

A ARBITRARIEDADE DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: O CASO DA CORTESÃ FRINÉ

THE ARBITRARINESS OF MOTIVATION OF THE JUDICIAL DECISIONS: THE CASE OF FRINÉ COURTESAN

Thaís de Souza Lima Oliveira.¹

RESUMO

A partir do pressuposto de que toda decisão judicial deve e pode ser justificada, visa o trabalho à problematização da posição tradicional de que a motivação das decisões judiciais, entendida como a exposição das razões fáticas e jurídicas que desencadearam a conclusão, garante a não arbitrariedade das mesmas. Para tanto, primeiramente traçam-se considerações acerca da conotação do termo “motivação das decisões judiciais” a partir da dicotomia entre razão explicativa e razão justificadora. Posteriormente, estuda a aporia do regresso ao infinito, pela qual a premissa básica na qual se fundam vários acordos linguísticos é, invariavelmente, arbitrária. Por fim, relaciona a motivação das decisões judiciais com a aporia do regresso, quando defende a tese de toda motivação, independente se justificadora ou explicativa, é arbitrária.

PALAVRAS-CHAVE: motivação das decisões judiciais; arbitrariedade; racionalidade; regresso ao infinito.

ABSTRACT

From presupposition the all judicial decision can and should be justified, aim this paper the problematization the traditional position that motivation of the judicial decisions, that means exhibit the factual and legal reasons that cause the conclusion, ensure no arbitrariness the same. For this, first describe considerations about the connotation of the term “motivation of the judicial decisions” from dichotomy between explanatory reason and justifying reason. After study the aporia of regress *ad infinitum* in which the basic premise on which to base various linguistic arrangements is invariably arbitrary. Finally, it relates the motivation of the judicial decisions with the aporia of regress, when he defends the thesis of all motivation, regardless of whether or justifying explanatory, is arbitrary.

KEYWORDS: motivation of the judicial decisions; arbitrariness; rationality; regress *ad infinitum*.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pelo Programa *Stritu Sensu* de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo. Endereço eletrônico: thais.sloliveira@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO: A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CASO DA CORTESÃ FRINÉ

A motivação das decisões judiciais é, frequentemente, relacionada com a ideia de controle (WAMBIER, 2007, p. 304); visa-se a evitar a prática de arbitrariedades (LIEBMAN, 1983, p. 79) e, assim, garantir a racionalidade da decisão. O juiz, nesse panorama, tem o dever² de expor as razões fáticas e jurídicas (razão justificadora) que nortearam a conclusão, sendo irrelevantes, pois, os móbeis psicológicos (razão explicativa) que o influenciaram.

Sexto Empírico, em “Contra os retóricos” (2013, p. 05), narra o caso da cortesã Friné ou Frinea, uma das mais famosas cortesãs da Antiguidade (ano 400 a.C), a partir do qual se pode analisar a motivação das decisões judiciais. Acusada de ter profanado os Minústerios de Elêusis, Friné estava prestes a ser condenada a morte. Percebendo a impossibilidade de seu amante e defensor, o retórico Hipérides, de persuadir os juizes, Friné, bruscamente, rasgou as vestes e, com os seios nus, jogou-se aos pés dos julgadores, os quais, depois de um momento de assombro, a absolveu.

Ao motivar a decisão que absolveu a cortesã, o Tribunal poderia seguir dois caminhos: primeiro, fundamentar a absolvição exaltando o absurdo em se condenar a morte uma senhora com tão belos seios, por exemplo; ou, ocultar tal fundamento, e eleger um argumento jurídico para a absolvição. A escolha do primeiro caminho – motivar a sentença como base nos “belos seios de Friné” - é arbitrária ou irracional? Erigir critérios jurídicos, optando-se pelo segundo caminho, garante que a decisão seja racional e não arbitrária? Sobre estas questões o presente trabalho pretende debruçar-se. A problemática do presente trabalho é, pois: a motivação das decisões judiciais como razão justificadora garante a sua racionalidade e não arbitrariedade?

Adota-se como ponto de partida o entendimento de que as decisões judiciais devem e podem ser justificadas.³ Admitir o contrário, com efeito, é tornar a questão da racionalidade e da arbitrariedade das motivações sem qualquer sentido, como no determinismo metodológico, tendência para a qual as decisões judiciais não precisam ser justificadas, quer porque procedem de uma autoridade legítima, quer porque são

² No ordenamento jurídico brasileiro tal dever vem insculpido no artigo 93 da Constituição da República.

³ A esta posição Manuel Atienza dá o nome de “teoria padrão da argumentação jurídica”. (ATIENZA, 2006, p. 22).

simples aplicação de norma geral, ou no decisionismo metodológico, no qual as decisões judiciais não precisam ser justificadas, eis que são puro ato de vontade.

Fixado este ponto, o trabalho divide-se em três partes. Em um primeiro momento, traça breves reflexões sobre a conotação de motivação das decisões judiciais a partir da dicotomia entre razão explicativa e razão justificadora; aponta-se a razão justificadora como a conotação vencedora de “motivação das decisões judiciais”, isto é, como a posição “tradicional” em relação à derrotada teoria da razão explicativa. Em um segundo momento, trabalha-se com a aporia cética do regresso ao infinito. Fixa-se a tese de que toda proposição justificante é também proposição justificada e, como não é possível regressar ao infinito na busca das justificações, haverá um momento em que a premissa terá sido eleita arbitrariamente. Em um terceiro momento, conclusivo, a aporia do regresso é relacionada com a motivação das decisões judiciais, donde se conclui que há arbitrariedade na motivação das decisões judiciais, independente desta se basear em razões explicativas ou justificadoras.

2 A CONOTAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO RAZÃO JUSTIFICADORA

Motivar é fundamentar escolhas. Segundo Paolo Comoducci é um processo argumentativo no qual se oferecem razões em favor de uma conclusão.⁴ O interesse do presente trabalho não é toda e qualquer motivação, mas somente a judicial. A motivação dada por um pai para determinar que o filho estude, ou de um chefe em relação ao seu funcionário, por exemplo, por não serem jurídicas, são aqui são desconsideradas.

No âmbito das decisões judiciais, a fundamentação de escolhas ora é entendida como as razões que motivam o julgamento, ora como a indicação dos móbeis psicológicos de uma decisão (PERELMAN, 1996, p. 559). Trata-se da dicotomia entre contexto da descoberta e contexto da justificação. Ou entre razão explicativa e razão justificadora abordada, entre outros, por Manuel Atienza (2006, p. 20-23). Para o autor, a razão explicativa ou contexto da descoberta diz respeito aos argumentos “ajurídicos”,

⁴ “Una justificación puede definirse como una procedimiento argumentativo mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión.” (COMANDUCCI, 2007, p. 93).

como, por exemplo, morais, religiosos, econômicos. A razão justificadora ou contexto da justificação, por sua vez, referem-se aos fundamentos jurídicos de uma decisão. Nas palavras de Carlos Santiago Nino:

As razões explicativas se identificam com os motivos. Elas se compõem de estados mentais que são antecedentes causais de certas ações. O caso central de razão explicativa ou de motivo é dado por uma combinação de crenças e desejos [...]. As razões justificadoras ou objetivas não servem para entender por que se realizou uma ação ou eventualmente para prever a execução de uma ação, e sim para avaliá-la, para determinar se ela foi boa ou má segundo diferentes pontos de vista (1985, p. 126).

No caso da cortesã de Friné, exposto na Introdução, poder-se-ia dizer que a razão explicativa da absolvição seria a injustiça de condenar-se uma mulher com belos seios. A razão justificadora, por sua vez, poderia ser no sentido de que não houve provas suficientes de que Friné profanou os Ministérios de Elêusis ou de que a pena de morte não se aplica às profanações.

Os “belos seios de Friné”, no entanto, são rechaçados pela doutrina tradicional como fundamento de um julgado. Uma decisão deve ser redigida como se a nudeza de Friné em momento algum tivesse interferido na persuasão dos juízes, mas tão-somente o Direito. Nesse sentido, pode-se dizer que prepondera entre os teóricos do direito a razão justificadora em detrimento da razão explicativa. Para os defensores desse entendimento, os órgãos jurisdicionais não estão obrigados a demonstrarem os mecanismos psicológicos ou os “estados mentais” que porventura levaram àquela conclusão. Os belos seios de Friné, na justificação, são irrelevantes.⁵ Este é o entendimento de Liebman (1983, p. 79) para quem o que importa “é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicos e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e iluminam reciprocamente”. Para Michele Taruffo (apud STRECK, 2012, p. 49) a decisão não pode ser “o produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle subjetivo”. Esse

⁵ Aqui se coloca o problema da racionalidade da decisão que, absolvendo Friné, meramente justifica de que não restou provada a profanação aos Ministérios. Expandindo o paradigma de Friné para as decisões de magistrados brasileiros, pode-se, por exemplo, indagar: até que ponto o desprovemento de embargos de declaração sob a justificativa de que “não são a via adequada para rediscutir matéria” é racional? Acaso, por outro lado, haveria racionalidade se o julgador explicasse a decisão, dizendo, *v.g.*, que o volume de trabalhos não lhe permitiu analisar o caso a contento, ou que, diante da complexidade do processo, preferiu “jogar a bola para a frente”, ou até mesmo que, embora reconhecesse sinceramente sua omissão, a sua arrogância impediu-lhe de voltar atrás?

entendimento é também compactuado por Chäim Perelman ⁶, Manuel Atienza (2006, p. 20-23), Paolo Comaducci ⁷. No âmbito nacional, por Barbosa Moreira (1988, p. 83-95), Teresa Arruda Alvim.⁸

Para a teoria tradicional, a decisão judicial motivada é acertada se e quando explicita a aplicação de algo que lhe antecede ou lhe é superior (supostamente uma norma, regra ou princípio). É, pois, justificação. Nesse sentido, Neil MacCormick (2008, p. 95-96) afirma que o juiz deve decidir “de acordo com o Direito para desincumbir-se de seu dever”. Nessa tendência, a justificação é uma, senão a única, forma de garantir racionalidade à decisão. Ernane Fidélis dos Santos (apud CARNEIRO, 1996, p. 227) afirma que a motivação da sentença é a garantia de que “a sentença não foi a pura e simples aplicação do arbítrio”. A motivação das decisões judiciais é relacionada, assim, com a ideia de controle, como lembra Teresa Arruda Alvim,⁹ isto é, como autêntico elemento de limitação ao poder do juiz (DINAMARCO, 2010, p. 944) pois a decisão judicial não poderia textualmente se basear nos lindos seios de Friné.

Tamanha é a influência dessa posição epistemológica de que a razão justificadora confere racionalidade à decisão que os seus adeptos lograram transformá-la em artigo de lei (art. 458, II, do Código de Processo Civil) e de forma metonímica. Isto é, embora o referido inciso refira-se à fundamentação como “requisito da sentença”, a razão para a criação de tal disposição e a interpretação a ele dada pelos tribunais incorrem em metonímia ao tratar a “fundamentação”, que é gênero, como “justificação”, que é espécie.

⁶ “Uma simples descrição das operações da mente de um juiz não fornece, necessariamente, uma boa motivação, ou seja, uma legitimação ou uma justificação que persuadiria as partes, as instâncias superiores e à opinião publicada legitimidade da decisão”. (PERELMAN, 1996, p. 560).

⁷ O catedrático professor da Universidade de Gênova, após estabelecer a distinção entre conclusão pautada em enunciado descritivo e em enunciado prescritivo, conclui que a motivação judicial enquadra neste último (enunciado prescritivo) em virtude de a conclusão estar constituída por uma norma. (COMANDUCCI, 2007, p. 93).

⁸ “De fato, acreditamos que a motivação da sentença não exprima o iter que o juiz percorreu até a decisão. Do raciocínio do juiz participam fatores múltiplos, que não entram nos ‘conteúdos’ expressos da motivação concretamente considerada, isto é, a motivação expressada, que não é, em hipótese alguma, uma reportagem dos mecanismos psicológicos do juiz anteriores à decisão. A defasagem entre este dois fenômenos é significativa”. (WAMBIER, 2007, p. 316).

⁹ “A concepção de controlabilidade das sentenças não se restringe ‘ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle endoprocessual que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o Estado administra a Justiça” (WAMBIER, 2007, p. 314).

A exposição da motivação das decisões judicial, contudo, nem sempre foi uma exigência. Segundo Perelma (1996, p. 560), as Ordálias são “o maior exemplo” de decisão arbitrária. Um grande marco a partir do qual se passou a exigir a fundamentação é a Revolução Francesa, cujo artigo 15 da Constituição prescrevia que “os motivos que tiverem determinado a sentença deverão ser expressos”. À época, sob a vigência do referendo legislativo (*refere législatif*), motivar significava demonstrar ao legislador que a decisão não violava a lei, afinal, nos dizeres de Perelman (1996, p. 562) “o juiz, ao aplicar a lei, não tinha de perguntar-se a solução era equitativa ou socialmente admitida, pois apenas o legislador tinha que decidir o que era justo ou injusto”. Na sua aurora, portanto, a fundamentação servia como forma de controlar se o juiz inobservou a decisão geral vinculante do legislativo, cujo acerto não poderia ser posto em causa pelo magistrado (sequer havia uma teorização sobre inconstitucionalidade de leis à época, notadamente a de controle abstrato, que só começa com Hans Kelsen na primeira metade do século XX).

Da passagem do juiz como “*bouche de la loi*” para um detentor de margem de atuação, nos regimes democráticos, para o quê contribuiu, entre outros fatores, a dissociação entre texto e norma, o magistrado passou a prestar contas à sociedade, através da motivação de seu atos. Nesse contexto, a decisão judicial deve ser suficiente para convencer as partes, os jurisdicionados e as instâncias superiores que aquela conclusão é, partindo-se das premissas adotadas, a melhor para o caso. Para Perelman (1996, p. 566), o Juiz não pode agir de modo arbitrário, desarrazoado, entendendo-se por desarrazoado “o que a opinião pública não pode aceitar, o que ela sente como manifestamente inadequado à situação ou contrário à equidade”. O juiz deve persuadir o auditório que sua decisão é conforme às suas exigências. A decisão aparece, dessa forma, como a única que poderia ser tomada, tendo-se em vista as razões que a sustentam (WAMBIER, 2007, p. 320-321).

Portanto, a ideia de controle por meio da fundamentação alterou-se: inicialmente era para aferir se o magistrado, enquanto “boca da lei”, atendeu à legislação; num segundo momento, como forma de legitimação e controle por todos de sua interpretação e da “dialética estimativa” entre “fatos e normas”. Em todo caso, para a tendência justificadora, a ideia de controle encontra-se umbilicalmente ligada à de fundamentação.

Para doutrina tradicional da fundamentação, apesar de pugnar pela tese de que a razão justificadora confere racionalidade à decisão, não há a inocência de negar influência de outros fatores que não os previstos na chamada “ordem jurídica”. Eles apenas são considerados “irrelevantes” ou mesmo “desnecessários”. Tereza Arruda Alvim (2007, p. 316) fala em “defasagem” entre a justificação e os “fatores múltiplos que não entram nos conteúdos expressos da motivação” a fim de sustentar que a motivação não é (e não deve ser) uma “reportagem” dos mecanismos psicológicos do juiz anteriores à decisão”. Capelleti (apud TUCCI, 1987, p. 13), por seu turno, afirma que, efetivamente, em muitas circunstâncias as verdadeiras razões de decidir não vêm expressas na sentença, mas se encontram veladas no espírito do julgador, como a “antipatia por uma das partes” e o “desinteresse” por certa argumentação. Eis o “paradoxo” da razão justificadora ao reconhecer as influências psicológicas na decisão, mas, ao mesmo tempo, ocultá-las. A diferenciação entre imparcialidade e neutralidade do julgador, nesse contexto, ganha relevância, na medida em que os fatores externos maculam a neutralidade, mas não a imparcialidade, esta pressuposto processual de desenvolvimento do processo. O juiz, diz-se, é imparcial (coloca as partes em posições equidistantes), mas não neutro (é impossível abstrair das paixões, crenças, etc). Nesse paradoxo entre “reconhecimento e ocultação”, muitas vezes, as reais razões da decisão, qual os seios de Friné, são encobertas por um manto legal. Por isso Pierre Bourdieu (2003, *passim*), atacando o eufemismo, diz que não há paradoxo, mas hipocrisia, de maneira que os juristas são os guardiões da hipocrisia coletiva ao trabalharem com a ideia de objetividade, relegando a um segundo plano a subjetividade.

Apesar da incoerência de tal paradoxo ou hipocrisia, a doutrina da justificação é a vencedora na literatura jurídica. Contra ela está a posição que ataca a possibilidade de conferir racionalidade à decisão através de uma hipocrisia ou ocultação estratégica. Esta a posição do Realismo Jurídico: deve-se desvelar, sob peja de hipocrisia, a realidade efetiva no qual o direito se apoia, e não as supostas normas mencionadas na sentença, as quais têm a função de disfarçar a sua decisão (DINIZ, 2008, p. 76). Para Jerome Frank (apud DINIZ, 2008, p. 81), um dos expoentes do realismo jurídico norte-americano, a decisão judicial está influenciada pela dieta do juiz, suas preferências, seus preconceitos, e seu estado de ânimo. As “normas jurídicas gerais” são importantes, afirma,

mas apenas como ingredientes que intervêm na elaboração do direito positivo, em que o fator central é a personalidade do magistrado, que sofre influencia de vários fatores, como a educação geral e jurídica, vínculos familiares ou pessoais, posição econômica e social, experiência política e jurídica, filiação religiosa, temperamento, etc (DINIZ, 2008, p. 81)

Para Karl N. Llewellyn (apud DINIZ, 2008, p. 81) a investigação realista deverá revelar a verdadeira norma na qual o juiz baseou sua sentença, independente da explicitamente constante na decisão e, ainda, desvelar os verdadeiros fatores que a influenciaram. Nesse sentido, a intenção do realismo não é transformar o direito em mera psicanálise, pelo contrário: a exposição das razões explicativas da decisão judicial é importante para afastar a hipocrisia que paira sob os operadores do direito, afinal, como assinala Paulo Queiroz (2013) “(...) ordinariamente, por mais que tenhamos motivos, legais ou não, para condenar, condenamos por queremos condenar e porque julgamos importante fazê-lo”. Portanto, a teoria realista diz que a tradicional é hipócrita na medida em que camufla as efetivas razões pelas quais se decidiu, isto é, denuncia uma ilusão de objetividade. Até que ponto, porém, pode-se falar em racionalidade tanto de uma justificação quanto de uma explicação? A sinceridade (HABERMAS, 1989, 2004) dos operadores do direito transformaria a decisão em racional? Para este trabalho, o colocar a racionalidade como sinônimo de explicar a decisão ignora o papel da epistemologia como parâmetro de análise da (possibilidade de) correção das premissas da decisão, pois iguala racionalidade à sinceridade. É deveras difícil imaginar que a sinceridade de Hitler no explicar as suas decisões antissemitas torná-las-iam corretas.

Para responder às indagações do parágrafo anterior a respeito da racionalidade pretendida pela justificação ou pela explicação, faz-se mister analisar a correção das premissas da decisão (uma justificação ou explicação). Afinal, somente se aceitas as premissas, a conclusão impõe-se. Formalmente, o silogismo é composto de premissa maior, premissa menor e conclusão (MARQUES, 1979, p. 27). No silogismo jurídico tradicional, a premissa maior é o Direito Positivo (v.g., se profanar os Ministérios de Elêusis deve ser pena de morte), a menor, os fatos (Friné não profanou); e a conclusão, a decisão (não se deve aplicar a pena de morte). No silogismo realista, a premissa maior é a efetiva razão da decisão (por exemplo, devo absolver uma mulher desesperada com belos seios), a premissa maior é a denotação (Friné tem belos seios), e a conclusão, a decisão (absolvo Friné). Muitas são as vozes¹⁰ acerca de ser o silogismo insuficiente

¹⁰ Por todos ATIENZA, 2006; PERELMAN, 1996; ALEXY, 2001.

para apreender a complexidade do Direito e de que a argumentação jurídica não possuir caráter dedutivo, afinal, a passagem das premissas à conclusão não é necessária, mas altamente provável (ATIENZA, 2006, p. 33). Contudo, tal como defende MacCormick (2008, p. 57) não se pode negar que o silogismo é a moldura da argumentação. Admitir o silogismo como estrutura é diferente de assumir qualquer postura quanto à natureza das premissas ou mecanicidade na aplicação judicial, conforme diz Eduardo García Máynez:

Es necesario percatarse de que el *problema lógico* relativo a la *forma o estructura* de los razonamientos que posibilitan la aplicación de normas abstratas a casos concretos de la experiencia jurídica es completamente diverso del que consiste en la formulación de las premisas de esos razonamientos. Casi todos los ataques contra la doctrina del “silogismo jurídico” provienen de autores que han pasado por alto tal distinción. El *análisis estructural* de las inferencias que realizan los órganos aplicadores de las normas del derecho, lo mismo que los particulares que estudian cualquier negocio a la luz de tales normas, *de ningún modo implica que los autores de dicho análisis consideren que la aplicación de los preceptos jurídicos sea – o deba ser – tarea “puramente mecánica”*. Analizar la estructura de un razonamiento es cuestión *lógica*; establecer correctamente las premisas en que descansan las inferencias de un juez o un abogado es, en cambio, cuestión primordialmente *jurídica*. (2009, p. 287)

Daí advém a problemática objeto do próximo item: como aferir a racionalidade da premissa maior da justificação ou da explicação da decisão? Uma postura realista é mais racional que uma tradicional?

3 DO PROBLEMA DO REGRESSO AO INFINITO À ARBITRARIEDADE DA PREMISSE-PRIMEIRA

A motivação das decisões judiciais é um ato de escolha. Segundo a postura tradicional, o magistrado escolhe a norma a ser aplicada no caso concreto, valora os fatos e, assim, chega a uma conclusão. Este item busca estudar se há limites racionais aplicáveis às escolhas ou se, pelo contrário, as decisões dos homens são objetivamente incontrolláveis. Não se analisa, aqui, especificamente a “escolha jurídica”, a qual será objeto do item 4, mas escolhas de um modo geral. Como toda escolha pressupõe um critério, o qual, por sua vez, demanda uma justificativa, entende-se que o problema sobre a racionalidade da escolha das fundamentações das decisões assemelha-se à aporia cética do regresso ao infinito. Ou seja, toda eleição é precedida de um ato de valoração, cuja justificativa necessita, ela mesma, de ser justificada.

Pontes de Miranda (1972, p. 262-263) já dizia que “conhecer e dizer a verdade não é dizer que conhece, que está conhecendo. Dizer que conhece é enunciado sobre outro ou outros enunciados. [...] Quem diz que conhece tem de apontar, dentro de si, os fundamentos para afirmá-lo”. Na linha do autor alagoano, pode-se dizer que o conhecimento nasce da observância de uma norma técnica: se quer x , deve-se y . Se se pretende, ao produzir uma proposição, sair do plano que Burdzinsk (2007, p. 122-123) chama de mera “informação” para o do conhecimento, deve-se justificar. E justifica-se com outra proposição, metalinguística ante a proposição justificada. Nisso reside uma relação, na qual se relata a coerência entre uma proposição e outra, que a justifica, respectivamente. De grau em grau, ergue-se o terreno epistêmico, mas daí surge uma aporia: todo justificante é, no plexo de relações, proposição-justificada? Há uma proposição base? Ou à cadeia justificadora não se predica um fim?

Trata-se do debate do regresso ao infinito diante da qual existem duas posturas filosóficas¹¹: uma ontóloga, aqui ilustrada pelas tendências fundacionistas, coerentistas e consensualistas, outra, retórica, de raízes céticas. A relevância do debate reside na possibilidade ou não de conhecer-se racional ou objetivamente algo: ou há, quando se resolve a aporia, ou não há, quando se sustenta que toda construção (e não descobertas, pois não as há) humana é arbitrária.

Em linhas gerais, pois não é esse o objeto do presente trabalho, o fundacionismo, o coerentismo e o consensualismo vislumbram uma solução para a aporia do regresso ao infinito: ele não seria infinito, erigindo-se, daí, a possibilidade de verdades.

Os fundacionistas têm duas variantes principais: internalismo e externalismo.

No internalismo, é a justificativa que impede que uma crença verdadeira seja só adivinhação. De uma proposição que justifica a outra faz-se a razão da crença nesta. Sieczkowski (2008, p. 233) fala que o internalismo não produz respostas adequadas, porque instruções doxásticas (relação entre proposição justificante e justificada) não são explicadas com crença base. O ponto fraco é não explicar qual a razão da crença básica ser básica; em outras palavras, não explicar o que justifica a crença básica. O alicerce, que dá sustentação à cadeia justificadora, acessa-o uma ontologia fundacionista, cristalizando-o (BURDZINSK, 2007, p. 109).

¹¹ Aderindo-se, aqui, à tese de João Maurício Adeodato, de que filosofia não é a busca ou o amor pela verdade (ADEODATO, 2009, p. 16).

O externalismo afasta a justificação do conhecimento. Tem, no dizer de Sieczkowski (2008, p. 239), como pergunta central: “qual é o método que poderia colocar uma pessoa na posição de ter conhecimento?”, daí a fé no método e seu viés anti-subjetivista. Nem leva, pois, em consideração a aporia do regresso epistêmico; cria, por outro lado, outra: o que torna um método superior aos demais? Toma a verdade como correspondência, pelo que a justificativa está na própria informação, perdendo o seu papel comum na derivação de proposições. Burdzinsk (2007, p. 120) ensina que a justificação, no externalismo, está única e tão-somente na configuração atual do estado de coisas: nem em outra crença justificadora, nem em crença básica. Esta a tese da verdade por correspondência, pela qual uma proposição é verdade se corresponder ao estado de coisas. Pressupõe, pois, um mundo extralingüístico apto a corresponder à linguagem, mas enfrenta dificuldades de explicar a verdade de uma proposição negativa (v.g., João não matou José), porquanto estados de coisas negativos inexistem.

Outra forma de lidar com o regresso ao infinito é o coerentismo. Como proposta circular, nega crenças básicas ou fundacionais: verdade ou conhecimento está na coerência com um sistema de crenças, sem fim. O estado de coisas aqui não importa mais. Porque o sensível não é coerente ou incoerente. São-no construções linguísticas (GHIGLIANI; GUARINONI; GUIBOURG, 2000, p. 89). Logo, dependente só da criatividade do homem. A isso Sieczkowski (2008, p. 236) impõe críticas: tudo seria conhecimento/justificável, contanto que coerente; além do que não se sabe o que é ser coerente como já dito, fora do domínio da lógica ou do tautológico, é de difícil percepção o que é coerente.

Dentro do coerentismo, Andrei Marmor (2000, p. 298-300), por exemplo, fala em tolerância epistêmica no sentido de que, uma vez eleito um esquema epistemológico, isto é, escolhidas as proposições justificantes, a aplicação dessa cadeira proposicional comporta respostas distintas, igualmente aceitáveis sob o mesmo referencial. Ele se afasta, assim, do fundacionismo, ao mesmo tempo em que admite múltiplas mas limitadas verdades, na medida em que restringe-as ao esquema arbitrariamente eleito e às controvérsias no interior deste esquema.

O fundacionismo e o coerentismo não resolvem a aporia do regresso; esquivam-se, ora tornando uma proposição indiscutível (no caso do internalismo); ora tomando-a como ponto de partida para uma verdade que dela dependa. Daí segue que

sempre se incorre em petição de princípio, pois a justificativa, em última análise, é arbitrária (SIECZKOWSKI, 2008, p. 241). Essa forma de argumentação, na qual a premissa justificante é menos plausível, porquanto carece de justificativa, do que a própria conclusão, justificada pela premissa, Aristóteles (2007, p. 481 e 488) chamou-a de incorreta.

Uma terceira resposta à aporia do regresso está no consensualismo, tendência para a qual do “consenso”, inclusive ideal (HABERMAS, 2004, p. 45-47), decorriam verdades, inclusive quanto à proposição justificante básica. É o exemplo do auditório universal de Perelman (1996, *passim*). A problemática que se lhe propõe é: por que o consenso é criador de verdades?

O consenso parcial acerca de algo não é prova de sua verdade, antes mais um argumento para persuadir os que do consenso não compartilham. Kelsen (2001, p. 08) ensina que “a unanimidade sobre um juízo de valor existente entre muitos indivíduos não é absolutamente prova de que esse juízo seja correto, isto é, objetivamente válido”. Parafraseando-o, pode-se dizer que, do fato de haver unanimidade entre muitos indivíduos quanto à verdade de uma descrição ou crença, não segue que a opinião seja correta. Que a terra era o centro do universo, por muito tempo se afirmou; depois, que o sol era-o. Os consensos não mudaram o centro do universo. São descrições arbitrárias, como quaisquer outras, não menos verdadeira que as que lhes são contrárias, por causa do consenso. A regra habitual do homem, diz Montaigne (2001, 2002b), é julgar a verdade pelo número de vozes, não pelo peso, o que é lamentável quando se constata que, na multidão, há maior quantidade de loucos do que de sábios.

Ao contrário das tendências ontológicas, a retórica, analiticamente cética, leva em consideração a aporia do regresso: se conhecimento é justificação, necessariamente, em algum ponto da cadeia de justificação, chegar-se-á a pressupor determinada explicação como verdadeira e indiscutível, quer pautando-se em correspondência, coerência, quer no consenso (BURDZINSKI, 2007, p. 111); ou, por outro lado, como discutível, arbitrária, questionável. Filosoficamente, a retórica escolhe a segunda proposta. É dizer: ante o inevitável regresso ao infinito (LESSA, 1997, p. 59-60), todo o conhecimento é um não-conhecimento, uma mera opinião, arbitrária.

Passa-se, agora, a expor esta tese de que, em razão de outros motivos, um dos quais é o inevitável regresso ao infinito, toda proposição é arbitrária.

Muitas vezes, o que se tem por conhecido é mais questão de hábito. Tudo, porém, é suscetível de ser debatido, sob pena do homem, incluindo aí o magistrado, ser mero instrumento de reprodução daquilo que contempla como normal (BOURDIEU, 1989, p. 37). Mas o orgulho do homem, muitas vezes, dificulta a problematização. Para castigar esse orgulho, do homem que quer alcançar os céus, Deus, na Bíblia, produz a desordem da Torre de Babel (MONTAIGNE, 2002a, 268).

Por não conceber o homem como um ser perfeito, mas inevitavelmente limitado (MONTAIGNE, 2002b, p. 345 e 358), o ceticismo combate os ontólogos (fundacionistas, coerentistas e consensualistas), tendo por objetivo o estabelecimento da dúvida diante da falta de conhecimento quanto às essências de objetos. Daí a afasia dos céticos, o silêncio prudente (ADEODATO, 2009b, p. 382 e 391). Esse silêncio se manifesta na suspensão do juízo, ilustrada pelas seguintes expressões céticas: “não estabeleço coisa alguma; não é assim mais do que assim, ou do que nem um nem outro; não compreendo isso; as aparências são iguais para tudo; a possibilidade de falar contra e a favor é a mesma. Nada parece verdadeiro que não possa parecer falso” (MONTAIGNE, 2002b, p. 258). Tais expressões refletem um antídoto cético contra as certezas dogmáticas.

João Maurício Adeodato (2009b, p. 391) leciona que o fito da investigação cética, na linha pirrônica, é induzir a suspensão do juízo, dada a “igual força” das posições conflitantes quando elas são colocadas de forma convincente. Para Montaigne (2002b, p. 255), das três funções da alma: imaginativa, apetitiva e assentidora, os pirrônicos suspendem a última, admitindo as duas primeiras, de forma que o ofício deles não é certeza de nada, antes duvidar e inquirir, razão pela qual não temem contestações, antes buscam-nas com a aludida suspensão.

O ceticismo pirrônico, nesse sentido, exorta a dúvida diante de tudo. Logo, diante da teoria do conhecimento. Isso não quer dizer que se a dispensa, mas que ela, como todo o resto, é arbitrária.

Sendo todas as proposições arbitrárias, as descrições nada mais são do que representações de segunda ordem, porquanto nunca se sabe como é primariamente uma coisa, nem como se pode chegar até ela. O homem não se pode ter segurança de nada, falível que é. O homem e o mundo no qual vive são produto de sua própria epistemologia: da cadeia de proposições contra cuja arbitrariedade do ponto de partida

não podem lutar. O produto do arbitrário é, assim, arbitrário, assim como do mal não provém bem, e do caos não se faz o cosmos.

Retornado ao exemplo de Friné, pode-se assim analisar o relato das tendências ontológicas na resposta da aporia do regresso.

Quanto à razão explicativa, a premissa maior da absolvição de Friné no sentido que “devo absolver uma bela mulher” pode funcionar como conclusão em outro silogismo, cuja premissa poderia ser “devo favorecer aquela pessoa com quem pretendo ter relações sexuais” e cuja premissa menor seria “devo favorecer uma bela mulher”. E assim sucessivamente: o “devo favorecer aquela pessoa com quem pretendo ter relações sexuais” seria conclusão de uma premissa maior de que “devo arranjar meios para satisfazer meus desejos”.

Por outro lado, no que concerne à justificação da teoria tradicional, a premissa maior de que “se se profanar os Ministérios de Elêusis deve ser pena de morte” pode se fundar em outra premissa maior, à Kelsen, no sentido de que “devo seguir uma autoridade competente” e na premissa menor: “uma autoridade determinou que o ato de profanar os Ministérios de Elêusis é punível por pena de morte”, até alcançar a “norma fundamental”.

A explicação da decisão de que “devo absolver uma bela mulher” e a justificação no sentido de que “se se profanar os Ministérios de Elêusis deve ser pena de morte” são racionais: para o fundacionismo se, e somente se, for de acordo com a premissa básica (não se sabe qual, de modo que não há como eleger entre as fundamentações); para o coerentismo, caso a relação entre silogismos não esteja composta de erismas ou sofismas (silogismos logicamente equivocados); e, para o consensualismo, na hipótese de haver consenso sobre algumas dessas premissas. Para a retórica, por outro lado, ambas as fundamentações, independentemente de serem ou não sinceras, são arbitrárias, ou seja, irracionais.

Como se vê, os princípios primeiros ou proposições justificantes nos quais se funda uma decisão não são óbvios ou indiscutíveis, e as três formas de ontologismo não conseguem, em última análise, estabelecer uma diferença de correção entre justificação e explicação. Assim, é possível estabelecer a tese de que o ontologismo não consegue, na análise dos silogismos, oferecer critério algum de racionalidade de uma espécie de fundamentação, seja explicativa, seja justificadora, em detrimento da outra. De outro

lado, a retórica sequer se propõe a oferecer condições de racionalidade a uma teoria da fundamentação, pois nega ou suspende, de antemão, qualquer possibilidade de se alcançar a verdade.

4 CONCLUSÃO: A ARBITRARIEDADE DA PREMISSE-PRIMEIRA IMPLICA NA ARBITRARIEDADE DE TODA CADEIA DE FUNDAMENTAÇÃO, INDEPENDENTE DE SER UMA JUSTIFICAÇÃO OU EXPLICAÇÃO

A motivação das decisões judiciais desenvolve-se na forma de um silogismo¹², conforme se afirmou no item 2. Como tal, a conclusão possui fundamento numa premissa (menor), que, por sua vez, esta contida em outra (premissa maior), a qual, por seu turno, deve ser justificada por outra premissa, em um silogismo no qual será a conclusão. A fundamentação da conclusão e da premissa menor são o que se chama de justificação interna, ou seja, como o enunciado jurídico estaria conectado aos fatos e à conclusão. A fundamentação da premissa maior é objeto da justificação externa, para o quê o recurso a outro silogismo é necessário.¹³ A justificação interna, diz Robert Alexy (2001, p. 218), “diz respeito à questão de se uma opinião segue logicamente das premissas aduzidas para justificá-la. A correção dessas premissas é assunto da justificação externa”. A busca da fundamentação das proposições de uma decisão judicial conduz à aporia do regresso exposta no item 3. Segundo Alexy (2001, p. 180), “a tentativa de levar afirmações normativas justificativas desta maneira contínua, [sic] leva então a um infinito regresso ou a uma decisão que pode ser melhor explicada psicológica ou sociologicamente, mas que não é acessível à justificação”.. Se uma decisão apresenta, por exemplo, a razão (G) “A mentiu” em apoio a uma afirmação normativa (N) de que “A comportou-se mal”, isso pressupõe uma outra regra (R) de que “mentir é mal”, a partir da qual G e N seguem logicamente. “R”, por sua vez, pressupõe

¹² Segundo MacCormick o silogismo fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos. (2008, p. 57).

¹³ Este trabalho preocupa-se com a correção da fundamentação da premissa maior da justificação interna, e não da premissa menor. Nada impede, porém, uma pesquisa sobre como o juiz explica e justifica a premissa menor da sua justificação interna (no caso da justificação da decisão de Friné, qual é a premissa maior que justifica que Friné não profanou os Ministérios? No que tange à explicação da decisão, qual é a premissa maior que fundamenta a premissa de que “Friné tem belos seios”?)

uma outra regra (R'), e assim por diante (2001, p. 180) até que se chegue a um momento em que a proposição não se sujeita à justificação.

A arbitrariedade proposição-primeira “contamina” todo o processo justificativo. Tanto as premissas quanto a conclusão são arbitrárias, por mais fundacionais, coerentes e consensuais que pareçam ser. Do fato de as razões que fundamentam a decisão guardarem correspondência com os fatos ou serem coerentes, com propõe Liebman (1983, p. 79), ou ainda serem aceitas pelo auditório universal (PERELMAN, 1996, p. 260), não segue racionalidade alguma. Uma teoria ontológica (fundacionista, coerentista e consensualista), segundo a qual há racionalidade na motivação das decisões judiciais, nesse sentido, revela-se, sob o prisma retórico, ingênua, além de ser incapaz de conferir, no que tange às cadeias de silogismo, maior grau de objetividade a uma fundamentação em detrimento da outra. A diferença entre justificar e explicar, nesse sentido, se torna uma diferença entre um emissor que age sinceramente e outro que assim não o faz. Parafraseando Pierre Bourdieu, há um fundamento infundado em ambas, pelo menos epistemologicamente.

Sob o prisma aqui adotado a diferenciação entre razões explicativas e as razões justificadoras das decisões judiciais revela-se estéril, isto porque uma decisão judicial pautada em “fundamentos fáticos e jurídicos” é tão arbitrária quanto aquela baseada nos “móveis psicológicos do juiz”. A absolvição de Friné pautada na sua beleza não é mais ou menos despótica ao julgamento cuja conclusão ampara-se numa excludente de ilicitude, por exemplo. O que separa as duas “razões” é a persuasão de cada um dos relatos (ADEODATO, 2009a, p. 15).

Nos termos fixados, razão justificadora é apenas o relato vencedor sobre como fundamentar as decisões judiciais. A razão justificadora (ou explicativa) de uma decisão judicial como mecanismo para garantir a racionalidade e a ausência de arbitrariedade é, destarte, uma grande ilusão. Com Pierre Bourdieu (2003, p. 03), “solo hacen creer porque ellos mismos creen”.

5- REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

_____. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo Landy: Editora, 2006.

BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. In: ADEODATO, João Maurício;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 83-95, 1988.

BOURDIEU, Pierre. **Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva**. Jueces para la democracia, n. 47, 2003.

BRASIL, Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 24/07/2013.

BURDZINSK, Júlio César. **Os problemas do fundacionismo**. Kriterion. Belo Horizonte, UFMG, nº 109, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p.220-225, 1996.

COMANDUCCI, Paolo. **Constitución y teoria del derecho**. Mexico: Distribuciones Fontamara, 2007.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 6.ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19.ed.rev e atual. Saraiva, 2008.

EMPÍRICO, Sexto. **Contra os retóricos**. Editora Unesp: São Paulo, 2013.

GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.; GUIBOURG, Ricardo A. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

HABERMAS, Jorgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. Jorgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LESSA, Renato. **Veneno pirrônico**: ensaios sobre o ceticismo. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade. In: _____. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, p.267-302, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1979.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Filosofía del derecho**. 17. ed. México: Porrúa, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, t. ii, 1972.

MONTAIGNE, Michel de. **Os ensaios**: livro i. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. **Os ensaios**: livro ii. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002b.

_____. **Os ensaios**: livro iii. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NEIL, MacCormick, Neil. **Retórica e Estado de direito**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **A validade do direito**. Buenos Aires: Astrea, 1985.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1996.

QUEIROZ, Paulo. O que é direito? Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito>>. Acesso em 30.07.2013.

SIECZKOWSKI, João Batista C. **Conhecimento e justificação**: a origem de debate entre internalismo vs. externalismo. Revista Filosofia Unisinos. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 9, n. 3, Set./Dez., 2008.

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

TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.