceitos (ou conceitual), em que o juiz maneja conceitos dos quais deduz cegamente soluções jurídicas, sem se preocupar com as consequências práticas destas (RIGAUX, 2003, p. 81). É o formalismo e a busca do direito nos conceitos contidos na lei – dotada de imanente e essencial racionalidade.

A normativa da LINDB foi acolhida pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, que procedeu profundas alterações na Lei de Improbidade Administrativa de 1992, obrigando o juiz, na sentença, a “considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos” (art. 17-C, inciso II) e, ainda, a “considerar os *obstáculos* e as *dificuldades reais* do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das *circunstâncias práticas* que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (inciso III).

Vê-se que as expressões “consequências práticas”, “obstáculos e dificuldades reais” e “circunstâncias práticas” revelam um caráter mais pragmático na dosimetria da sanção. É o transplante da “arte do possível” como elemento conceitual da política, para dentro de um marco normativo de combate à corrupção.

A reta interpretação do Decreto n. 9.830/2019, especificamente de seu art. 3º, § 1º, indica que os valores jurídicos a serem protegidos, mediante um tratamento normativo e processual, gozam de concretude e de efetividade prática, não podendo ser substituídos por “valores abstratos” ou “articulações fantasiosas”. A interpretação jurídica que leva à aplicação da norma tem um centro de atração gravitacional bem específico, que é uma situação existencial ou de fato. A situação existencial concreta é o ponto inicial de raciocínio do aplicador do direito, sua bússola e carta de marear.

O direito é o uso da razão, o que necessariamente exige argumentar, expor razões, explicar, justificar, motivar, demonstrar (LAZCANO, 2020, p. 30; ATIENZA, 2017, p. 1). Ninguém duvida que a prática do Direito consiste, de maneira muito fundamental, em argumentar, na capacidade de conceber e melhorar os argumentos. A prática jurídica é organizada formalmente como um sistema produtor de verdades, evitando, o máximo possível, os erros que resultam em decisões injustas.

É insito ao conceito de fundamentação o dever do órgão julgador (seja jurisdicional, seja administrativo)

14 Pound, 1965, p. 132. O grego antigo Hipódamo de Mileto (498 a. C. – 408 a. C.) foi arquiteto, médico, matemático e filósofo.

15 “Bem-estar” ou “interesse público” é um objetivo que deve ser medido em função de consequências (FRIEDRICH, 1967, p. 29).

de demonstrar em que medida a realidade apreendida se enquadra na moldura normativa (CARVALHO, 2015), declinando as razões para qualificar essas circunstâncias que as possam subsumir nos pressupostos abstratamente definidos, fazendo-o por meio de uma cadeia argumentativa coerente a desencadear na decisão. Antes de ser impositiva, a decisão deve convencer (que é uma maneira de vencer resistências e irrisignações: *con-vencer*).

A processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações (COSTA, 2012, p. 46; SIMÕES *et al.*, 2021, p. 526), entretanto ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte pragmática de desvencilhar-se, sem culpa, de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam mais praticidade de resultados. Decisões mais justas devem ser construídas a partir dos dados e contextos sociais. O Direito – como Ciência Social que é ou almeja ser¹⁶ – deve se adaptar constantemente às exigências impostas pela complexidade e cada vez maior proximidade das relações.

Somente voltando-se para os valores concretos é possível visualizar no Direito um sistema de ordenação e de ajustamento das relações humanas, assente em bases fundamentais e absolutamente predeterminadas, com exclusão de todos os sentimentos ou desejos individuais. O poder das teorias e dos princípios cessa no pórtico por onde adentram as emergências da vida.

Verificam-se nos comandos iniciais da Constituição Federal a preocupação com os bens e os valores concretos para fundamentar a vida em sociedade:

- a) “Dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inciso III);
- b) “Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, inciso IV);
- c) “Garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, inciso II);
- d) “Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III);
- e) “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV).

Desse modo, a Constituição reconhece antiga disposição pragmática de que as exigências da vida requerem atenção aos fatos reais do mundo. Decorre disso a essencialidade da fundamentação da decisão jurídica: justificá-la e legitimá-la não só para as partes, mas também para a própria sociedade (por força dos princípios constitucionais e legais da publicidade e da transparên-

cia¹⁷), obtendo através dela a materialização dos ideais morais contidos na Lei Fundamental – por via, inclusive, dos processos e das decisões estruturantes. A ampla fundamentação e justificação abre três posições por onde a racionalidade e a razoabilidade são aferidas: observador, participante e interessado.

Toda e qualquer fundamentação precisa ao menos partir de um contexto ou de uma compreensão de circunstâncias prévias e deve ser concebida de forma pragmática, como uma práxis de justificação pública em que, para solver reivindicações de validação, apresentam-se razões (HABERMAS, 2002, p. 50). Com isso, é preciso pôr em discussão os próprios critérios de racionalidade que distinguem “razões” de “boas razões”.

O Código de Processo Civil, ao cuidar dos elementos essenciais da sentença, indica entre esses “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (art. 489, II). E considera não fundamentada “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, seja sentença, seja acórdão, que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (art. 489, § 1º, II).

A explicação ou a declinação do “motivo concreto” pelo Estado-juiz (ou Estado-administrador) na incidência e na aplicação de “conceitos jurídicos indeterminados” liga-se ao dever do Estado de alcançar seus fins e objetivos por meio de uma conduta útil, necessária, equilibrada e razoável. Os resultados ou as decisões podem até não conduzir a um padrão único e correto (pois o Direito não lida, essencialmente, com a verdade), mas devem seguir um modelo de determinações justificáveis.

Os princípios traduzem experiência condensada e cristalizada da comunidade humana e são usados para deliberações em situações determinadas (DEWEY, 1964, p. 123). Não carregam em si apenas eficácia semântica, constituem uma asserção generalizada sobre quais consequências e valores que tendem a se concretizar em certas situações reais¹⁸. A fortaleza principiológica ou sua força racionalmente motivadora jaz nessa estreita correlação entre o seu conteúdo e a prática real da vida (correlação que estende uma ponte sobre o abismo tradicionalmente existente entre as duas esferas).

O meio social real – e não aquele descrito pelas categorias sociológicas ou jurídicas mais abstratas – sempre impõe a observância de um mínimo de exatidão, o que, definitivamente, não é alcançado quando as articulações fantasiosas encerram-se e extinguem-se numa semântica vazia, dissociada e inexequível no plano concreto. Essas articulações podem, todavia, ter sua funcionalidade restaurada

16 Calibrar os fatos, verificá-los, interpretá-los, coordená-los em unidades sistemáticas: esses parecem ser os objetivos de uma prática que se arvora em ciência social.

17 A Constituição chilena de 1980, em seu art. 8º, inciso II, dá coloração constitucional a essa exigência: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen [...]”. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf. Para Habermas (2002, p. 102), tudo o que é válido também tem de poder ser publicamente justificado. Enunciados válidos merecem reconhecimento geral a partir de razões comuns.

18 O conceito perde muito de sua validade se não mostrar, em sua origem, uma interconexão com a experiência.

quando colocadas em justaposição com o que realmente acontece, numa espécie de *abstração real*¹⁹. Isso lhes confere vida e substância, reposicionando-as nas relações práticas de causa e efeito (*causa efficiens + causa finalis*) ou na lei da finalidade, tendo em vista a vontade humana (que detém um poder de causalidade própria).

A abordagem conceitual e axiomática precisa, de alguma forma, ser uma representação da realidade (ou conectar-se a ela) para poder fundamentar uma decisão jurídica que, em última análise, é o meio de reconstrução intencional de realidades e de situações concretas, e não de realidades insubistentes. A dogmática jurídica que respaldou essa especial forma de pensar durou mais do que sua utilidade justifica.

Princípios quando não são bem aplicados, com sabedoria e noção pragmática da realidade, constituem pesado fardo da tradição; fardo que embaraça, muitas vezes, o progresso social. Por isso, como salienta Agustin Gordillo (1977, p. 14), o importante é que as construções jurídicas não se façam somente com base em valorizações apriorísticas, mas também com base num conhecimento da realidade mesma. Resulta estéril e inservível como justificação valorativa todo apriorismo²⁰, todo discurso da razão pura, sem qualquer relação com os fatos.

Como destaca o físico e filósofo alemão Carl Friedrich von Weizsäcker (1968, p. 8): “Quem foge das exigências da ação prática para se fechar na torre da pura contemplação, acabará tendo apenas pensamentos filosoficamente estéreis” (tradução nossa)²¹.

Os princípios ou os postulados teóricos assumem funcionalidade quando são convertidos em decisões jurídicas ou políticas objetivas, práticas, efetivas e mais aderentes à realidade; só adquirem valor quando ligam suas verdades pretensiosas à vida circundante, seja evitando danos, seja aliviando atritos, seja restaurando prejuízos, seja punindo com proporcionalidade. As articulações e as razões de uma decisão não se prestam para transcender a realidade, mas para dar expressão às coisas da experiência, valorizando-as.

Dado o elevado grau de abstração, esses postulados nos armam com algumas deduções falsas que resultam em decisões concretas injustas e desprovidas de razoável fundamento. O postulado pode não ser falso em si, mas a linha argumentativa elaborada leva a conclusões não verdadeiras. Muito trabalho hermenêutico de precisão é necessário para forjar a conexão entre as articulações

fundamentadoras de uma decisão com sua real existência no caso prático. Não basta, por exemplo, aduzir que a conduta de Caio, por sua extensão e natureza, causou dano ao “prestígio institucional” ou à “dignidade institucional” do órgão público X; é absolutamente necessário que esse alegado “dano” seja deduzido em razões articuladas na decisão, com as necessárias conexões práticas.

As “consequências práticas” referidas na norma legal equivale a buscar, primeiro, a relação íntima da norma com a realidade sobre a qual deve incidir²²; segundo, os efeitos práticos danosos (ou eventualmente benéficos) da inaplicação da norma jurídica. Houve prejuízo econômico? Houve dano moral de alguma espécie? Alguém morreu ou sofreu dano físico ou psíquico? Algum indivíduo concreto foi lesado direta ou indiretamente? Houve prescrição ou decadência do direito?

Os prazos de impulsão, por exemplo, fixados para os procedimentos administrativos ou judiciais visam conferir celeridade e evitar danos concretos. A simples falta de celeridade não equivale, *sic et simpliciter*, a prejuízos ou danos efetivos. Essas categorias de incidência concreta não geram presunções absolutas e, por isso, precisam ser comprovadas, para justificar eventual punição disciplinar ao servidor ou eventual responsabilização em outras instâncias.

O bem jurídico a ser tutelado e protegido não é a celeridade em si. Ela, como mecanismo legal e constitucional, funciona como um acessório para garantir a integridade dos verdadeiros bens eleitos: vida, liberdade, dignidade, segurança, patrimônio etc. A celeridade pode recuar ou se deter quando sua incidência prejudicar a ampla proteção dos bens jurídicos em causa. Assim, por exemplo, dada a complexidade de um caso concreto (por motivos estruturais ou pela existência de muitos incidentes e recursos), pode ser necessária mais acurácia na produção dos atos procedimentais (como provas e evidências técnicas). Nesse caso, eventual retardo no andamento do feito não implicará violação a essa garantia constitucional.

A celeridade não é uma estrutura ou um meio fundamental, mas se insere como um mecanismo ou uma função dentro de um processo dinâmico apto a atender com razoabilidade as exigências vitais demandadas. Justamente por isso o constituinte derivado optou pela locução “duração razoável do processo”: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável

19 Collingwood (1984?, p. 188) faz referência a duas espécies de abstração: real e mental. A abstração real é definida como uma fase real de um processo real. Assim, o crescimento de um rebento de uma folha de árvore é um processo que realmente acontece, e acontece antes da folha estar plenamente formada; a separação dessas duas coisas, rebento e folha, não é uma ficção da mente humana. Rebento e folha são, assim, fases de um processo e a folha em si mesma é uma abstração desse processo, mas uma abstração feita pela natureza (captadas pela observação de sua regularidade). A abstração mental é guiada simplesmente pelo pensamento puro e lógico, sem nenhuma tangência com a realidade.

20 O apriorismo enfatiza o papel do conhecimento *a priori*, isto é, o conhecimento independente da experiência (AJDUKIEWICZ, 1975, p. 25). Segundo os aprioristas antigos, somente o pensamento independente de toda experiência (a razão), pode nos familiarizar com a realidade.

21 “Quien se evada de las exigencias de la acción práctica para encerrarse en la torre de la pura contemplación, acabará sin tener otra cosa que pensamientos filosoficamente estériles”.

22 São elementos essenciais de uma sentença: “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (CPC, art. 489, II) e “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (CPP, art. 381, III).

duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

Fica claro, portanto, que o princípio da celeridade não goza de um valor absoluto, uma vez que depende do caso concreto. Compete ao intérprete identificar corretamente os bens jurídicos tuteláveis em cada caso e, “razoavelmente”, imprimir o impulso e o ritmo adequados, sem prejudicar, no curso, a busca pela verdade material.

É interessante observar que o princípio da celeridade já constava no art. 6º da Carta de Direitos dos Estados Unidos de 1791: “Em todos os processos criminais o acusado gozará do direito de ser julgado, pronta e publicamente, por um júri imparcial [...]”.

William O. Douglas (1963, p. 53), comentando a Emenda VI (o direito a julgamento rápido e público) destaca: “Nosso sistema não tolera julgamentos secretos ou demoras exorbitantes prejudiciais ao acusado”.

Veja-se que o comentário chama a atenção para “demoras exorbitantes prejudiciais ao acusado”, ou seja, a celeridade ou agilidade no julgamento guarda um ponto de contato importantíssimo com a realidade em que incide: não causar dano concreto ao acusado ou à parte. Por qualquer ângulo que se ponha a questão, as nossas considerações parecem fazer-nos regressar à conclusão de que, se quisermos aplicar o Direito com um mínimo de justiça e razoabilidade, o principal método é sair para o contato com o mundo humano e social, inquirindo diretamente dele e opondo às areias movediças da lógica sofismada as exigências do fato concreto. Inquirir somente os nossos próprios juízos a partir de uma apreensão semântica é inútil e, muitas vezes, perigoso.

4. A APLICAÇÃO DA LEI E A NARRATIVA FUNDAMENTADORA

Três medidas estão afetas à decisão de uma controvérsia segundo a lei (POUND, 1965, p. 55): 1) encontrar a lei, averiguar qual de múltiplas normas do sistema legal é aplicável ou, se nenhuma for aplicável, elaborar uma norma para a causa em discussão (que pode ou não ser válida como norma para casos subsequentes), na base de elementos fornecidos de algum modo, os quais são assinalados pelo sistema legal; 2) interpretar a norma assim escolhida ou articulada, isto é, determinar seu significado, tal como foi enquadrada e respeitando seu âmbito de intenção; 3) aplicar à causa em exame (o “fato pré-jurídico”) a norma assim encontrada e interpretada.

F. Rigaux (2003, p. 47-48) altera a ordem das medidas, trazendo em primeiro lugar a apropriação provisória dos fatos estabelecidos ou a provar (escoimando-lhes das “impurezas” como emoções e outras singularidades inéditas e estranhas ao magistério do direito). Após isso, o profissional deve escolher a regra de direito que lhe é aplicável. Trata-se do momento da pesquisa do direito

aplicável ou da norma mais apta a dar satisfação ao interesse esgrimido. Segue-se o litígio ritualizado, em que o julgador é atado por uma série de princípios fundamentais (dispositivo, ampla defesa, contraditório etc.), pondo em ação seu específico e singular poder de qualificação (relação de vínculo entre a situação factual e a regra de direito) ou de subsunção (do fato à norma).

A locução clássica da *mihi factum tibi dabo ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) não retrata bem o que se passa na prática jurídica. Fato e direito compartilham um atributo que é a opacidade. Deixados entregues a si mesmos, tanto o fato bruto pré-jurídico quanto a norma jurídica pura mantêm-se obscuros e indefiníveis, partículas soltas e erráticas em seus respectivos mundos. O esclarecimento só vem quando postos um diante do outro, numa espécie de “circularidade” epistemológica; só assim esclarecem-se mútua e relacionalmente.

Uma decisão jurídica (judicial ou administrativa) não é elaborada para ser contemplada em seus aspectos formais, lógicos e estéticos, com suas premissas e postulados teóricos bem urdidos, mas principalmente para ser efetiva na solução do conflito a si submetida e na segurança do resultado da ação. Seu propósito é prático, vital e, para tanto, exige-se estreita relação axiológica com o objeto submetido (*bem da vida*), e não com uma verdade metafísica contida em postulados apriorísticos. Como diz Habermas (2002, p. 51), não se deve igualar “verdade” com fundamentabilidade. As inferências fundamentadoras de uma decisão não provêm de máximas e dogmas multisseculares universalmente aceitos (e consagrados pela sabedoria antiga – e morta), mas da observação sistemática e da análise dos fatos esgrimidos pelas partes e pelos interessados (ou ainda captados pela sã racionalidade do julgador).

Na relação processual, na aplicação da lei e na fundamentação jurídica respectiva, tem inteira vigência o postulado da simplicidade em que, dadas duas ou mais alternativas, a mais simples é a que tem mais probabilidade de estar mais próxima da verdade e da justiça. Isso faz incidir, com cabal propriedade, o princípio da navalha de Occam, eliminando todos os fatos desnecessários à análise do conflito submetido ao tirocínio do julgador.

A aplicação do direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo um encadeamento de silogismos, permitiria constatar (RIGAUX, 2003, p. 71). Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é frequentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora.

O que se busca na fundamentação jurídica não é o conhecimento puro, solitário, autossuficiente ou caprichoso,

mas a sua conexão com a realidade afetada pela decisão jurídica concreta²³. Não é a pura racionalidade que se impõe, mas a razoabilidade enquanto construção do justo. O razoável vai além do racional; a solução correta é a que, além de ser racional, é razoável. O racional opera em um nível mais abstrato e o razoável em um nível mais vinculado com a solução de problemas concretos (DEHESA DÁVILA, 2004, p. 156; NIETO, 2002, p. 342). Querer, portanto, traduzir em fórmulas racionais e lógicas a justiça é querer aniquilá-la por conferir-lhe um caráter mecânico. A hermenêutica jurídica não se fecha sobre si mesma, seu propósito e função é reunir elementos e premissas para justificar e legitimar as decisões jurídicas adotadas, assinalando na fundamentação a relação circunstanciada das razões, indispensáveis para avaliar sua razoabilidade e proporcionalidade. Buscar interconexões entre os meios de percepção e a realidade é a grande missão da dogmática jurídica de perfil moderno.

A racionalidade, se tem a pretensão de ser útil na aplicação do Direito, precisa se qualificar conforme parâmetros que lhes são prescritos pela razoabilidade.

Para o filósofo alemão Rudolf Eucken (1926, p. 64), o pensamento abandonado a si mesmo, como pensamento isolado e solto, não é capaz de cumprir tudo que se exige dele. Muitas vezes, pode funcionar como uma armadilha²⁴. Apenas como pensamento criador fundado no conjunto da vida, cheio dela e impulsionado por ela, como recipiente de uma vida que se desenvolve na posse de si mesma, só assim alcança seu próprio conteúdo. Separado dela e confiando apenas em suas próprias forças, só consegue contornos e sombras informes, e tudo que se encaixa em seus esquemas não tem mais do que uma existência aparente. É antes uma força destrutiva do que criadora; pode fazer sofrer o grau inferior, mas não pode nos levar ao grau superior.

É justamente por isso que as razões fundamentadoras e as consequências de uma decisão jurídica devem ser concordantes com os fatos expostos pelas partes ou pelos interessados, respeitando todas as dificuldades da adequação entre os conceitos do sujeito (situação da vida) e do predicado (regra pertinente). Daí porque nenhuma razão ou tese esgrimida no processo/procedimento pode isentar-se de análise, ainda que sucinta, do decisor. A prática não fala por si mesma, e os fatos práticos – como todo fato – precisam, como critério da verdade, ser analisados, interpretados, já que não revelam seu sentido e alcance à observação direta e imediata ou a uma apreensão intuitiva.

De acordo com o Código de Processo Civil, não se pode considerar como fundamentada qualquer decisão judicial, seja interlocutória, seja sentença, seja acordo que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, § 1º, inciso IV).

Ainda diz mais, na lei processual civil, “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” (CPC, art. 489, § 2º).

Decidir é, literalmente, “cortar fora”²⁵ teses ou argumentos contrários à convicção do julgador; é a preponderância de razões em seu favor sobre as que lhe são contra. Mas, para jogar fora argumentos contrários, o julgador precisa refutá-los um a um, de tal modo que pela motivação “apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas”. E essa refutação se dá na modalidade de um debate com confrontação de teses expressas.

Uma decisão mais próxima de ser justa é aquela que, passando pelas discordâncias (ou as “cortando fora”), alcança a mais bela harmonia racional. A ordem racional sintetizada na decisão é uma harmonia de tensões, implica pluralidade, oposição e dinamismo. A linguagem musical é um exemplo claro dessa ideia. Os sons se acoplam harmoniosamente numa unidade musical, que é dinâmica e tensa. Mais que uma metáfora, a harmonia musical representa a relação harmônica dos opostos em todos os aspectos reais da vida. Da mesma forma que a tensão é vital para a harmonia musical, a contradição (ou o debate contraditório) é indispensável para criar uma pauta de razoabilidade na formulação de uma decisão jurídica²⁶.

Uma decisão elege um caminho e rechaça os restantes (“corta fora”). Mas o rechaço pressupõe, por motivos óbvios, análise e enfrentamento das razões argumentais alinhadas pelas partes interessadas. Não há como fugir desse imperativo. Essa é a estrutura interna para a correta e justa montagem de uma decisão jurídica (judicial, administrativa etc.).

Na ordem real, é inconcebível que cada tese, razão ou argumento se mantenha afirmando-se a si mesmo na negação definitiva de outro argumento contrário, como num reduto inexpugnável. Nada se obtém da pura negação. É preciso sempre lembrar que aquele que mostra a natureza infundada de uma tese oponente não estabelece,

23 Uma fundamentação jurídica rigorosa exige estrita relação e conexão entre as razões expressas e os aspectos fáticos que elas sintetizam. Não pode deter-se nas abstrações, isolando-se dos fatos e dos valores concretos.

24 “O raciocínio puro, como meio de chegar à verdade, assemelha-se ao labor da aranha que de si extrai os fios de sua teia. Esta, por esmerada e regular que seja, não passa de armadilha” (DEWEY, 1920, p. 32).

25 De acordo com Ihering (1979, p. 6), decidir vem de *de + caedere*, ou seja, cortar fora.

26 Podemos dizer, sem incorrer em exageração, que uma decisão jurídica justa é a unificação de forças (ou razões) contraditórias, que se unem numa busca cooperativa pela verdade. Tudo que está sujeito à mudança contém um elemento de contradição.

só por isso, sua própria tese (AJDUKIEWICZ, 1979, p. 118). As contradições são irreduzíveis se cada tese tem em si sua razão absoluta de ser. Mas o fato é que, se as diversas posições são efetivamente positivas, a negatividade de cada uma a respeito da outra é correlativa e, portanto, não seria obstáculo para o dinamismo e a unificação harmoniosa numa decisão final, numa espécie de termo conciliador²⁷. A oposição de razões dá lugar a um jogo dialético que abre várias possibilidades decisórias.

Imagine-se um processo administrativo ou judicial sem relações, sem oposições e sem argumentos em contradição, seria estático e autoritário em suas decisões. Sem a negação produtiva e o entrelaço de visões distintas, o processo seria esvaziado da riqueza factual carregada pelas partes. Haveria uma dissociação e uma ruptura com a realidade, abrindo um largo espaço para as criações cerebrinas e abstratas, e conseqüentemente, para as implicações paradoxais.

As partes, com suas faculdades e movimentos processuais, provocam mudanças qualitativas ou saltos dialéticos no feito, contribuindo para o dinamismo ínsito às relações jurídico-processuais e para a formulação final da norma jurídica concreta. O conflito dos opostos fornece combustível para fazer girar o aparato hermenêutico do julgador.

Nas matérias regidas pelo princípio dispositivo, as partes podem limitar o poder do juiz apenas ao acerto dos pontos de que elas não dispuseram (RIGAUX, 2003, p. 314). Semelhante poder transcende a distinção artificial entre o fato e o direito: as partes podem tanto determinar o direito que lhes é aplicável quanto subtrair certos pontos de fato das investigações do juiz. Daí resulta também que elas têm o poder de fixar a interpretação da lei à qual o juiz é obrigado a se deter, isso ressalvando-se a ordem pública judiciária.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 489, § 1º, inciso IV, do Código Processual Civil, entende, em jurisprudência já consagrada, que “o julgador não está obrigado a refutar expressamente todos os argumentos declinados pelas partes na defesa de suas posições processuais, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas” (AgRg no AREsp 463.300/PR, 5a. Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 23/3/2018).

A característica mais relevante e medular na fundamentação de uma decisão é encarar os fatos, pesquisá-los, observá-los e inspecioná-los ampla e pormenorizadamente. As razões que embasam os fundamentos devem ser explícitas mediante uma relação circunstan-

ciada deles, de modo a estabelecer uma racionalidade intrínseca (não basta citar normas ou fatos soltos), ou seja, uma coerência com os fatos determinantes. O confronto com a realidade é o meio de prova mais eficiente de nossas convicções morais e lógicas. Nada é mais nocivo à bem-sucedida condução do ato de fundamentação (e à lógica que o formula e o reflete) como o hábito de menoscabar a observação e a análise dos fatos e superestimar os simples e prévios juízos teóricos, principalmente quando eles vêm à luz do fetiche da tradicional enxertia latina. Da observação e da análise inteligente dos fatos vêm a ideia, o pensamento e o conceito que, num fecundo processo de retroalimentação, resultam na decisão. A vida, o ser são a base da lógica, e não o contrário.

Como ensina Roscoe Pound (1965, p. 67), o juiz (ou o administrador, quando julga interesses contrapostos) deve estar livre para examinar o caso individual, de maneira a satisfazer as exigências de justiça entre as partes, de acordo com a razão e o senso moral de homens comuns e normais. A natureza de uma decisão jurídica é tão empírica quanto a aplicação das ciências úteis ao bem-estar humano. O senso jurídico do decisor deve ser, acima de tudo, prático, pois decidirá sobre interesses²⁸ humanos em contradição.

A ideia de querer reduzir a motivação do julgamento à intuição do decisor, à sua consciência, ao seu senso de justiça ou à sua equidade, deve ser, definitivamente, combatida. O sistema jurídico de fundamentação não é autorreferencial, não se refere a si mesmo. Não é impossível, todavia, que certos juízes trabalhem dessa maneira, diz Rigaux (2003, p. 72), mas não é papel da doutrina encorajá-los ou aprová-los. Se a razão prática tem um sentido, é o de orientar a ação e, no caso dos profissionais do direito, o de preparar e levar a seu termo os conselhos que dão ou as decisões que determinam. O exercício intuitivo da função de julgar diz muito pouco sobre o dever de motivar.

Por mais estranho que pareça, é mais fácil alinhar as razões e inclusive provar a logicidade dos fundamentos de uma decisão jurídica, que descrever, claramente, em conceitos o que significam as palavras usadas na formulação dessas mesmas razões.

Definitivamente, pelo que já expusemos, o ato de fundamentação não se apoia sobre uma narrativa livre, autocentrada ou intuitiva, precisa de um princípio de concreção, precisa obedecer a diretrizes básicas como o acolhimento ou a refutação dos argumentos esgrimidos pelas partes ou oferecidos pelo estado de desconformidade das coisas. E, ao seguir por essa trilha, a fundamentação

27 Teses ou razões opostas não são incompatíveis. São incompatíveis as contradições lógicas.

28 O direito não protege a vontade, mas o interesse, tanto que tem direito quem não tem vontade, como o infans e o mentecapto; podemos dizer que se tem direito sem ter mesmo conhecimento dele, como no caso do ausente, do nascituro. Há direito sem vontade; não há direito sem interesse (CAMPOS, 1961, pp. 17/22). O direito, por este ângulo, é o interesse juridicamente protegido ou garantido (ou organizado). Ou ainda, “técnica de expressão e realização dos interesses vitais em dada civilização” (cit., p. 31).

torna-se uma ferramenta de otimização das decisões jurídicas²⁹ (administrativas, judiciais etc.) e a estrada real para a justiça (WEINREB, 2008, p. 122). Se a decisão jurídica pecar por falta de racionalidade justificadora, ela será também normativamente insuficiente.

As partes processuais não estão interessadas nas minúcias técnicas, na incompreensibilidade de um raciocínio complicado (muitas vezes, de valor apenas nominal) ou no vocabulário esotérico dos especialistas. Essa antologia de ilusões reconfortantes é mais simpática aos dogmáticos operadores do Direito. Às partes, tocam-lhes de perto, as soluções simples, diretas e céleres do conflito submetido à autoridade pública, conectadas, intimamente, à realidade fática trazida aos autos, retraduzidas em linguagem usual.

5. FUNDAMENTAÇÃO DECLINANTE

Quando a argumentação jurídica se vale apenas de conceitos jurídicos cada vez mais abstratos, lógicos e desligados da realidade a exigir tradução, temos o fenômeno da *fundamentação declinante* (ou *descendente*), que não espelha, integralmente, as exigências constitucionais de justificação decisória (com reflexos nas partes processuais e na própria sociedade). E também sugere que o julgador está munido de um sentido de justiça meramente formal. No horizonte dos valores jurídicos, não parece ser um comportamento funcional recomendado.

A prova de um fato sob a luz do Direito não provém do puro pensamento: é um ato existencial, exige correlação entre a norma e o fato. A realidade é enfrentada com uma razão prática predisposta a solver problemas concretos em benefício imediato à vida. E a vida é sempre trabalhosa, ou seja, problemática, a exigir intérpretes razoáveis e ponderados.

A fundamentação declinante ocorre quando o processo de justificação da decisão é crescentemente dissolvido em abstrações e juízos apriorísticos, distanciando-se da narrativa fático-jurídica contida nos autos. A compreensão de justiça passa a ser intuitiva e pouco responsável (para não dizer, insensata). Desde o momento em que o decisor se lança a conjecturas e postulados abstratos à guisa de fundamentação, cai em abismo insondável, ficando fora do alcance compreensivo das partes processuais. O hábito de recorrer a esses postulados é uma clara opção adotada por julgadores que se encontram num “beco sem saída” (sem argumentos e sem razões adicionais extraídos dos fatos), refugiando-se num limitado sentenciosismo que expete “verdades”, mas não a busca em seu círculo infinito. Implica decréscimo na qualidade do próprio processo argumentativo.

Mas a opção pelos postuladores ou axiomas lógicos não reside apenas na carência argumental, vai, curiosamente, além. Recolher os fatos, como diz Laboulaye (*s.d.*, p. 6), é obra penosa e sem brilho; é mais fácil imaginar sistemas, erigir um elemento particular em princípio universal e tudo explicar com uma palavra. Daí essas belas teorias que brotam e caem numa estação, ou não resistem a uma primeira leitura atenta.

Outro sintoma da fragilidade da fundamentação é a adição de motivações múltiplas, pois, quando pertinente, um único motivo deve bastar (RIGAUX, 2003, p. 159). Quando o decisor estima necessário apelar a motivos heterogêneos, é permitido reecer que não esteja seguro de nenhum deles tomados separadamente dos outros: a acumulação de motivos insuficientes não poderia fornecer uma justificação convincente da decisão. Os motivos de uma decisão jurídica (judiciária ou administrativa) não são valores fungíveis que crescem adicionando-se.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os homens e as sociedades, em todos os tempos, anseiam por ordem, segurança e paz. Assim, na prática, o Direito elaborado por juristas e juízes é moldado, consciente ou inconscientemente, pelas ideias sobre a *utilidade* da lei e pelas teorias sobre a sua *finalidade*. Esses são os guias tanto da formulação quanto da aplicação da lei. E, para alcançar os objetivos de extrair da lei sua utilidade e sua finalidade, podemos nos conformar, no contraste honesto da norma com os fatos, de não obter a verdade ou a justiça absoluta, mas, pelo menos, uma probabilidade mais razoável e justa.

A forma jurídica ou ética é transcendente, não imanente. Quando dizemos que uma ação ou uma decisão é justa, nunca queremos dizer com isso que a ação é absolutamente justa. A justiça absoluta é uma forma transcendente pura apreendida pelo julgador que decide ou pela parte processual beneficiada. No caso, há uma relação entre a decisão e a sua verdade, ou seja, a justiça absoluta. Todavia, essa relação não é imanente. A forma da decisão não é um exemplo de verdade, ou seja, de justiça absoluta, mas apenas de aproximação (ou tendência de aproximação) à justiça pura. Então, aquilo que as decisões jurídicas têm em comum, aquilo que é imanente em todas elas, não é a justiça, mas sim uma tendência para a justiça.

Em busca de sua finalidade e utilidade, a aplicação da norma jurídica não é uma tarefa meramente intelectual, silogística ou lógica, envolve valores humanos e sociais baseados na experiência compartilhada. Tampouco deflui apenas dos métodos de observação da vida social, o que conferiria, em última instância, à decisão um cariz ideoló-

²⁹ As motivações de uma decisão, não apenas justificam a solução de um caso específico, mas podem orientar a evolução posterior de todo um entendimento jurídico.

gico. Fato, norma e observação sistêmica caminham integrados na aplicação justa do Direito. Reduzir o todo dessa equação aos seus constituintes fundamentais, de forma cartesiana, pode implicar a perda da sistematicidade do fenômeno jurídico e de seu inafastável caráter prático³⁰.

Os aspectos normativos do fenômeno jurídico não podem ser separados dos aspectos psicológicos da interpretação. Eles interagem e evoluem juntos sob uma relação complementar. O sistema jurídico é posto em ação em termos de relações e de integração, como uma totalidade integrada, não dissociando seus elementos ou mecanismos de atuação. E, desse modo, o intérprete não pode descuidar dos diversos padrões de racionalidade existentes na fenomenologia jurídica: teórico, axiológico, social e casuístico-jurisprudencial.

O uso intolerante, livre (sem conexões reais), auto-centrado e abusivo de abstrações é um dos maiores vícios da atual dogmática jurídica. E não é pequeno o poder que se dá a um homem sobre outros para ser ele ditador de princípios e mestre de verdades incontestáveis, como dizia Locke (DEWEY, 1964, p. 127)³¹. Isso nos remete a um certo primitivismo do Direito em que a eficácia estava na *verba*, no poder das palavras e em um sentenciosismo prolixo, como se fossem fórmulas de encantamento com força mágica inerente. Mas os postulados puramente teóricos e sua aplicação em larga escala não têm o condão de encerrar as contas com a realidade.

Princípios lógicos e abstratos não garantem o acerto nem a posse integral do objeto submetido ao discernimento do julgador. A metafísica é patrimônio do vidente ou do bizantino, não do decisor razoável e sensato. Ademais, o manuseio dessa métrica teórica abre uma enorme porta para manipulações ou artifícios racionais. Em Direito, principalmente no recinto dos tribunais, nossos conceitos, juízos e pensamentos têm, em geral, uma gênese factual.

Para lograr uma decisão jurídica proporcional às circunstâncias do caso e razoável do ponto de vista argumentativo, impõe-se a atenção aos valores concretos derivados dos fatos e um implacável apego ao real. Não obedecidos esses parâmetros mínimos, o risco é extrair conclusões resultantes apenas de nossa escolha arbitrária de valores e de hipóteses dissociados dos fatos submetidos a julgamento. Corremos o risco de edificar todo um sistema jurídico sobre o alicerce frágil das ideias absolutas e vazias. Qualquer sistema que não incorpore esses parâmetros mínimos de auto coerência justificativa permanece superficial e incompleto, com pouca propensão a ser justo.

Uma fundamentação montada sobre postulados abstratos e genéricos, dissociada do cenário lastreado pelos

fatos, não atende, plenamente, ao comando constitucional nem à atual dinâmica social, sedenta por resultados eficientes e efetivos, capazes de modificar, para melhor, o cenário vital. O desenrolar criativo da aplicação do Direito rumo à sua autotranscendência normativa não prescinde de um olhar generoso sobre a realidade na qual é chamado a agir.

REFERÊNCIAS

AJDUKIEWICZ, Kazimierz. **Problems and theories of philosophy**. Tradução K. Skolimowski e A. Quinton. New York: Cambridge University Press, 1975.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. México: IIIJ-UNAM, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Tradução Vicente Herrero. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964.

CAMPOS, Carlos. **Sociologia e filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Cardal, 1961.

CAMPOS, Carlos. **Hermenêutica tradicional e direito científico**. Belo Horizonte: Imprensa Publicações, 1970.

CAPRA, Fritjof. **The turning point**: science, society and the rising culture. New York: Bantam Books, 1983.

CAPRA, Fritjof. **The web of life**. New York: Anchor Books, 1997.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, v. 249, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.249.19.PDF. Acesso em: 16 out. 2021.

COHEN, Morris R. **Razón y naturaleza**. Tradução Eduardo Loedel. Buenos Aires: Paidós, 1956.

COLLINGWOOD, R. G. **A ideia da natureza**. Tradução Frederico Montenegro. Lisboa: Editorial Presença, [1984?].

30 O Direito, como ciência social, existe como instituição humana predisposta à solução de problemas práticos. Deve ser, portanto, uma instituição com rosto humano.

31 O erro não é perigoso, embora seja um jogo ruim. A verdade é mais perigosa (NICOL, 2001, p. 7).

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A execução negociada de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, v. 212, out. 2012.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. III.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo. **Introducción a la retórica y la argumentación**. México: Suprema Corte de la Nación, 2004.
- DEWEY, John. **Reconstruction in Philosophy**. New York: Henry Holt and Company, 1920. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/40089/40089-h/40089-h.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- DEWEY, John. **Teoria da vida moral**. Tradução Leonidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1964. (Clássicos da democracia, n. 15).
- DOUGLAS, William O. **Uma carta viva de direitos**. Tradução Wilson Rocha. São Paulo: Ibrasa, 1963. (Clássicos da democracia, n. 8).
- EUCKEN, Rudolf. **El hombre y el mundo**. Tradução Eduardo Ovejero Y Maury. Madrid: Daniel Jorro, 1926.
- FRIEDRICH, Carl J. **O interesse público**. Tradução Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.
- GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Tradução Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GOSWAMI, Amit. **O ativista quântico**. Tradução Marcello Borges. São Paulo: Aleph, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HOLMES, Oliver Wendell. **The path of the law**. 2013. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. Acesso: 20 ago. 2021.
- IHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito**. Tradução José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v. I.
- JEANS, James. **Física e filosofia**. Tradução Alberto Candeias. Lisboa: Seara Nova, 1944.
- KAKU, Michio. **Física do impossível**. Tradução Talita Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.
- LABOULAYE, Édouard. **O Estado e o indivíduo**. Tradução Líbero de Rangel Andrade. Rio de Janeiro: Vecchi, [1943?]. (Os Grandes Pensadores, n. 6).
- LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Inconvencionalidad constitucional em México por la prisión preventiva oficiosa. In: LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez et al. **Proporcionalidad y razonabilidad jurídica**. México: Primera Instancia, 2020.
- NICOL, Eduardo. **Crítica de la razón simbólica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- NIETO, Alejandro. **El arbitrio judicial**. Barcelona: Ariel, 2002.
- PAPP, Desiderio. **La doble faz del mundo físico**. Buenos Aires: Espasa; Calpe, 1949.
- POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2. tiragem, 2003.
- RODRIGUES, João Gaspar. Força normativa, teoria especular e imperativo constitucional. **Revista Eletrônica do CNJ**, Brasília, v. 5, n. 1, jan. /jun. 2021, p. 141-159.
- RODRIGUES, João Gaspar. **Câncer: a antimatéria biológica**. Curitiba: Juruá, 2018.
- SHAPLEY, Harlow. **O futuro do homem no universo**. Tradução Luiz Costa Lima. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.
- SIMÕES, Sandro Souza.; FREITAS, Juliana.; RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22 n. 128. out. 2020 jan. 2021, p. 522-541.
- TARSKI, Alfred. **Introducción a la lógica y a la metodología de las ciencias deductivas**. Tradução T. R. Bachiller e J. R. Fuentes. Madrid: Espase-Calpe, 1968.
- THUAN, Trinh Xuan. **La plenitud del vacío**. Tradução Antonio Francisco Rodríguez. Barcelona: Editorial Kairós, 2018.
- ULLMO, Jean. **La crisis de la física cuántica**. Tradução A. Alegria de Bun. Buenos Aires: Columbia, 1966.
- UNAMUNO, Miguel de. **Del sentimiento trágico de la vida**. Madrid: Espasa; Calpe, 1993.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**. Tradução Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WEIZSÄCKER, C. F. Von. **La importancia de la ciencia**. Tradução Juan Carlos García Borrón. Barcelona: Editorial Labor, 1968.

João Gaspar Rodrigues

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes RJ. Promotor de Justiça em Manaus.