

A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO CONTROLE JUDICIAL DOS DISCURSOS POPULISTAS ANTIDEMOCRÁTICOS

L'IMPORTANZA DELL'ARGOMENTAZIONE GIURIDICA NEL CONTROLE GIUDIZIALE DEI DISCORSI POPULISTI ANTIDEMOCRATICI

Rafael de Oliveira Gogola

Mestrando em Direito do Estado pelo PPGD-UFPR. Especialista em Direito e Processo Civil pelo Centro de Estudos Jurídicos do Paraná – CPLC (2012). Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Professor na Universidade Tuiuti do Paraná – UTP.

Resumo: O presente trabalho, com base no pluralismo democrático, e considerando especialmente o ato da decisão judicial, na produção do Direito, discute a necessidade de adotar rigorosos procedimentos de argumentação jurídica, com os critérios avaliativos propostos pelo jusfilósofo Manuel Atienza, a fim de evitar distorções graves e subversões discursivas como vistas em muitos discursos de governantes populistas.

Palavras-chave: Argumentação jurídica, Controle, Democracia, Populismo, Pluralismo jurídico.

Riassunto: La presente ricerca, fondata sulla premessa del pluralismo democratico, e soprattutto considerando l'atto di decisione giudiziale, nella produzione del diritto, tratta del bisogno di adottare procedure rigorose per l'argomentazione giuridica, con i criteri valutativi proposti dal filosofo del diritto Manuel Atienza, al fine di evitare distorsioni, sovversioni gravi e discorsive come si vede in molti discorsi dei governanti populistici.

Parole Chiave: Argomentazione giuridica, Controllo, Democrazia, Populismo, Pluralismo giuridico.

INTRODUÇÃO

Registra-se, nos primórdios da arte retórica, um acordo bastante inusitado entre mestre e aluno: considerado um dos fundadores da retórica, Córax de Siracusa (c. séc. V a.e.c.), bastante confiante em seu método de ensino retórico, aceita ensinar ao discípulo Tísias sob a seguinte condição – o aluno só pagaria pelas aulas tomadas se vencesse o seu primeiro processo.

A premissa, de fato, é atraente: se Tísias vencer o primeiro processo significa que ele terá aprendido corretamente as lições e que o método de seu professor é eficaz; se, de outro modo, Tísias fosse derrotado no pleito, isso demonstra que o aprendizado terá sido inútil e que, portanto, as aulas não deveriam ser pagas.

Pois bem. Concluído o curso com Córax, Tísias resolveu justamente processar o seu professor sob o argumento de que não deveria pagar pelas aulas tomadas. De acordo como postulante, se vencesse (e conseguisse convencer o tribunal) isso implicaria na persuasão do professor a ponto de não exigir o pagamento; se perdesse a causa, nada pagaria ao professor, dado que as lições teriam sido inúteis (FIORIN, 2014).

A pequena anedota revela algo fundamental a respeito da argumentação retórica: o quanto discursos podem ser ambíguos e, em casos extremos, podem levar a situações paradoxais. Imaginando a argumentação como meio disponível (e necessário) ao convencimento democrático, é essencial ponderar a respeito da sua utilização nas decisões jurídicas (especialmente de maior repercussão política) e nos meios de sua análise e do controle de abusos de artifícios retóricos, especialmente em um contexto de muitos governantes populistas.

A OCASO DA DEMOCRACIA NO SÉCULO XXI

A segunda metade do século XX acompanhou um forte crescimento (e apoio) de regimes democráticos liberais. Nesse período, a democracia “ganha uma força quase universal como uma ideia política, uma aspiração e uma ideologia” (DAHL, 2021, p. 338). A importância de governos democráticos é bem sintetizada na saborosa passagem (de sutil ironia) atribuída ao primeiro-ministro britânico Winston Churchill, que afirmou em 11 de novembro de 1.947:

Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time.... (CHURCHILL, 2021)

Isto é, de início é necessário ter plena consciência de que a democracia tem, sim, os seus defeitos. Não faz sentido considerá-la acima de qualquer crítica. Contudo, embora reprovável em certos aspectos, ainda não há melhor alternativa senão a dos governos democráticos.

É imprescindível compreender as virtudes e os defeitos do regime democrático para desenvolver novas soluções eficazes contra os ataques antidemocráticos que são realizados com cada vez mais frequência nos últimos anos.

Quando se afirma que a democracia é o pior regime à exceção de todos os outros, o que faz dela um regime ainda tão importante? De acordo com Francis Fukuyama, a moderna democracia liberal resulta de uma combinação de três instituições básicas: o Estado, o Império do Direito (*rule of law*), e a responsabilidade¹ democrática (*democratic accountability*) (FUKUYAMA, 2015, p. 12).

Nesse contexto, o *Estado* é a entidade que representa o monopólio legítimo do poder coercitivo sobre determinado território. O *império da lei*² indica a existência de um conjunto de normas que, baseadas em valores da comunidade, devem ser respeitadas pela população e pelos governantes (circunstancialmente detentores do poder). Por sua vez, a responsabilidade democrática reforça a ideia de que os atos do governo devem ser sempre direcionados a atender interesses da comunidade, e não do governante. Em outras palavras, qualquer favorecimento pessoal em favor do titular de cargo público há de ser investigado e punido (FUKUYAMA, 2015, p. 12).

Especificamente quanto à complexa definição de *accountability*, esclarecem ROBL FILHO e TOMIO:

Em uma definição preliminar, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades. (ROBL FILHO; TOMIO, p. 30).

A presença de tais instituições é, em maior ou menor grau, observada em países que adotam a democracia. Além delas, um regime democrático também pressupõe algumas características: maior sensação de legitimidade dos cidadãos em relação ao governo, o constitucionalismo, a participação e a representação, e os instrumentos de deliberação, negociação e voto (GONZÁLEZ, ROSAS e THALER, 2012, P. 196-203).

¹ A palavra original *accountability* é plurívoca e, portanto, qualquer tradução mais direta ao Português é bastante simplificador de todo o complexo sentido do vocábulo. Assim, reconhecendo tais limites, a tradução aqui adotada reforça a ideia de que os governantes, em um regime democrático, estão sujeitos ao controle popular e podem ser responsabilizados por seus atos ilegais de favorecimento pessoal aproveitando-se das instituições estatais. Uma definição mais precisa será apresentada adiante.

² A expressão *rule of law*, neste trabalho traduzida como “Império do Direito” também é constantemente traduzida como “Estado de Direito”. Aqui não há diferença fundamental entre as expressões indicadas; a ideia essencial é a de que o povo e o próprio governo devem obedecer ao Direito estabelecido naquele país.

Há maior legitimidade porque as pessoas tendem a aceitar melhor as leis estatais que foram aprovadas por seus representantes eleitos; além disso, a previsão constitucional de limitação dos poderes governamentais e dos demais particulares em relação representam verdadeiras garantias em relação ao cidadão; a possibilidade de participação “direta” em alguns casos (como em plebiscitos ou referendos) e de escolher representantes por meio de eleições; por fim, os procedimentos constitucionais estabelecidos para a tomada das decisões políticas mais importantes; tudo isso colabora para que o indivíduo tenha uma impressão bastante favorável aos regimes democráticos.

Entretanto, mesmo considerando tais postulados de ordem racional, os discursos democráticos têm perdido fôlego nas campanhas políticas que se verificam no século XXI. O tom de representação popular amistosa e globalizante não tem produzido os mesmos efeitos. Isto é, embora, como dito, o prestígio da democracia tenha crescido nos pós-segunda guerra mundial, o corrente século tem presenciado fortes afrontas às bases dos regimes democráticos.

Há uma recessão democrática desde 2006. Mesmo a “Primavera Árabe”, apesar de toda a expectativa do desenvolvimento de novas democracias, resultou em renovada ditadura (no caso do Egito), anarquia em vários países e mesmo o fortalecimento de grupos radicais como o ISIS (FUKUYAMA, 2015, p. 11).

Há uma grande incerteza a respeito do fortalecimento e/ou retomada da democratização, ou se adotaremos novas formas de organização política divergentes da democracia. O que é possível afirmar é que as democracias (como nos Estados Unidos, no Brasil, na Turquia ou na Índia) têm tido baixa performance, como apontam dados econômicos ao apontarem estagnação nas arrecadações e no baixo crescimento econômico. O que é possível perceber pela experiência dos últimos 25 anos, é que não houve um acompanhamento do desenvolvimento *pari passu* dos Estados modernos e das instituições democráticas de modo que as altas exigências da população em relação aos serviços governamentais não puderam ser atendidas. (FUKUYAMA, 2015, p. 12-13).

Ou seja, não se pode ignorar que a defesa de democracia passa pelo questionamento dos resultados (mais) “práticos” para a população, como a repercussão econômica e a prestação de serviços públicos, por exemplo.

Analisando um caso específico, é possível considerar a tentativa de “construção” da democracia pelos Estados Unidos em países como Afeganistão e Iraque. Embora tenham realizado eleições (ainda que com várias alegações de fraudes), não conseguiram implementar um Estado moderno, que pudesse defender o seu território de inimigos internos ou externos e que prestasse serviços públicos de maneira impessoal (FUKUYAMA, 2015, p. 14).

Com esse desprestígio da democracia, candidatos e partidos populistas³, prometendo “revoluções” milagrosas, inclusive questionando direitos fundamentais e sociais básicos, vêm sendo eleitos ao redor do mundo, e especialmente em países com forte tradição democrática, por exemplo, a eleição de Donald Trump, em 2016, nos Estados Unidos.

3 O termo será esclarecido adiante, porém, é necessário já definir que é empregado aqui em sentido negativo.

O contexto é semelhante: uma democracia já combalida acaba elegendo que se diz “novo” na política e que vai “dizer que o ninguém diz” [ou “mudar tudo isso que está aí”]. Com a eleição, o líder passa então a realizar várias modificações na Constituição (SCHEPELLE, p. 546).

Esse enredo passou a ser mais comum a partir de 2008, com a crise financeira global. Porém, já há sinais claros desse horizonte de ruína democrática antes disso. As razões para justificar esse declínio são divergentes: alguns estudiosos indicam um erro na observação inicial – acabaram se antecipando e declarando como democráticos países que não o eram verdadeiramente; outros, julgam vivermos uma década de grande recessão democrática (SCHEPELLE, p. 546-547).

O mais importante é procurar compreender como as democracias estão sendo fragilizadas. Muitas democracias constitucionais têm sido destruídas por autocratas engenhosos que utilizam os próprios instrumentos democráticos e constitucionais para essa aniquilação (SCHEPELLE, p. 547).

Dentre tais instrumentos, é importante refletir sobre a função de argumentação jurídica, enquanto instrumento retórico a serviço da tomada de decisões consensuais, e mais especificamente em um contexto de produção do Direito em ambientes democráticos.

A IMPORTÂNCIA DE CONSENSOS PLURAIS PARA UM DIREITO DEMOCRÁTICO

De acordo com António Manuel Hespanha (2013, p. 9), é muito comum publicarem livros de introdução ao Direito como se estivéssemos em pleno século XIX, especialmente por partirem do pressuposto de que o Direito *seria produto exclusivo do Estado* (o que se chama de monismo).

Contudo, como explica o autor, conquanto essa visão *monista* e *estatalista* do Direito seja compartilhada pela visão comum dos leigos, ela ainda é bastante forte entre juristas mais tradicionais, ainda não haja fundamentos irrefutáveis para essa visão tradicional. Um estudo mais detido da história do Direito ocidental demonstraria justamente o contrário: um forte *pluralismo jurídico*, situação em que a produção das normas jurídicas *pode* decorrer do Estado, mas não apenas dele.

Ora, partindo da premissa de que o Direito é produção do Estado, mas também das organizações intraestatais (comunidades, por exemplo) e superestatais (como organismos estatais ou conglomerados econômicos), é razoável admitir que não se deve procurar justificar (ou compreender) a atuação jurídica apenas por explicações calcadas na teoria *monista* e *estatalista* do Direito.

Pois bem. Há ainda uma segunda razão (talvez mais importante) para se desenvolver uma doutrina assente ao pluralismo jurídico: uma visão mais plural da produção jurídica deve reconhecer e, na medida do possível, conciliar as diferentes esferas de produção jurídica naquele Estado, o que garantiria maior respeito à incontornável diversidade de valores dos indivíduos e grupos que compõem a ordem jurídica do país. Com afirma o já citado António Manuel Hespanha:

(...) é aquilo que comunidade reconhece como tal, não apenas por resultar dos processos de manifestação da vontade comunitária próprios do Estado democrático, mas também por ser reconhecido como tal por instâncias jurisdicionais na base de um consenso comunitário inclusivo, reflexivo e estabilizador (HESPANHA, 2013, p. 119).

Resumindo, para que haja um Direito efetivamente democrático, é imprescindível construir uma ciência jurídica baseada no pluralismo jurídico. Essa condição, por sua vez, exige das instâncias judiciárias uma forma de decidir mais porosa, efetivamente preocupada com o debate público, com as diferentes manifestações jurídicas da sociedade, e, sobretudo, com a tomada de decisões mais *inclusivas, reflexivas e estabilizadoras*.

Como observa Hespanha (2013, p. 123), estudos mais recentes indicam os discursos dos juristas estão repletos de afirmações baseadas em convicções prévias (pré-compreensões) ou em pontos de vista parciais e interessadas, e não se baseiam em perspectivas geralmente aceitas ou amplamente consensuais. Nesse contexto, uma medida que poderia facilitar uma maior discussão (e, em certa medida, um controle) sobre as decisões judiciais mais importantes seria a adoção de uma teoria da argumentação, pois, ainda que ela tenha limitações, poderia contribuir para tornar "(...) mais explícitas e claras as razões dos juristas, facilitando a sua verificação (intersubjetiva) por uma comunidade comunicativa mais alargada", como indica HESPANHA (2013, p. 126).

Manuel Atienza afirma que uma teoria da argumentação jurídica é fundamental por uma série de razões. Duas delas, segundo o autor (2014, p. 23-25) são mais importantes para os limites deste artigo: a ascensão de um *constitucionalismo* (ou *pós-positivismo*) mais atento aos valores políticos e sociais inscritos nas Constituições a na sua realização em sociedade, bem como a verificação de uma contínua perda de legitimidade pela autoridade e pela tradição, substituídas pela legitimidade baseada em um consenso democrático.

O *constitucionalismo* pressupõe novos instrumentos para a realização do Direito e, nesse contexto, a argumentação tem papel fundamental, como indica Atienza:

Por lo demás, parece obvio que esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento 'insular'. (ATIENZA (2013, p. 29).

Por reconhecer expressamente a necessidade da argumentação jurídica para a realização do Direito, o autor propõe alguns critérios de "avaliação" da argumentação jurídica, que serão esclarecidos no decorrer do texto, e que serão úteis para refletir sobre os recursos argumentativos utilizados nos votos dos Ministros e sua (i)legitimidade baseada (ou não) em pontos consensuais e refletidos e que representem interesses de diferentes grupos e comunidades existentes no território nacional.

O PAPEL DA ARGUMENTAÇÃO NA JUSTIFICATIVA DAS DECISÕES JURÍDICAS EM UM AMBIENTE DEMOCRÁTICO E PLURAL

Nesse contexto, é essencial relembrar o que escreveu o jurista austríaco Hans Kelsen, um dos maiores pensadores do direito do século XX, sobre a função do julgador, ainda que destacasse a importância de uma "pureza de método" em que o intérprete deveria se abster de juízos políticos no momento de "conhecimento" (estudo) do direito, afirma que a função dos juízes não é a de mera declaração do texto legal. Assim, afirma Kelsen:

Uma decisão não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples

'descoberta' do Direito ou jurisdição ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo (KELSEN, 2009, p. 264).

Ainda no século XX, considera-se o enriquecimento do debate – do papel complexo ao juiz no exercício da jurisdição – a partir das lições de Ronald Dworkin, que ao criticar concepções de Lionel Hart sobre o positivismo jurídico, ressalta a importância das decisões por princípios jurídicos em casos considerados difíceis. Dworkin, ao estabelecer algumas distinções entre os modelos de regras e princípios, salienta uma característica que parece fundamental ao elevar o papel do julgador na aplicação dos princípios. Segundo Dworkin (2002, p. 42), os princípios possuem a dimensão do “peso” ou “importância”, de forma que “quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” Nesses casos, a decisão – frequentemente objeto de controvérsia - deve determinar qual é o princípio mais importante, sem a possibilidade de mensuração exata, mas a partir do debate através dos argumentos escolhidos a justificar tal decisão.

Em tais casos mais complexos, a subsunção silogística não é satisfatória, sobretudo quando se faz necessária discussão sobre valores. Tratando do tema de acordo com as categorias lógicas estabelecidas por Aristóteles, muito mais do que a aplicação de argumentos analíticos, cuja conclusão é necessária quando verdadeiras as premissas, a lógica jurídica deve operar pela aplicação de argumentos dialéticos, casos em que as premissas não seriam verdadeiras ou falsas, mas verossímeis ou plausíveis e a conclusão não seria obrigatória, em vez disso teríamos verdadeira decisão, “(...) que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum” (PERELMAN, 2004, p. 3).

Atente-se, porém, que, *na exata medida em que o julgador dispõe de liberdade ao decidir, recai sobre ele a responsabilidade de suas decisões*, potencialmente fundamentais ao estabelecimento de precedentes, por exemplo. As razões jurídicas, neste cenário, ocupam um papel proeminente, pois além de esclarecerem as escolhas do juiz quanto aos argumentos mais adequados àquele caso concreto, tais razões passam, na fixação dos precedentes, ao posto de razões da corte, e, portanto, vinculantes. Conforme ensina Perelman:

Quem é encarregado de tomar uma decisão em direito, seja ele legislador, magistrado ou administrador público, deve arcar com as responsabilidades. Seu comprometimento pessoal é inevitável, por melhores que sejam as razões que possa alegar em favor de sua tese (PERELMAN, 2004, p. 9).

Nessa análise de fundamentos do raciocínio jurídico, tem-se em conta que as decisões dos julgadores/intérpretes, como se disse sempre assumindo escolhas possíveis a partir do texto legal, não se dirigem ao mero conhecimento da norma que poderia ser extraída do enunciado normativo. A atividade de conhecimento do julgador, não é passiva, mas, sobretudo, ativa, efetivamente estabelecendo novos sentidos a partir do texto da lei, conforme Hespanha:

Um traço comum da teoria mais recente da interpretação é a ideia de que o sentido não é algo de objetivo que se encontre nos textos a interpretar, mas antes o resultado de processos de interpretação (ou leitura), à luz da experiência pessoal e cultural do intérprete, processo em que as interpretações prévias (a tradição interpretativa, bem como a habituação e expectativas que ela gerou) ou as interpretações próximas (contexto, universo de referência, casos paralelos) têm um papel fundamental (HESPANHA, 2013, p. 269).

Uma consequência dessa relativa liberdade do julgador é a (provável) existência de julgamentos variados em matérias semelhantes. O caminho para conferir maior legitimidade pelas escolhas realizadas seria o respeito a critérios claros de argumentação jurídica.

Ao contrário dos postulados clássicos do positivismo jurídico, momento em que a interpretação era atividade que se dirigia apenas ao conhecimento da “vontade do legislador”, e cuja

ideologia sustentava o ideal de um direito claro, coerente, unívoco, posto que fiel cópia do enunciado legal, é essencial buscar compreender a atuação dos juízes em uma época cujos ideais jurídicos já não parecem tão rígidos e “simples”. O jurista, consciente de seu papel fundamental (ou ainda que auxiliar) na criação do direito, deve compreender que, se de um lado precisa estabelecer a segurança jurídica, construindo decisões robustas e fundamentadas com argumentos adequados ao caso concreto, de outro, igualmente, obriga-se a elaborar sua interpretação jurídica aos problemas concretos levando em conta a pluralidade social, respeitando e observando tais diferenças, pois um direito unívoco, homogêneo, que parte de apenas um setor social não é capaz de estabelecer um discurso jurídico consentâneo aos nossos dias (Hespanha, 2013, p. 272).

Assim, deve-se esclarecer: a atividade do julgador é complexa, pois o ato de interpretar envolve, em larga medida, “criação” (ou “fixação”) do sentido normativo do texto legal, e não mera revelação de seu conteúdo; a decisão que o juiz profere é, em larga medida, fruto de escolhas (e não de conclusões necessárias, caso do raciocínio por argumentos analíticos), que devem vir apresentadas em seus argumentos fundamentadores; a motivação judicial do magistrado deve respeitar o pluralismo de valores e interesses setoriais de certa sociedade, ou seja, não são desejáveis decisões pretensamente universais com argumentos genéricos. Em uma sociedade complexa, a coerência como um valor fundamental do ordenamento deve ser analisada com um contraponto essencial: é possível absoluta coerência em uma sociedade tão diversa? Considerados tais pressupostos, o presente trabalho busca investigar a possibilidade de se estabelecer a jurisprudência uniforme, íntegra, estável e coerente, de inegável valor à segurança jurídica, porém respeitando as essenciais liberdades dos julgadores ao trabalharem com normas mais densas, de maior conteúdo valorativo, respeitando a diversidade existente em uma sociedade complexa.

Portanto, reconhecendo a função criativa da jurisprudência, é necessário estabelecer critérios razoáveis para definir quais seriam os argumentos aceitáveis em um contexto de deliberação democrática dentro do Poder Judiciário.

Esse “controle” sobre a decisão judicial evidentemente deve respeitar a liberdade do julgador ao analisar os fatos relacionados às demandas, mas concomitantemente, deve observar o princípio de segurança jurídica, a fim de garantir coerência, estabilidade e integridade das decisões. Em outras palavras, é essencial reconhecer a natureza discricionária do julgamento – reconhecendo relativa liberdade ao decidir –, ao mesmo tempo em que é necessário controlar, de alguma forma, a produção desse direito dentro de um contexto democrático e pluralista.

Em síntese, com a ajuda desse rápido percurso na Teoria do Direito, é importante afirmar: (i) as decisões judiciais, têm natureza criativa, ainda que partam de bases iniciais e com razoáveis limites previstos em lei; (ii) pelo fato de se considerar certa liberdade criativa dos magistrados, é essencial atribuir-lhes responsabilidade sobre essa criação jurídica, compreender como decidem e, especialmente, de que forma justificam essas escolhas em seus discursos judiciais; (iii) por fim, é necessário encontrar meios de adaptar o processo de tomada de decisão e de justificação argumentativa considerando os anseios do pluralismo democrático.

SUBJETIVISMO (E INDIVIDUALISMO) JUDICIAL E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA ARGUMENTATIVA

O professor Dr. José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 62), em estudo sobre a justificação de decisões judiciais no Direito brasileiro, observa que os tribunais do País, apresentam certa racionalidade jurisdicional “marcada pela utilização por argumentos de autoridade em casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis”.

Na sequência, afirma Rodriguez (2013, p. 62) que em casos difíceis os argumentos de autoridade são apresentados para justificar a adesão da opinião daquele julgador especificamente, para justificar por que ele (ou ela) acolheu aquele pensamento individualmente, sem preocupação com o resultado final do julgamento. Ademais, as decisões em colegiados são realizadas por votação sem a preocupação de se redigir, ao final, uma “decisão oficial da corte” (RODRIGUEZ, 2013, p. 63).

Em outras palavras, é possível afirmar que a decisão tomada pela corte representa a “soma” de várias posturas (até mesmo diversas) entre os julgadores ao levar em conta apenas o “resultado” do julgamento. Nesse sentido, é possível que uma decisão unânime exarada no Plenário do Supremo Tribunal Federal apresente 11 (onze) argumentações distintas. Rigorosamente, em uma situação dessas, pode ser complicado asseverar que a corte tomou 1 (uma) decisão (unânime), dado o número de justificativas argumentativas distintas de cada Ministro.

Ora, verifica-se, pelo que foi dito até aqui, que o discurso jurídico em grande medida está muito distante dos cidadãos em geral, posto que tais discursos apresentam “convicções prévias pouco refletidas”, como destacado pelo Dr. António Manuel Hespanha. Além disso, dentro de um contexto nacional, é possível verificar fortes tendências à utilização de argumentos de autoridade em demasia e até mesmo a falta de argumentos (nos casos simples), como apontado pelo Dr. José Rodrigo Rodriguez.

A descrição e compreensão da argumentação construída pelos julgadores são essenciais, segundo Cláudia Rosane Roesler, para apontar qual:

[...] a necessidade de se utilizar elementos de controle racional das decisões judiciais, presentes nas suas justificações, para melhorar o controle social das decisões judiciais. Mais do que uma questão teórica, no entanto, esta é uma relevante questão prática sobre a qual é preciso produzir conhecimento, já que se expressa em decisões importantes e definidoras da regulação social nos estados contemporâneos (ROESLER, 2015, p. 2519).

Conforme a autora, o controle social sobre a atuação do Poder Judiciário poderia ser melhor realizado caso houvesse um “controle racional” das decisões, baseado na análise das argumentações apresentadas nas decisões.

Nesse contexto, para Atienza (2014, p. 20), a reflexão sobre a importância e sobre o modo de justificar as escolhas jurídicas se deve em razão dos seguintes aspectos: as principais teorias jurídicas do século XX deram pouca atenção à prática argumentativa do Direito até então, a maior atenção ao interesse prático na argumentação como instrumento dos juristas, o exercício do Direito nos Estados Constitucionais que exige maior justificação dos agentes públicos e, por consequência, com maior atenção aos argumentos que sustentam escolhas na esfera pública.

Neste ponto, ressalta o autor (ATIENZA, 2014, p. 23) que o pluralismo jurídico pressupõe outros instrumentos além da tradicional burocracia e coação, substituindo-os por um maior cuidado com a argumentação para resolver conflitos mediante autocomposição, por exemplo.

E, a par do que foi dito, reforça o Dr. Manuel Atienza (2014, p. 25) que o cuidado com a prática da argumentação é fundamental em sociedades que deixam de basear sua legitimidade na tradição e na autoridade para buscar o consentimento dos interessados em um contexto democrático.

Para compreender o alcance de tal contribuição, é necessário observar que toda e qualquer teoria argumentativa deve ser observada em suas diferentes concepções: formal, material e pragmática (ATIENZA, 2013, p. 13). Tais concepções podem ser assim delineadas: a concepção formal, afeita à lógica dedutiva clássica, trata das relações entre as premissas e conclusões

como operação formal do pensamento; a concepção material, por sua vez, procura esclarecer a definição dos “diferentes” pesos dos argumentos, pois, em casos complexos, entre algumas soluções possíveis, é necessário pensar sobre os critérios utilizados para definir os “substancialmente melhores” argumentos, está relacionada à atribuição de valor a cada argumento; por fim, a concepção pragmática está ligada ao aspecto suasório, deixando de lado o discurso “formal” para compreender os efeitos produzidos pelo argumentante em relação ao seu auditório. Tal ideia pode ser relacionada ao efeito retórico da argumentação (ATIENZA, 2013, p. 13).

Após esclarecer em linhas gerais as diferentes concepções sobre o tema, o autor citado propõe alguns critérios “mais importantes (e mais problemáticos)” para a avaliação (evaluación) da argumentação jurídica concreta (ATIENZA, 2016, p. 554). Os critérios de avaliação argumentativa para Manuel Atienza seriam: *universalidade, coerência, aceitabilidade das consequências, moral social e moral justificada*.

A ideia de universalidade estaria ligada ao ideal de critério uniforme (universal), em outras palavras, a *ratio decidendi* deve ser observada em todos os casos semelhantes. O ideal de coerência estaria ligado à ausência de contradições lógicas, mas não apenas. A coerência seria observada um nível acima do problema lógico, em um nível da análise de valores. Isto é, mesmo que houvesse alguma incompatibilidade lógica, ainda assim a argumentação seria coerente se apresentasse claramente (e sem contradições) os seus valores anteriormente estabelecidos em casos anteriores (ATIENZA, 2016, p. 555).

Enquanto o critério da coerência é observado em decisões anteriores, para que se verifique a permanência/continuidade de certas escolhas valorativas, o critério da aceitabilidade das consequências é dirigido para a cogitação dos resultados futuros que podem ser fundados naquela decisão. Neste caso, por exemplo, poderia ser citada a análise econômica na tomada de decisão.

O critério da moral social exigiria que os julgadores, ao analisarem argumentos morais (com noções valorativas), partissem de concepções da sociedade a respeito dos valores, e não de seu juízo particular, atividade bastante complicada. De forma complementar, o critério da moral justificada serviria para situações em que a solução da moral social seja insuficiente ou perigosa (por exemplo, certos juízos morais baseados em opiniões preconceituosas comuns [e majoritárias] na sociedade). Nestas situações, o julgador deveria recorrer a princípios consensuais de acordo com certas regras mais ou menos idealizadas (ATIENZA, 2016, p. 562).

Assim, elencar tais critérios oferecidos pelo autor, submetê-los à análise rigorosa pode revelar suas eventuais virtudes (ou defeitos) na tentativa de “regulamentar” a produção argumentativa judicial com parâmetros claros e razoáveis, a fim de reforçar o convencimento dos jurisdicionados ou, pelo menos, garantir-lhes respostas judiciais mais claras e íntegras por serem melhor fundamentadas, do ponto de vista argumentativo.

Ora, evidentemente, a atuação em ambientes democráticos e plurais exige um modo de se operar que valorize tais premissas. O cuidado argumentativo, de modo a evitar problemas grosseiros e a justificar decisões em concepções bastante individualizadas, é um instrumento desejável e que tem o potencial de facilitar o acesso dos jurisdicionados às decisões.

Atentar para essa relevância, assegurando rigoroso cumprimento dos postulados de argumentação evocados, é possível que as decisões político-jurídicas das cortes superiores sejam melhor compreendidas – e que sejam mais bem discutidas e analisadas pelos diferentes grupos sociais.

Uma postura “mais clara” e consciente do Judiciário em relação à sua atuação certamente

diminui a desconfiança causada pela incompreensão dos discursos (e das justificativas) das cortes. A simplificação (e distorção, *rectius* corrupção) dos discursos político-jurídicos é uma ferramenta útil na mão dos líderes populistas, que de certa forma se aproveitam da falta de clareza da atuação decisional do Judiciário.

O DISCURSO POPULISTA ANTIDEMOCRÁTICO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

Como aponta Barber (2019, p. 130), há divergências a respeito da expressão *populismo*. Para o autor, a palavra significa algo negativo. Uma patologia constitucional, como afirma. O populismo representaria uma subversão no exercício de um governo constitucionalmente estabelecido. Subversão, como dito, mas não aniquilação. Ao contrário das ditaduras e das tiranias típicas, um populista não ignora ou subestima o apoio popular. Ele precisa dessa manifestação de apoio. E é em nome desse apoio que ele justifica os atos que afrontam os limites legais democráticos.

Algumas características são fundamentais para compreender o populismo: a primeira delas, a existência de um líder que alega ter uma conexão direta e imediata com o povo. E com base nessa alegada relação, o populista se sente livre para desrespeitar os limites constitucionais impostos ao seu governo (e a todos os demais). Os populistas costumam marcar uma rigorosa separação da população: de um lado, os “cidadãos” que apoiam o governante; do outro, estão aqueles (geralmente identificados entre as minorias) que agem contra os “interesses do povo”. Esses governantes também costumam se valer de uma linguagem marcadamente emocional e apelativa, evitando discursos racionais mais elaborados (BARBER, 2019, p. 130-131).

Ou seja, os governantes populistas agem para enfraquecer as estruturas constitucionais a fim de evitar possíveis controles à sua atuação. Enfraquecê-las; não destruí-las. O populismo representa uma distorção da democracia, em vez da sua aniquilação. E é justamente esse recurso discursivo de apoio nas instituições democráticas que legitima a sua forma de governar.

A fim de tentar barrar as ameaças do populismo, o constitucionalismo democrático estabelece um procedimento como base e garantia constitucional aos cidadãos a fim de realizar efetivo controle sobre o processo democrático, como ensina Schepelle:

Democratic constitutionalism resolves the tension between democracy and constitutionalism by baking into constitutionalism the requirement of a self-sustaining democracy, a system in which the people can continue over time choosing their leaders, holding them to account, and rotating power when leaders disappoint. (SCHEPELLE, 2018, p. 558).

É possível identificar alguns institutos constitucionais que servem para assegurar à sociedade a preservação da democracia e do sistema eleitoral. Continua a autora:

In its simplest form, a constitutional commitment to self sustaining democracy prohibits an elected leader from simply abolishing future elections. [...] [It] requires that leaders be prohibited from hampering the institutional pre requisites for free and fair elections, among which are a pluralistic media, a range of effective parties, an independent judiciary, recognition of a legitimate and loyal opposition, neutral election officials, a system of representation that does not unduly dilute the powers of minorities, and legally accountable police and security services, as well as a free and active civil society—all of which should have constitutional protection for a democracy to be considered self-sustaining. (SCHEPELLE, 2018, p. 558)

Como se observa, além de garantias mais especificamente voltadas ao controle das eleições, a autora reforça a importância de um Poder Judiciário independente.

Um Judiciário assim é imprescindível para que haja um âmbito determinado de intervenção judicial nos processos legislativos desde que adstritos às necessidades dos limites democráticos (PRENDERGAST, 2019, p. 249). É assim porque a democracia exige que a própria confecção de suas normas esteja de acordo com o processo (legislativo) democrático, inclusive no que diz respeito à própria ideia de cláusulas pétreas ou de procedimentos mais exigentes de modificação constitucional:

The democratic-pluralist endeavor in the modern era is to keep constitutionalism between untrammelled popular will (a mythical position seemingly espoused by populists) and comprehensive constitutionalism (where the ground rules for political competition, and many other areas, are off limits to majoritarian processes of change). The space between these poles is wide and referred to with terms such as “constitutional democracy” and “democratic constitutionalism” (PRENDERGAST, 2019, p. 250).

Nesse sentido, embora haja uma preocupação séria e necessária em relação à preservação de institutos essenciais à democracia, também é necessário que haja instrumentos para a própria mudança constitucional de forma a permitir mudanças razoáveis e que estejam de acordo com os anseios da população e que respeitem a própria Constituição. Continua o autor:

The democratic adjustability of democratic processes is not only to be valued in the people getting to say how they would wish their political will to be counted, but also disincentivizes and counters partisan lock-ups, helping preserve political competition. Sometimes change is warranted to democratic processes not because a superior arrangement is presented, but because a reboot is needed to return the functioning of the existing arrangement. Democracy needs to be able to protect itself, and to present itself as ready and able to do so. (PRENDERGAST, 2019, p. 251).

Assim, é importante entender que o governo democrático de determinado país deve ter os instrumentos necessários para garantir a democracia mesmo em tempos de líderes populistas. Ademais, os preceitos constitucionais não devem excessivamente rígidos de modo a contrariarem fundamentalmente os anseios legítimos da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os regimes democráticos foram fortemente propagados no fim do século anterior, porém, nas últimas décadas é possível verificar muitas resistências e mesmo ataques a esses regimes. Dessa forma, um instrumento essencial para a democracia como a retórica argumentativa passou a ser utilizada de forma a atacar, muitas vezes, a própria democracia.

Como analisado, o enfraquecimento democrático tem causas que precisam ser analisadas detidamente. Discussões que partem de empecilhos econômicos e chegam a participação da população nos debates jurídicos-políticos carecem de especial concentração e compreensão.

Muitas vezes, a falta de clareza de tais atividades, como a tomada de decisões jurídicas que afetam diretamente a vida das pessoas, serve àqueles que desejam criticar a ordem jurídica e os próprios fundamentos constitucionais estabelecidos.

Nesse sentido, a observância de parâmetros argumentativos mais claros pode servir de ferramenta para tornar as decisões mais acessíveis (e inteligíveis) a uma grande parcela de população. Essa preocupação inclusiva é indispensável para evitar (ou ao menos diminuir) manipulações discursivas e falácias que subvertem as decisões efetivamente realizadas.

Assim, a fim de garantir meios satisfatórios e mais contemporâneos ao sucesso da democracia, é importante, em primeiro lugar, ter consciência clara de como decisões jurídicas

são produzidas e do poder do intérprete-juiz no momento de julgar e produzir as normas concretas.

Uma vez conscientes do efetivo poder judicial, é necessário pensar limites ou modos de controle de tais decisões. Com isso não se pretende garantir ampla atuação dos cidadãos em relação ao ato judicial; a preocupação é eminentemente voltada para proibir ou reduzir substancialmente o subjetivismo no exercício da jurisdição.

Um caminho para esse “controle” está na preocupação a um modo mais claro de exposição dos fundamentos da decisão. Decisões mais claras propiciam mais transparência nas atividades judiciais e conferem maior esclarecimento àqueles que serão afetados (ou tenham algum interesse) pela decisão.

Desse modo, pensando na atuação das cortes superiores, comumente criticadas (muitas vezes de forma bastante apressada e superficial) por diversos grupos sociais, e especialmente por grupos ou políticos populistas, é fundamental que elas tenham uma atuação com maior legitimidade e transparência.

Muitas vezes, há situações em que o próprio Poder Judiciário precisa interferir na atuação de líderes populistas, e certamente não é desejável que a atuação seja obscura ou pouco compreensível pela população em geral.

Por isso, a melhor forma de combate ao obscurantismo populista será sempre o esforço pelo esclarecimento das informações corretas e adequadas, evitando distorções discursivas.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Retórica**. Prefácio e introdução de Manuel Alexandre Júnior; tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- BARBIER, N. W. **Populist Leaders and Political Parties**. German Law Journal, Vol. 20, 2019. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/populist-leaders-and-political-parties/BA883B7AE8798F07E88F85FB66111741>
- DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIORIN, José Luiz. **Argumentação e discurso**. Bakhtiniana, Rev. Estud. Discurso vol. 9 no. 1 São Paulo Jan./July 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-45732014000100005
- FUKUYAMA, Francis. **Why Is Democracy Performing So Poorly?**. Journal of Democracy. Vol. 26, nº 11, 2015. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/why-is-democracy-performing-so-poorly/>
- GONZÁLEZ, Iñigo; ROSAS, João Cardoso; THALER, Mathias. **Filosofia política**. In: GALVÃO, Pedro. Filosofia: uma introdução por disciplinas. Lisboa: Edições 70, 2012.
- HESPAÑA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.
- HESPAÑA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.
- HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

GOGOLA, Rafael de Oliveira. A importância da argumentação jurídica no controle judicial dos discursos populistas antidemocráticos. **Revista Direito UTP**, v.2, n.2, jul./dez. 2021, p. 205-217.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 3ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRENDERGAST, David. **The Judicial Role in Protecting Democracy from Populism**. German Law Journal, vol. 20, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-role-in-protecting-democracy-from-populism/99585581EB11E7AFCD98C773F2EBFAB0>.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. **Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Rev. Sociol. Polit. [online]. 2013, vol.21, n.45, pp.29-46. ISSN 0104-4478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100004>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Entre o paroxismo de razões e razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**. Revista quaestio juris, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/20940>. Consulta em 09/07/2019.

SCHEPELLE, Kim Lane. **Autocratic Legalism**. The University of Chicago Law Review, 2018. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 3. ed. Porto Alegre.: Livraria do Advogado Editora, 2012.