

Copyright©2014 Editora Manole Ltda., por meio de contrato com o autor.

Editor-gestor: Walter Luiz Coutinho
Editora responsável: Sônia Midori Fujiyoshi
Produção editorial: Luiza Bonfim, Rodrigo Botelho
Editora de arte: Deborah Sayuri Takaishi
Capa: Daniel Justi
Imagem da capa: Visipix + Sxc.hu
Projeto gráfico: André Stefanini
Diagramação: Luargraf Serv. Gráficos Ltda.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferraz Junior, Tercio Sampaio
Argumentação Jurídica / Tercio Sampaio Ferraz Jr. –
Barueri, SP: Manole, 2014.

Bibliografia.
ISBN 978-85-204-3991-3

1. Argumentação forense 2. Estado de Direito
3. Estado Social 4. Legitimidade 5. Princípio da
proporcionalidade 6. Princípio da razoabilidade
7. Processo judicial I. Título.

14-03393

CDU-34: 16

Índice para catálogo sistemático:

1. Argumentação jurídica 34:16

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer processo,
sem a permissão expressa dos editores.
É proibida a reprodução por xerox.

A Editora Manole é filiada à ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos.

Edição – 2014

Editora Manole Ltda.
Avenida Ceci, 672 – Tamboré | 06460-120 – Barueri – SP – Brasil
Tel.: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021 | www.manole.com.br | info@manole.com.br

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Este livro contempla as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa
de 1990, que entrou em vigor no Brasil em 2009.

XIII. DO USO DOS PRINCÍPIOS: CONFLITOS RECALCITRANTES E A TÉCNICA DE GENERALIZAÇÕES

A argumentação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo de comunicação, na perspectiva da decidibilidade de conflitos.¹ Para isso ela tem por objetivo determinar o *sentido* vinculante da *normatividade*, que está no ato, na omissão, no comportamento, nas prescrições, nas recomendações, nas políticas, na organização etc. Por simplificação e abstração, costuma-se dizer que aplicamos *normas jurídicas*. Ora o sentido do seu dever-ser, ora o sentido daquilo que por elas deve ser, ora o sentido do seu dever-ser para os destinatários, ora o sentido do seu dever-ser para quem dita normas. Na prática, ora nos referimos a todos conjuntamente, ora nos fixamos em um desses pontos: levamos em conta ou sua validade ou o seu significado ou a sua eficácia ou a sua função. Fixar num desses pontos significa atribuir-lhe *relevância* em vista de um objetivo.

1 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, p. 64 e segs. *Decidibilidade* no sentido de um conhecimento que visa a criar condições para que uma determinada problemática social seja solucionada sem exceções perturbadoras. Cf. também VIEHWEG, Theodor. "Ideologie und Rechtsdogmatik". In: *Ideologie und Recht*, p. 86.

O jurista pressupõe, para isso, que, no discurso normativo, são fornecidas razões/motivos para agir de certo modo e não de outro, razões que se destinam a uma tomada de posição diante de diferentes possibilidades nem sempre congruentes. Pressupõe, assim, que o legislador age motivadamente; e assim atribui significação ao seu discurso. O que induz a uma necessária referência à premissa hermenêutica da não redução da norma ao seu texto.

Normas em sentido da sua aplicação não se confundem com o texto dos dispositivos que compõem o documento escrito. Enquanto um comando significativo (uma ordem, um comando, um imperativo), elas resultam de um processo, que parte do texto normativo e finda com a formulação do preceito regulador, que começa com a interpretação e culmina com a decisão. Esse processo é que se diz *argumentativo*.

Pode-se, assim, entender a adequada percepção de Eros Grau, quando observa:

A interpretação do direito tem caráter construtivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, mediante a definição de uma norma de decisão.²

Nesses termos, “a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada”³

Do ângulo hermenêutico, a interpretação *começa* com o texto, com os vocábulos e a forma como são usados. Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma. Na verdade, a

2 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 55.

3 *Ibidem*, p. 74-5.

chamada interpretação gramatical, também denominada *filológica*, reporta-se ao *uso* das palavras pelo legislador ou pelas partes contratuais, em suma, pela opção vocabular efetuada. Com esse propósito, a primeira presunção hermenêutica está em que o intérprete deve ater-se ao vocábulo utilizado como ponto de partida.

Mas o recurso à interpretação gramatical ou filológica, à vista das diferentes possibilidades de conceituação, é, no entanto, sabidamente insuficiente para alcançar o sentido normativo contido no discurso normativo.

O teor literal da norma não é ainda a norma, pois também pertencem à norma o *programa* e o *âmbito* normativo. A análise da norma exige a percepção de que ela expressa um *programa* normativo (*cometimento*), ou seja, a ordenação jurídica estabelecida. Por exemplo, no caso em tela (Lei federal n. 8.541/92): “Art. 12. Os prejuízos fiscais apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 *poderão ser compensados*, corrigidos, monetariamente, com o lucro real apurado em até quatro anos-calendários, subsequentes ao ano da apuração” (grifei).

E expressa também um *âmbito normativo* (*relato*), ou seja, “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação”.⁴ A demarcação do âmbito normativo deve, portanto, considerar os fatos afetados pela regulação, o *universo material*⁵ para o qual o significado do texto aponta, dependendo, portanto, da compreensão da realidade. No exemplo, “prejuízo fiscal com o lucro líquido, observado o limite máximo de...”. E aqui entra a questão da extensão denotati-

4 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 42. Para os termos *cometimento* e *relato*, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 47 e segs.

5 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1.219.

va (para quais destinatários e em quais casos) e da “intensão”⁶ conotativa (com que sentido objetivo, para qual finalidade etc.).

A conotação de um conceito é determinada pelas propriedades que o definem (definição conotativa do conceito); a denotação, pelos objetos por ele abrangidos (definição denotativa do conceito). Definida uma palavra por sua denotação (por exemplo: *brasileiro nato* é todo aquele que *nasceu no País*), não se podem incluir nela objetos que estão fora do conjunto. E, definida por sua conotação (por exemplo: *empregado* é: toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário), propriedades que não lhe pertencem. Sabidamente, no entanto, nenhuma denotação ou nenhuma conotação esgotam seus campos de inteligibilidade (todo aquele que nasce no Brasil é brasileiro nato? como tratar a *terceirização* de empregados?).

Nessa linha de raciocínio, Friedrich Müller mostra, então, que a atividade interpretativa exige *construção* da norma jurídica,⁷ no sentido de sua apreensão não no *eixo norma-caso* (tema da *aplicação* do direito), mas no *eixo norma-realidade*.⁸

Na prática jurídica o aforismo “não há lei sem interpretação” mostra a relevância dessa exigência, na qual a referência a um contexto é decisiva. E aqui entra o procedimento argumentativo.

Em linha com a tomada de decisão, o *contexto* desempenha *não* o papel de *instrumento* da interpretação (por exemplo, recurso à base sociológica: suprir o sentido mediante levantamento de suas circunstâncias), mas de busca do chamado *significado indireto* (*ilocução*), isto é, do modo abrangente como ele ocorre na comunicação normativa efetivada (relação legislador/intérprete/destinatário). Por meio de uma *lo-*

6 A expressão *intensão*, com “s”, é uma construção da semântica, em contraposição a *extensão*.

7 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 129.

8 *Ibidem*.

cução (asserção) constatamos ou asseveramos algo. Mas mediante uma asserção também *realizamos* uma ação que não chegamos a asseverar.⁹ Veja-se, por exemplo, o caso de sentenças em que a *elocução* (“meu filho, está chovendo”) implica, num determinado contexto, uma *ilocução* não expressa (“leve o guarda-chuva”).¹⁰

No universo normativo, isso não é diferente.

Assim, em face do teor literal de uma norma, o aplicador deve pôr-se a possibilidade de argumentar nos seguintes termos: deve-se perguntar se existem razões para *não* aceitar o significado de uma elocução em seu valor de face: se a resposta é negativa, a elocução é transparente (clara). Se positiva, deve-se buscar interpretações alternativas, até chegar a uma resposta negativa. Nesse contexto, *clareza* significa transparência, isto é, endosso de uma interpretação direta, sem necessidade de busca de alternativas no plano ilocutivo.¹¹

9 AUSTIN, J.L. *How to do things with words*. Tradução brasileira: *Quando dizer é fazer, palavras e ação*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1990.

10 Essa mudança de foco, passando do que foi dito numa sentença para o que o agente quis dizer na comunicação é o ponto de partida para a análise pragmática de Grice sobre o que seria uma lógica da conversação (GRICE, H.P. “Logic and conversation”, in: *Studies in the way of words*, e FURTHER, “Notes on logic and conversation”, in: *Studies in the way of words*, p. 41-57). Para Grice, o acesso ao que se quis dizer a partir do que se disse consiste em um processo de inferência, não dedutiva, que é chamada de *implicatura*. Para exemplificar a diferença entre inferência dedutiva e implicatura, suponha que alguém afirme “Sou um doutor”. A partir dessa premissa pode-se deduzir que o emissor tem um título de pós-graduação. Porém, em um contexto no qual um indivíduo se acidenta, a afirmação feita em resposta à pergunta “há um doutor nesta sala?” nos leva a conclusões adicionais ou mesmo diversas. Nesse caso, assumimos normalmente que o emissor não quis afirmar que tem um título de doutorado em direito, ou em engenharia, ou em qualquer outra área, mas sim, que é médico (com doutorado ou não) e que pode atender a vítima do acidente. Isso é assim, pois no contexto daquela conversação, a mera afirmação de um título de pós-graduação não é relevante e se supõe que o emissor esteja nela engajado, contribuindo para o propósito daquela relação comunicativa.

11 DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*, p. 353 e segs.

Essa recuperação do argumento da clareza em sede argumentativa merece ser realçada. Observe-se nessa linha que a argumentação jurídica está a pôr-se diante de duas possíveis opções interpretativas.

Primeira: existe uma situação de *isomorfia*, em que o texto (locução) harmoniza-se com o caso, sem necessidade de busca da *ilocução*. Por exemplo, o art. 226 da CF: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. No § 1º, fala-se do casamento (“Art. 226. [...] § 1º O casamento é civil e gratuita a sua celebração”). Alude-se, claramente, à *família* constituída mediante casamento. Temos aí a possibilidade de uma interpretação *transparente*.

Segunda: uma situação em que o texto exige a busca da *ilocução*. Por exemplo, para atender a uma necessidade social, o § 3º do mesmo art. 226 contém uma estipulação: “Art. 226. [...] § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Essa exigência de *a lei facilitar sua conversão em casamento* mostra que o núcleo do conceito de família é definido pelo casamento, que a *união estável*, para a lei, não é casamento, mas que, para efeito de proteção da família, é considerada como se casamento fosse. Daí a possibilidade da interpretação extensiva para as uniões *homoafetivas*. Não se preenche nenhuma lacuna, mas busca-se o sentido indireto (ilocutivo) da própria norma.

Nesses termos, entende-se que a clareza não é um dado absoluto (ou é claro ou é obscuro), mas dependente da existência de dúvidas razoáveis quanto ao significado.

Em sede de preceitos argumentativos, isso nos faz compreender por que, afinal, uma norma não se reduz à sua literalidade expressa, não se podendo ignorar que toda forma elocutiva (“é vedado compen-sar mais de 30%”) aponta sempre para uma dimensão ilocutiva (por exemplo, “desde que seja factível”), cuja relevância tem de ser levada em consideração. A dimensão ilocutiva não está *fora* do âmbito nor-

mativo (como se fosse uma falta, um defeito, uma lacuna), mas o integra *compreensivelmente*.

Compreensivelmente quer significar uma exigência de justificação. No plano do direito, isso aponta para o tema tradicional da *intenção do legislador*.

Com relação à busca da intenção, na atividade de interpretação que se instaura na relação comunicativa-normativa (significado indireto), o aplicador enfrenta também uma tensão, presente no sempre latente conflito entre o sentido elocutivo da norma (texto normativo) e o sentido ilocutivo (propósito do legislador).

Frederick Schauer¹² traz uma abordagem esclarecedora desse tipo de tensão. As prescrições teriam por base generalizações acerca de um efeito positivo (um bem) ou um efeito negativo (um mal) que a ação regulada, categoricamente ou em determinada condição, pode causar.

Por exemplo, a Seção 2 do Sherman Act proíbe qualquer ato que constitua uma “tentativa de monopolização” (elocução). Um estatuto posterior, o Clayton Act, proíbe, na Seção 7, qualquer aquisição de empresa que possa “reduzir substancialmente a competição” ou “tender a criar um monopólio” (elocução).¹³

As normas, por sua locução expressa, proíbem aquisições que criem (ou até tendam a criar) um monopólio. Elas não excluem, expressamente, o caso em que exista um mercado com apenas dois agentes que pretendem se fundir e que a firma a ser adquirida está em processo de falência, de forma que encerrará suas atividades se não for adquirida.

12 *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*.

13 O exemplo é tratado com mais detalhe como aplicação da lógica de refinamento de sistemas normativos para solução de conflitos entre regra e justificação da regra em um modelo de inteligência artificial para o direito em MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. “Some operators for refinement of normative systems”. In: *Legal knowledge and information systems, frontiers in artificial intelligence and applications*, IOS, 2001, 280 U.S. 291, 302-303, 1930.

Nos termos elocutivos da regra, se a aquisição leva ao monopólio então é proibida, não importando estar a firma adquirida em falência ou não. Todavia, em termos ilocutivos, o bom senso jurídico (princípio da razoabilidade, inerente ao *due process of law*) entende (e a teoria econômica o confirma) que a literalidade da expressão (*tender a criar um monopólio*) quer dizer, ainda que sem asseverar, que se a firma está falindo, sua aquisição não altera a situação: ao cabo restará uma única empresa.

O aplicador percebe, então, que a ação necessária para satisfazer explicitamente o estatuto (omitir a aquisição vedada) não se aplica à ação (adquirir a firma falida). Quem diz “são proibidas aquisições que tendam a criar um monopólio”, está a dizer também “salvo quando o monopólio é inevitável e a proibição um contrassenso”. Pelo procedimento argumentativo, não se trata o tema como uma falha do legislador (lacuna, falta de especificação), mas como um *significado indireto (ilocução)*, um significado que se diz subentendido, implícito, exigido pela percepção do modo como *programa/âmbito, cometimento/relato* normativos realizam uma prescrição.

Esse exemplo de fato ocorreu e foi solucionado pelas cortes norte-americanas pelo que ficou conhecido como a doutrina da firma falida (*failing firm doctrine*), quando a Suprema Corte norte-americana sustentou que a aquisição de uma firma em falência não viola a Seção 7 do Clayton Act,¹⁴ sob o argumento de que “se a firma adquirida está em falência, uma aquisição que tenda a criar monopólio é permitida”.

Esse argumento nada tem a ver com técnicas de preenchimento de lacunas, na suposição de falta de lei e necessidade de buscar a norma em outra lei, aplicando esta por analogia. Lida-se com uma única e mesma norma legal, buscando-lhe a abrangência de seu âmbito significativo. O que, aliás, exige uma técnica específica e que tem a ver com o uso argumentativo da mencionada *clareza* do preceito.

14 394 U.S. 131, 138-139, 1969.

Tomando o caso da norma “são proibidas aquisições que tendam a criar um monopólio”, assim procede a argumentação: surge logo alguns significados indiretos, ali presentes em forma ilocutiva, inferindo-se que a restrição denotativa (salvo para sociedade em falência) não implica perda da competência de vedar, exercício de competência; segue o argumento de que a ausência de restrição expressamente prevendo a hipótese de empresas em processo de falência significa possibilidade de proibir o que a lei expressamente veda, mas deve permitir.

Aqui, o procedimento argumentativo sustenta que a opção do legislador seria garantir/autorizar a aquisição de firmas em falência, manifestando um direito de sobrevida indireta que beneficia o mercado. Promover esse bem (proteger a competição no mercado, que, por sua vez, serve propósitos ulteriores como eficiência produtiva e o bem-estar dos consumidores) constitui o objetivo e, portanto, o fundamento da norma, que Schauer chama de *justificação da regra*.

Justificação da regra é um procedimento argumentativo que nos faz ver como são invocados e usados os princípios.

Conflitos entre a regra (são proibidas aquisições que tendam a criar um monopólio) e sua justificação (proteção da competição e da eficiência no mercado), que possuem sentidos distintos, aparecem. E isso por ser uma regra necessariamente *sobre-* ou *subinclusiva* com relação a sua justificação. Isto é, a generalização que a fundamenta (seu *telos*, seu objetivo) pode incluir casos nos quais a ação em questão impediria o objetivo desejado (sobreinclusão) ou pode deixar de incluir casos relevantes, nos quais a ação promove aquele objetivo (subinclusão). No caso em que se pretenda adquirir firma em falência, mas o monopólio será inevitável e, vedada a aquisição, o mercado perderá uma empresa, há razões para entender que a vedação não se aplica (vai contra o próprio propósito do legislador): há uma *subinclusão*. Mas a regra pode ser *sobreinclusiva*, por exemplo, quando a aquisição de uma empresa qualquer (não em processo de falência) não tende a criar um monopólio (ainda restarão muitas empresas), mas cria para a adquirente uma

posição dominante capaz de diminuir a eficiência do mercado, prejudicando os consumidores, casos que, pela justificação da regra, serão incluídos na vedação.

Esses conflitos entre regra e sua justificação, chamados por Schauer de “experiências recalcitrantes”, costumam ser resolvidos, em sede jurídica, por meio de interpretação teleológica, mediante a qual vêm à luz generalizações que especificam melhor as condições de aplicação das regras. Por exemplo, “uma ordem é justa na medida em que consegue delimitar os conteúdos normativos, conforme um princípio material abrangente de inclusão ou exclusão”. Não se trata de criação de regra nova, mas de explicitação da própria regra: a aquisição de uma firma em falência não viola a Seção 7 do Clayton Act. A interpretação revela-se como um processo de generalizações progressivas e congruentes mediante qualificações subsequentes. Tais qualificações, por sua vez, não significam um subjetivismo discricionário do intérprete, mas têm limites exigidos por considerações principiológicas (justificações com base em princípios), como o recurso ao princípio de razoabilidade. Nesses termos diz-se que a condição introduzida mediante procedimento teleológico deve ser relevante com relação à justificação da regra, o que envolve valorações e tomadas de posição que vão depender do contexto sistemático a que se referem.

Percebe-se aí a força argumentativa da interpretação teleológica. O método teleológico ativa o uso de princípios na configuração do sentido das regras (normas). Seu movimento argumentativo parte das *consequências* avaliadas das regras na direção de princípios e retorna para o interior do sistema das normas. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos o levam a basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que a norma há de ter, para efeitos de alcançar-lhe o sentido adequado, *sempre* um objetivo que serve para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre

visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, dispõe o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB).

Contudo, nota-se, nesses casos de conflito entre regra e sua justificação, que não há propriamente uma dificuldade com relação à linguagem na qual a regra foi formulada. O caso de falência está claramente solucionado, pois o legislador não o considerou relevante para a proibição do monopólio. A questão é que a regra é vista como injusta, para uma determinada atribuição de intenção ao legislador e para uma determinada análise econômica das consequências da aquisição. Em seguida, a própria generalização que reforma a regra na emenda Celler-Kefauver sofre exceções, porque também é vista como inadequada para determinados casos. Tais hipóteses não podem ser eliminadas, independentemente da precisão em que a linguagem é formulada ou do grau de determinação da solução normativa oferecida, ainda que se faça um elenco com dezenas de condições consideradas relevantes. Ou seja, as experiências recalcitrantes não podem ser superadas.

A indeterminação surge em função de uma apreciação da *justiça* da norma jurídica. Exatamente porque a intenção do legislador não é um estado mental particular que possa ser investigado objetivamente, mas é, antes, uma criação ou reconstrução do intérprete a partir de regras de uso e pautas morais ou de políticas públicas compartilhadas na comunidade, que lhe permite realizar inferências (não dedutivas) sobre o que seria mais coerente admitir como propósito da lei, a indeterminação tem a ver, antes, com uma avaliação do procedimento argumentativo sobre a justiça da solução normativa oferecida pela regra.

Por essa razão, Zitelmann chamava de *lacunas espúrias* os casos em que o intérprete aponta uma condição supostamente relevante que não teria sido prevista expressamente pelo legislador. Da mesma forma, Alchourrón e Bulygin chamam tais lacunas de *axiológicas*, pois o caso está, de fato, solucionado normativamente e a lacuna somente apareceria em uma descrição de qual deveria ser a solução mais justa e não em uma descrição de qual foi, de fato, a solução estipulada pelo legislador.

A distinção entre lacuna autêntica (*echte*), isto é, a situação de ausência de uma solução a partir do conjunto de normas vigentes e lacuna espúria (*unechte*), isto é, a presença de uma solução normativa considerada falsa ou insatisfatória foi introduzida por Zitelmann.¹⁵ Alchourrón e Bulygin refinaram essa noção.¹⁶

15 ZITELMANN, Ernst. *Lücken im Recht*.

16 ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems*. As referências são da versão em espanhol: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*.