

BREVES NOTAS ACERCA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.

SUMMARY NOTES ABOUT THE PRINCIPLE OF SUBSTANTIVE DUA PROCESS OF
LAW READ FROM THE LIGHT OF THEORY OF LEGAL ARGUMENT.

Julio Cesar Medeiros Ribeiro¹

RESUMO

Na experiência jurídica atual, investigar os limites na aplicação da norma jurídica às situações concretas se apresenta como tema de iniludível relevância. Nesse cenário, o princípio do devido processo legal substancial tem reclamado análise mais percuciente por parte da comunidade científica, com o objetivo de buscar, o quanto possível, debelar a incerteza na utilização dessa norma, buscando-se, concomitantemente, definir seus lindes conceituais e campo de aplicação. Longe de pretender esgotar o tema, o presente estudo objetiva promover um novo enfoque relacionado ao estudo do princípio do devido processo legal substancial, a partir da teoria da argumentação jurídica. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, traçando as balizas genéricas do devido processo legal substancial e da teoria da argumentação jurídica para chegar à hipótese específica. Inicialmente, delinea as principais características da ciência do Direito segundo o paradigma positivista, para demonstrar a impossibilidade de aplicação do princípio em tela a este modelo científico. Em seguida, apresenta o pós-positivismo como o novo paradigma da ciência jurídica, promovendo a abordagem específica da argumentação jurídica como um dos principais instrumentos na aplicação e no desenvolvimento do Direito. Ato contínuo, aponta a perfeita compatibilidade do novo paradigma em relação ao Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, revela o princípio do devido processo legal substancia como cláusula geral de argumentação jurídica nos moldes propostos no presente trabalho. Por fim, o presente estudo se lança em investigar quais os limites da aplicação da precitada norma.

Palavras-chave: Devido processo legal substancial – Fundamentação – Positivismo – Argumentação Jurídica – Segurança Jurídica – Estado Democrático de Direito.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado. jjulioribeiro@hotmail.com.

ABSTRACT

In the current juridical experience, investigate the limits in applying the rule of law to concrete situations presents itself as unavoidable topic of relevance. In this scenario, the principle of substantive due process have claimed more insightful analysis by the scientific community, in order to get as much as possible, to overcome the uncertainty in the use of this standard, seeking to concurrently define their conceptual and contiguous field of application. Far from pretending to exhaust the theme, this study aims to promote a new approach related to the study of the principle of substantially due process from the theory of legal argumentation. Therefore, shall be used the deductive method, tracing the general balises of substantive due process and of theory of legal reasoning to reach the specific hypothesis. Initially, outlines the main features of the science of law according to the positivist paradigm to demonstrate the impossibility of applying the principle in this scientific model. Then presents the post-positivism as a new paradigm of juridical science, promoting specific approach to legal argumentation as a major instrument in the implementation and development of the law. Immediately thereafter, shows the perfect compatibility of the new paradigm in relation to the Democratic State of Law. In this context, reveals the principle of substantive due process as a general clause on legal argumentation as proposed in this work. Finally, the present study throws himself to investigate which the application limits of the purported norm. As a result, it was concluded that the rationality of decisions through persuasive reasoning sets the main limit of the legal argument and, therefore, the principle of substantive due process.

Keywords: Substantive due process of Law - Justification - Positivism - Legal Argumentation - Security Legal - Democratic State of Law.

1 INTRODUÇÃO

Nossa motivação em escrever o presente artigo surgiu em um seminário que apresentamos durante uma das aulas do professor Marcelo Abelha Rodrigues, no curso de mestrado da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

Após termos dissertado acerca do tema *substantive due processo of Law*, eclodiu interessantíssimo debate entre os mestrandos, que dividiu a classe em dois grupos. De um

lado, havia aqueles que vislumbram a possibilidade de o aplicador afastar determinada regra de direito processual no caso concreto em prol de um princípio que, naquela hipótese, efetivamente promova a justiça. Por seu turno, a outra parcela da turma reputou temerária a concessão de tal poder aos juristas.

Inspirados por nítida influência positivista, essa última corrente de profissionais do direito entende que não é dado ao intérprete afastar a incidência de norma válida, editada pelo Poder Legislativo, tão somente com amparo em fundamentos ligados ao princípio de justiça no caso concreto. Para eles, tal prática viola o princípio republicano da tripartição das funções estatais, na medida em que o juízo valorativo de justiça já estaria contido na norma legislada, não cabendo ao intérprete perquirir a justiça (leia-se, conteúdo moral) do enunciado normativo.

Diante desse panorama, nos lançamos em investigar se é possível ao jurista, ao aplicar o direito, afastar uma regra válida e vigente para implementar um princípio de justiça no caso concreto. No cumprimento desse objetivo, identificamos as principais vertentes teóricas contrárias a essa prática e buscamos demonstrar como não se sustentam diante do atual estágio de desenvolvimento do pensamento jurídico.

Por fim, trabalhamos a implementação do princípio do devido processo legal a partir da teoria da argumentação jurídica em Chaïm Perelman, principalmente com o objetivo de aferir seus possíveis limites. O presente trabalho é o resultado da aludida investigação.

2 O PARADIGMA POSITIVISTA COMO MODELO DA CIÊNCIA JURÍDICA.

Como dissemos acima, existe forte resistência de parcela da doutrina quanto à aplicação da técnica de afastamento de uma determinada regra jurídica em prol de um princípio, mesmo que com vistas a implementar a justiça no caso concreto. A principal causa da resistência está fundamentada na forte inspiração positivista que recebemos em nossas formações como profissionais do direito.

Vejam, então, em que medida o positivismo jurídico refuta categoricamente a técnica de aplicação do princípio do devido processo legal substancial. Para tanto, iremos nos valer do pensamento de Hans Kelsen.

O positivismo clássico vislumbra o direito como um conjunto de normas dotadas de poder coercitivo, que consubstanciam verdadeiros recortes dos fatos sociais. Tais normas são editadas conforme outra norma de nível hierárquico superior, sendo estas últimas o seu fundamento de validade. Eis, em linhas gerais, o tronco do pensamento de Hans Kelsen (1998,

p. 260):

[...] uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem que ser pressuposta.

Diferente do que se tem apregoadado a respeito do pensamento kelseniano, o Jurista Austríaco nunca vislumbrou a impossibilidade de o aplicador do direito criar o direito. Pelo contrário, Hans Kelsen identifica na aplicação do direito a sua simultânea criação (1998, p. 261):

Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. [...] A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma.

Todavia, de acordo com essa teoria, a aplicação e a criação do direito individual e concreto devem observar os contornos da norma geral imediatamente superior. Isso porque, nos lindes do pensamento de Kelsen, toda norma existente no sistema foi editada em observância aos critérios formais e materiais da norma superior. Se não o foi, não pertence ao ordenamento jurídico.

Logo, não seria dado ao intérprete afastar a incidência de uma regra válida sob a justificativa de aplicar um princípio constitucional. Mesmo porque, uma vez que os atos judiciais são também normas jurídicas concretas, deveriam encontrar seu fundamento de validade na norma superior. Nesse sentido, ao tratar da *decisão judicial "ilegal"*, afirma (1998, p.295-296):

Como a ordem jurídica apresenta uma construção escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras, e como uma norma só pertence a uma determinada ordem jurídica por que e na medida em que se harmoniza com a norma superior que define a sua criação, surge o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, isto é, a questão: *quid juris*, se uma norma não está em harmonia com a norma que determina sua produção, especialmente se não corresponde à norma que preestabelece o seu conteúdo?

A indagação proposta por Hans Kelsen no excerto acima colacionado ilustra a hipótese mencionada no parágrafo anterior. Diante dessa questão, responde o jurista austríaco (1998, p. 296):

Se, porém, existisse tal coisa como um direito antijurídico, desapareceria a unidade do sistema de normas que se exprime no conceito de ordem jurídica (ordem do Direito). Mas uma 'norma contrária às normas' é uma contradição nos termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside a sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria

nula, o que quer dizer que nem sequer seja uma norma jurídica.

Como se nota, segundo o pensamento de Hans Kelsen, importa que a norma aplicada seja elaborada de conformidade com a uma norma superior. A única hipótese em que o aplicador da norma individual e concreta poderia prescindir de aplicar a norma geral que lhe é imediatamente superior, seria mediante a declaração de que essa norma não é válida, vale dizer, que nunca teria efetivamente integrado o ordenamento jurídico (1998, p. 300-306).

Consoante o pensamento jurídico positivista, na estrutura escalonada do ordenamento jurídico não seria possível ao aplicador afastar a incidência na norma jurídica fundamentado em um conteúdo valorativo de justiça. De fato, o jurista deveria encarar a norma com a distância e a imparcialidade próprias das ciências naturais. Vale dizer, não lhe seria conferida a possibilidade de implementar juízos valorativos no momento de aplicar o direito (1998, p. 67-76).

Nesse sentido, caberia ao intérprete revelar o sentido contido na norma, passando-se de imediato à sua aplicação por intermédio do exercício lógico dedutivo da subsunção normativa. Caso a norma apresentasse mais de um sentido revelado, a decisão consistiria em puro ato de vontade, isto é, o jurista teria discricionariedade de escolher entre um dos sentidos propostos. Em outras palavras, competiria ao aplicador escolher uma dentre as decisões inseridas na *moldura normativa* (1998, p. 390).

Salta aos olhos, portanto, que tal linha de pensamento jurídico esvazia por completo qualquer possibilidade de o intérprete efetuar juízos de ponderação para limitar a incidência de normas no caso concreto. Com efeito, o intérprete estará engessado nas normas gerais e abstratas de cunho infraconstitucional, ainda que, na prática, a aplicação de tais normas se revele desarrazoada e em verdadeiro descompasso com a Constituição do país.

Por certo, para operar tal pensamento, Kelsen teve que partir das premissas de que o ordenamento jurídico não possui lacunas ou contradições, de que as normas dão conta de todo caso concreto apresentado à apreciação do Poder Judiciário, e de que não existem dúvidas na aplicação do direito.

Todavia, como veremos nos capítulos subseqüentes, o pensamento positivista, de iniludível caráter liberal não se apresenta suficiente para a resolução da complexa gama de demandas deduzidas em juízo.

Adiantaremos que, em nosso sentir, a teoria positivista do direito está cedendo em detrimento de um novo paradigma de construção do pensamento jurídico, mais focado nas atividades efetivamente desenvolvidas pelos juristas, com vistas a subsidiar-lhes com instrumental teórico apto ao aprimoramento de sua atuação. Trata-se da teoria do direito à luz

da argumentação jurídica.

Nesse compasso, cumpre-nos expor algumas das principais críticas ao modelo positivista, bem como esboçar a teoria do direito a partir da argumentação jurídica.

2.1 CRÍTICAS AO MODELO POSITIVISTA DE DIREITO: QUE FASE VIVENCIAMOS NA ATUAL EXPERIÊNCIA JURÍDICA?

Inicialmente, urge destacar que o modelo positivista surgiu dentro do panorama de tentativa de conferir cientificidade ao Direito. Era necessário dotar o pensamento jurídico de objetividade, destituindo-lhe, para esse fim, das análises valorativas.

Nesse sentido, Hans Kelsen explicitamente objetivou aproximar o Direito das ciências naturais, revestindo-o de objetividade e exatidão (NINO, 1999, p. 21). A esse respeito, afirma Carlos Santiago Nino (1999, p. 19)²:

las distinciones conceptuales, principios metodológicos y postulaciones epistemológicas, que se proponen en el contexto de tal teoría, están destinados a equipar teóricamente y esclarecer a los juristas para encarar la tarea de dar cuenta de un sistema jurídico dado según los cánones científicos que Kelsen considera excluyentemente válidos³.

Todavía, os modelos da teoria geral do direito inspirados nas ciências naturais, máxime o positivismo jurídico, em que pese sua iniludível contribuição para o Direito, têm sofrido severas críticas no desenvolvimento do pensamento jurídico. Vejamos aquelas que se nos afiguraram mais contundentes.

A primeira crítica digna de nota pode ser identificada em Carlos Santiago Nino. Para Nino, esses modelos que buscam amoldar o direito às ciências naturais acabaram se inclinando mais em conferir cientificidade ao Direito, do que a investigar e solucionar os problemas relacionados às atividades efetivamente desenvolvidas pelos teóricos e profissionais do direito. Nesse sentido, dispõe o autor (NINO, 1999, p. 11):

[...] En lugar de ofrecer una reconstrucción racional de la metodología apropiada a una empresa intelectual que satisfaga las funciones y objetivos de la actividad teórica de los juristas, parten de ciertos presupuestos acerca de las exigencias que una actividad científica debe satisfacer e construyen modelos de una ciencia referida al derecho que se atenga a esos cánones, sin examinar se esos modelos pueden materializarse en una actividad que responda a las expectativas que se tienen respecto a la labor de los juristas o si la actividad resultante tendría una relevancia social o intelectual que justifique ocuparse de ella³.

Refutando o caráter estritamente objetivo do Direito (*i.e.* completamente dissociado dos valores), Nino defende que as atividades jurídicas envolvem efetivamente considerações de princípios valorativos, critérios de justiça e concepções ideológicas.

² As distinções conceituais, princípios metodológicos e postulados epistemológicos, propostos no contexto de tal teoria, estão destinados a equipar teoricamente e instruir aos juristas para o fim de encarar a tarefa de dar conta de um sistema jurídico dado segundo os cânones científicos que Kelsen considera exclusivamente válidos.

Em primeiro lugar, diferente da concepção kelseniana acerca do processo de tomada de decisão, Nino demonstra como a escolha de um dentre os possíveis sentidos de uma proposição normativa demanda a implementação de um juízo valorativo (NINO, 1999, p. 90-91):

En primer lugar, como ya se dijo repetidamente, los jueces deben enfrentar el problema de asignar significado al lenguaje con que se expresan las normas que ellos están obligados a aplicar según las reglas de reconocimiento del sistema. [...] La idea de que el lenguaje legal tiene el significado que surge del empleo corriente de las palabras que integran tal lenguaje no puede, entonces, fundarse meramente en una concepción según la cual toda pieza lingüística tiene necesariamente el significado que se le asigna en la comunidad en cuyo contexto se emite. Para transformar a la 'regla del uso común', de una guía práctica para inferir qué es que lo que se quiso decir con cierta oración a una prescripción acerca del significado que debe asignarse necesariamente a las palabras de la ley, debe recurrirse a consideraciones de axiológicas o pragmáticas⁴.

Em segundo lugar, além do necessário emprego de juízo valorativo na escolha de um dos possíveis significados semânticos de uma proposição normativa, Nino (1999, p. 91-92) demonstra a necessidade de utilização de critérios valorativos também para o fim de resolver os problemas de indeterminações existentes no sistema jurídico, tais como a existência de contradições, lacunas e vagueza nos enunciados dos dispositivos legais.

Em terceiro lugar, Nino afirma que não há uma única forma de aplicar as normas jurídicas aos casos particulares. Segundo o autor (NINO, 1999, p. 93), “aun cuando el alcance de una norma jurídica sea claro, los jueces pueden conformar sus decisiones a tal norma siguiendo modelos diferentes de observancia normativa⁵”.

À guisa de exemplo, Nino (1999, p. 93) enumera os casos em que se aplica a norma a partir da consideração de seu significado literal, em contraposição ao método de aplicação que busca sua finalidade. A adoção de um desses critérios certamente demandará uma escolha valorativa.

3 “[...] Em vez de fornecer uma reconstrução racional da metodologia adequada a uma atividade intelectual que atenda às funções e aos objetivos da atividade teórica dos juristas, partem de certos pressupostos acerca das exigências que a atividade científica deve satisfazer e constroem modelos de uma ciência do direito que se atenha a esses cânones, sem examinar se esses modelos podem se materializar em uma atividade que responda às expectativas colocadas sobre o trabalho de juristas ou se a atividade resultante teria uma relevância social ou intelectual para justificar ocupar-se dela”.

4 “Primeiro, como mencionado várias vezes, os juízes devem enfrentar o problema de atribuir significado à linguagem utilizada para expressar as regras que eles estão obrigados a aplicar, conforme as regras de reconhecimento do sistema. [...] A idéia de que a linguagem jurídica tem o significado que emerge do uso atual das palavras que compõem esse tipo de linguagem não pode, então, ser baseada apenas uma visão em que cada peça é necessariamente o significado que lhe é atribuído na comunidade em cujo contexto ela é emitida. Para transformar a "regra de uso comum" em um guia prático para inferir o que é que se quer dizer com certa frase à uma prescrição acerca do significado a ser necessariamente atribuído ao texto da lei, deve-se recorrer às considerações axiológicas ou pragmáticas”.

5 “Mesmo nos casos em que o alcance de uma norma jurídica seja claro, os juízes podem conformar suas decisões a tal norma seguindo modelos diferentes de observância normativa”.

Em arremate, e esta é, na perspectiva de Nino, a principal insuficiência do modelo positivista, “el derecho no provee razones suficientes para justificar una decisión, aun cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse⁶” (ano, p. 94):

Si el concepto de derecho se define como los positivistas proponen, sobre la base de propiedades fácticas y sin recurrirse a características valorativas o normativas, las proposiciones que dicen que un cierto derecho positivo establece una obligación, un derecho, una sanción, etc., para un determinado caso, son reducibles a enunciados, que dan cuenta de ciertos hechos, y los hechos no permiten por sí solos justificar una acción o decisión⁷.

É justamente nesse ponto que o Autor visualiza a maior dissociação da teoria positivista em relação às atividades efetivamente desenvolvidas pelos juristas. Nos moldes do pensamento de Nino, o direito deve ser definido e trabalhado à luz do que realmente é, e não do que deveria ser para fins de alcançar o *status* de ciência.

Confluindo nesse sentido, Ronald Dworkin define o direito como o conjunto de argumentos aptos a justificar o uso da autoridade estatal em face do indivíduo ou de um grupo de pessoas (GUEST, 2010, p.39):

Para Dworkin, o que é o conceito, em oposição à concepção correta de direito? A idéia central é a de justificação. Quando falamos de direito, a reunião ‘particular’ de idéias que incontrovertidamente aceitamos diz respeito à justificação do uso do poder estatal. Portanto, ele diz ‘o argumento jurídico ocorre em um nível de consenso cru de que, se o direito existe, ele fornece uma justificação para o uso do poder coletivo contra cidadãos ou grupos’.

Constatada, então, a insuficiência da metodologia positivista para o desenvolvimento do Direito, necessário se faz adentrar no novo modelo teórico fornecido pelos juristas, com vistas a sanar os problemas acima elencados. |

Nesse diapasão, o modelo positivista da ciência do Direito tem cedido no palco do pensamento jurídico para o chamado *pós-positivismo jurídico*. Eis, em termos gerais, o contexto e as bases em que emergiu essa linha de pensamento (PIRES, 2011, p. 29-72):

Com o Segundo Pós-Guerra, tornou-se evidente a insuficiência do positivismo. No plano epistemológico, caiu por terra a separação absoluta entre o sujeito e o objeto do conhecimento que embasava a defesa de uma descrição acrítica e asséptica do direito. Percebeu-se que a pré-compreensão do sujeito influi e ajuda a determinar o resultado de sua investigação. No plano filosófico, as experiências totalitárias do século XX tornaram evidente que o direito apto a assumir qualquer conteúdo pode ser o instrumento do arbítrio. O resultado disso foi a retomada do compromisso com a validade substantiva do direito – esquecido desde o declínio do pensamento jusnaturalista. Em razão disso, surgiram e desenvolveram-se diversas escolas de

6 “A lei não fornece razões suficientes para justificar uma decisão, mesmo que a ordem em questão contenha uma solução clara para o caso a ser decidido”.

7 “Se o conceito de direito se define como os positivistas propõem, com base em propriedades concretas, sem recorrer a características valorativas ou normativas, proposições que dizem que certo direito positivo estabelece uma obrigação, um dever, uma penalidade, etc., para um determinado caso, são redutíveis a enunciados, que dão conta de certos fatos, e os fatos por si só não permitem justificar uma ação ou decisão”.

pensamento que defendiam a reaproximação entre Direito e moral, em um movimento conhecido como virada kantiana. Paralelamente, as Constituições passaram a ser repositórios de valores substantivos, tornando-se, com isso, instâncias de reflexão sobre o próprio direito. Essa nova realidade, assim como as recentes aspirações por justiça, conduziu a uma mudança de paradigmas teóricos, que associou o debate moral ao direito e sepultou a idéia de uma separação rígida entre descrição e prescrição na Ciência Jurídica, além de reabilitar a noção de razão prática e o debate acerca da legitimação do direito. O reingresso dos valores no Direito se verificou especialmente pela via dos princípios, que se multiplicaram nas Constituições e assumiram eficácia normativa. Diante de normas tão abertas, dirigidas diretamente não à determinação de condutas, mas dotadas de conteúdo preponderantemente finalístico, ficou mais do que evidente que o papel do intérprete não se resumia à de boca que pronuncia as palavras da lei. Até mesmo em certos casos de aplicação de regras, o raciocínio subsuntivo mostrou-se consideravelmente distante do silogismo que pretendia ser. Na medida em que os fatos devem ser reunidos, selecionados e interpretados, assim como as normas pertinentes, tecidas em linguagem cada vez mais aberta, torna-se difícil falar na aplicação do direito como a conclusão de uma aplicação da premissa maior (norma) sobre a menor (fatos).

Destarte, o panorama da ciência jurídica atual, marcado pela implementação da eficácia normativa da constituição, mormente dos princípios constitucionais, e pela reaproximação do direito e da moral, por intermédio da razão prática, está além do alcance do positivismo jurídico. Nesse contexto, parece-nos que estamos vivenciando a transição para um novo paradigma de ciência jurídica: o pós-positivismo.

Nesse novo paradigma, a argumentação jurídica ganha conotação fundamental, como método de desenvolvimento e aplicação do direito, na medida em que, veremos mais adiante, a reaproximação da moral e do direito suscita a necessidade de um novo parâmetro que possa resguardar os valores do Estado de Direito.

Alusivamente à teoria da argumentação jurídica, reputamos um dos seus maiores expoentes o jurista Chaïm Perelman, precursor da denominada “nova retórica”.

Seguindo nessa linha, Perelman desenvolve sua teoria do direito a partir da lógica jurídica pautada na argumentação. Vale dizer, a argumentação jurídica assume papel central no discurso de Perelman. A partir desse enfoque, o Autor destila fortes críticas à *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, justamente por relegar a um papel secundário a argumentação. Segundo afirma o mencionado Autor (2005, p. 476):

(...) todos os paradoxos da teoria pura do direito, assim como todas as suas implicações filosóficas, derivam de uma teoria do conhecimento que só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundamentado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação.

Nessa toada, afirma Perelman que, para conceber a ciência do direito tal como ele realmente é, seria necessário renunciar ao positivismo jurídico, na medida em que este desconsidera elementos fundamentais na construção e desenvolvimento do direito, máxime os *valores*. Portanto, para autor, o dualismo (direito e moral) kelseniano já não corresponde nem à metodologia jurídica nem à prática judiciária.

No tópico a seguir veremos um pouco mais a fundo em que medida a argumentação jurídica se insere no novo paradigma da ciência do Direito.

2.2 O PÓS-POSITIVISMO E A INSERÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO PARADIGMA DO DIREITO.

Nos lindes do pensamento pós-positivista, a centralização da constituição e o reconhecimento da eficácia de suas normas, determina não apenas uma leitura das disposições infralegais a partir do texto constitucional, mas igualmente o afastamento das normas que, no caso concreto, não concretizem os princípios esculpidos na carta constitucional. Com isso, não se retira a regra do ordenamento.

Nesse último caso, obviamente, a decisão que afastar a regra jurídica em prol de um princípio constitucional deverá ser racional, isto é, fundamentada e objetivamente demonstrável, não com base nos valores pessoais do intérprete, mas deve estar arrimada no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a argumentação jurídica assume o protagonismo das atividades jurídicas, porquanto se dedica em estudar as formas de racionalização das decisões jurídicas, ainda que sobre estas haja a influência de fatores extrajurídicos, tais como a moral ou a política.

Feitas essas digressões, afigura-se importante adentrar na teoria da argumentação jurídica. Retomando a linha iniciada no tópico anterior, prosseguiremos a abordagem do tema a propósito da teoria do raciocínio jurídico de Chaïm Perelman. Vejamos as premissas das quais parte o autor.

Como cediço, o poder legislativo irá editar as normas estruturantes do Estado, bem como delinear as normas de conduta. Essas últimas irão tracejar o campo em que se desenvolverá o embate argumentativo caso haja eclosão de conflitos sociais, que, em última *ratio*, deverão ser dirimidos no Poder Judiciário.

Entretanto, sabe-se que o legislador, ao tecer a norma, não o fez com base em conflitos concretos (e nem poderia, pois, mesmo que o tentasse, ainda estaria preso ao terreno da presunção), mas teve por parâmetro verdadeiros exercícios hipotéticos e abstratos. Por esse motivo, e com toda razão, Hans Kelsen caracteriza as normas editadas pelo Poder Legislativo como de índole abstrata e geral.

As lides, por seu turno, conflitos concretos de interesses qualificados por pretensões resistidas, desafiam a atuação do judiciário com vistas à pacificação social. Nesse panorama, os aplicadores do direito buscam na norma abstrata a adequada tutela do conflito existente no

caso concreto. No entanto, a tarefa se apresenta, no mais das vezes, árdua, em virtude das intercorrências no plano dos fatos, não previstos pelo legislador.

Com efeito, o intérprete terá que lidar com os problemas reais da incompletude do direito, da existência de antinomias, e da vagueza ou ambigüidade dos enunciados normativos. Por fim, há inúmeros casos em que a aplicação da regra de direito no caso concreto se revelará verdadeiramente iníqua.

Paralelamente, o aplicador do direito deverá necessariamente encontrar uma solução ao caso deduzido em juízo (CRFB/88, art. 5º, inc. XXXV), que esteja devidamente fundamentada no direito vigente (CRFB/88, art. 93, inc. IX). A teoria da argumentação jurídica em Chaïm Perelman se ocupou de responder a esses problemas.

Em primeiro plano, o autor defende a superação da idéia de que a fundamentação consistiria no processo de identificar e aplicar a “vontade da nação”, explicitada por intermédio do poder legislativo (2005, p. 562).

Na óptica de Perelman, o que importa é resolver uma situação inextricável, com vistas à aplicação de uma solução justa e arrazoada ao caso concreto. Para este fim, o aplicador do direito poderia, inclusive, afastar a norma jurídica, valendo-se da interpretação ou da ficção jurídica, com o fim de qualificar os fatos de modo distinto dos acontecimentos ocorridos no plano da realidade (2005, p. 604):

[...] as ficções jurisprudenciais, que não são nem embuste, mas procedimentos de técnica judiciária, são por vezes utilizadas por juízes que se recusam a aplicar uma disposição legislativa, porque a acham iníqua ou desarrazoada, e que não têm o poder legal de modificar o texto da lei. O exemplo mais flagrante de uma ficção assim foi a atitude dos juízes ingleses diante de uma lei penas do final do século XVIII, que condenava obrigatoriamente à pena de morte todos os culpados de grand lacerney. Essa lei qualificava de grand lacerney, entre outros, todo roubo de um valor de pelo menos duas libras. Regularmente, e durante anos, os juízos ingleses avaliaram em 39 xelins qualquer roubo, fosse qual fosse sua importância verdadeira. O auge da ficção foi realizado no dia em que o tribunal, em 1808, avaliou em 39 xelins um roubo de 10 libras inglesas.

Basicamente, a ficção representa a técnica utilizada para remodelar a qualificação dos fatos quando a lei se mostrar iníqua. Este é o lugar da argumentação nesse caso específico.

Em relação à premissa normativa, diferente do pensamento kelseniano, Perelman defende que a norma jurídica, não obstante objetivada, não possui significação apriorística, de modo que a atividade do profissional do direito não se resumirá em revelar seu conteúdo (ou um de seus conteúdos). Para além disso, cumprirá ao aplicador do direito construir o conteúdo da premissa normativa inspirado na hipótese concreta, e informado por outros valores, como a moral, a economia, ou a política, sempre com o objetivo de alcançar a justiça.

Impende salientar que, diferente do que uma primeira leitura levaria a crer, Perelman vislumbra no direito positivado os limites da argumentação. Poderemos adentrar mais à fundo nessa questão no último tópico do presente trabalho.

Por hora, cumpre-nos enfatizar que, embora Perelman conceba limites à argumentação, a norma positivada não exerce papel neutralizante dos juízos, mas configura verdadeiro *standard* acerca do qual o Jurista deverá se posicionar, seja como ponto de partida da interpretação, seja para afastar a norma em favor da equidade, obviamente amparado em outra norma de maior densidade. Consoante o discurso do Autor (PERELMAN, 2005, p. 513), “não basta ao juiz fiar em seu senso de equidade: ele deve, na medida do possível, amoldar-se à legislação e levar em conta os precedentes judiciais”.

Em relação aos limites da argumentação jurídica, Perelman vislumbra no precedente um importante marco a ser observado pelo intérprete em virtude do imperativo da justiça igualitária. Desse limite, trataremos no último tópico de nosso estudo.

Todavia, consoante exposto anteriormente, a necessidade de exposição fundamentada e racional das razões de decidir consubstancia verdadeiro instrumento de controle das decisões judiciais.

Nesse viés, o Autor se dedicou em adentrar os lindes conceituais da motivação jurídica. Ele expôs a necessidade de diferenciar (i) as razões que motivam o julgamento das (ii) razões psicológicas de uma decisão. Segundo Perelman (2005, p. 560):

(...) uma simples descrição das operações da mente do juiz não fornece, necessariamente, uma boa motivação, ou seja, uma legitimação ou uma justificação que persuade as partes, as instâncias superiores e a opinião pública da legitimidade da decisão.

Ora, o elemento da racionalidade da decisão judicial é revelado na exata medida em que a decisão seja aceita como justa. Para tanto, é necessário que a justiça da decisão transpasse a convicção do aplicador e alcance o ânimo dos interlocutores. Nesse ponto, Perelman faz alusão ao *auditório universal*, composto por aqueles que devem ser convencidos pelas conclusões do aplicador: tribunais, jurisdicionados, etc.

Na esteira da teoria de que ora se cuida, sendo efetivamente possível afastar normas editadas pelo poder público, cumpriria indagar se isso não gera verdadeira insegurança jurídica, bem como lesão aos postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito. Disso nos ocuparemos no tópico a seguir.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA CONTRADIÇÃO APARENTE.

Aparentemente, o abandono do paradigma positivista, e a adoção da teoria do direito

à luz da argumentação jurídica, poderiam implicar a quebra dos alicerces do Estado de Direito, que são, fundamentalmente, o respeito à Lei positivada e a preservação da segurança jurídica.

Neil MacCormick se dedicou a averiguar se a contradição existe de fato e, caso existente, como conciliar a teoria da argumentação jurídica com os cânones do Estado de Direito. Por certo, o advento de um novo paradigma da ciência jurídica não poderia simplesmente desconsiderar mencionado modelo estatal.

Nesse liame, ao tratar do Estado de Direito, MacCormick aborda a relevância do valor fundamental da segurança jurídica, por intermédio do pré-conhecimento de normas expressas e positivadas (2008, p. 17):

O Estado de Direito é uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Onde o Estado de Direito se estabelece, o governo de um Estado, ou de uma entidade não-estatal como a União Européia, ou de entidades políticas dentro de um Estado, como Inglaterra, a Escócia, o País de Gales ou a Irlanda do Norte, é sempre conduzido dentro de uma moldura ditada pelo Direito. Isso garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de jurisdição penal. Não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito. Estas podem tomar a forma de dispositivos em tratados ou em textos constitucionais, ou mesmo em leis ordinárias e precedentes judiciais. Valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com as regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas. Essas regras também precisam formar parte de um sistema jurídico caracterizado pela consistência entre suas várias regras, e por uma certa coerência geral dos princípios contidos no sistema como um todo. Portanto, as regras sozinhas não são suficientes em si mesmas.

Mais à frente, prossegue macCormick (2008, p.21-22):

Onde há, em uma dada comunidade um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa dada comunidade, a estrita observância dessas normas jurídicas por aqueles que detêm poder de governo é de valor inestimável. [...] No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. Elas podem ter razoável segurança jurídica em suas expectativas acerca das condutas das demais pessoas e, em particular, acerca daquelas que detêm posições de governo nos termos do Direito.

Ocorre que, na resolução do caso concreto, a segurança jurídica ganhará conotação absolutamente distinta. Isso porque, na busca de implementar o direito, o intérprete terá de solucionar os problemas relativos à lacuna, às incoerências (antinomias) e à abertura semântica dos enunciados normativos. A respeito dessa questão, expõe MacCormick (2008, p. 18):

Ainda que o Direito compreenda ou inclua um vasto corpo de regras, ele pode também ser o palco de controvérsias e disputas amargas e infundáveis. A interpretação adequada e a aplicação de regras jurídicas, e a prova e a interpretação dos fatos relevantes à aplicação do Direito podem ser questões enormemente

problemáticas. Teorias acerca do caráter indeterminado da linguagem lançam dúvidas sobre a possibilidade de existir a certeza jurídica proclamada pelos defensores do Estado de Direito. Esses problemas se tornam visíveis à medida que são apresentados argumentos para colocar em dúvida até mesmo aquelas que haviam parecido ser, até então, as certezas mais caras ao direito.

Portanto, como visto acima, a aplicação do direito que enfrente tais problemas demandará um processo argumentativo. Nesse diapasão, a argumentação jurídica estará insuperavelmente correlacionada ao desenvolvimento e à aplicação do direito. Conforme assevera MacCormick, “*o Direito é uma disciplina argumentativa*” (2008, p. 19):

Qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problema jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada). Para verificar se essa proposição é razoável, ou mesmo definitiva, pensamos nos argumentos que podem ser levantados a favor da resposta ou solução proposta. [...] Um processo de avaliação da força relativa de argumentos concorrentes está fadado a ser uma questão, mais ou menos, de opinião, a exigir julgamento. Se os argumentos frequentemente parecem ter força parecida, como podemos dizer com certeza qual é mais forte? A resposta é que quase nunca podemos dizer isso com certeza (ao contrário do que ocorre no caso de argumentos demonstrativos, onde a aceitação de certas premissas como axiomas ou empiricamente verdadeiras nos permite derivar a partir delas conclusões que não podem ser questionadas enquanto aquelas premissas se mantiverem hígdas).

Sucedem esse conflito entre o Estado de Direito e a argumentação jurídica é apenas aparente. Explica-se. O conflito emana da óptica estática acerca do Estado Democrático. Nessa perspectiva estática, o Estado de Direito é encarado como um ente soberano submetido às leis previamente e claramente formuladas. A submissão do soberano e dos jurisdicionados às normas editadas previamente lhes conferiria certeza e razoável expectativas acerca do direito.

No entanto, uma vez instaurado o conflito, e sendo ele deduzido em juízo, a tentativa de se sustentar a pretensa segurança jurídica, tal como querem os adeptos do positivismo, estará inviabilizada ante a necessidade de interpretar e argumentar o direito no processo de aplicação. Com efeito, ainda que previamente postas as normas jurídicas, em um conflito não há consenso em relação à aplicação ou, na maior parte dos casos, em relação à interpretação dos dispositivos normativos.

A segurança, nesse caso, provém das garantias de cada uma das partes participar em igualdade de condições de argumentar e influir na formação da conclusão jurídica. A propósito da segurança jurídica, inclusive, são inarredáveis as lições do professor Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p. 115-116):

Como já foi explicitado no primeiro capítulo, um valor essencial para qualquer ordenamento jurídico é o da previsibilidade das decisões, que forma o princípio da segurança jurídica. Por sua vez, sustentamos, no início do presente trabalho, que o princípio da segurança jurídica, em sua concepção meramente formal. Pode não ser suficiente para trazer uma ‘certeza’ no direito. Em determinadas situações, a

invocação da segurança jurídica formal simplesmente acarreta um formalismo injustificado, com a preponderância de uma regra processual, quando evidente o direito material. [...] Portanto, o princípio da segurança jurídica deve conciliar a previsibilidade das decisões judiciais e a aceitabilidade do ponto de vista de considerações morais (justas). A previsibilidade imposta pelo princípio da segurança jurídica decorre da racionalidade da decisão e de sua aceitação moral.

Nesse sentido, Neil MacCormick defende a reconciliação entre a argumentação jurídica e o Estado de Direito, por intermédio da estipulação de limites à interpretação. Alinhado, em certa medida, ao pensamento de Perelman, MacCormick conclui que tais limites se resumiriam em dotar de racionalidade as conclusões advindas dos processos argumentativos⁸.

Do ponto de partida do contraste retórico entre os dois lugares comuns aparentemente opostos, a argumentação caminhou para atingir uma reconciliação entre eles. Isso envolveu explicar seu real conteúdo no contexto jurídico. Há um risco de mal compreender o 'Estado de Direito' como ideal se o tomarmos isoladamente. Quando o fazemos, nós talvez ressaltemos seus aspectos mais estáticos, que prometem certeza jurídica e segurança de expectativas jurídicas. Mas o mesmo ideal possui um aspecto dinâmico também, ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado. Nesse aspecto dinâmico, o caráter argumentativo do direito não é a antítese do Estado de Direito, mas um de seus componentes.

Destarte, a argumentação jurídica, longe de configurar elemento antagônico ao Estado de Direito, lhe confirma a legitimidade, na medida em que reaproxima o ideal de justiça às formulações jurídicas, e atrai para epicentro do direito a Constituição.

Sedimentadas as premissas acima, quais sejam, de que (i) a argumentação jurídica deve ser considerada o atual método do direito, e (ii) que o Estado de Direito tem sua legitimação revitalizada por intermédio da argumentação racional e persuasiva, vejamos agora como o princípio do devido processo legal substancial se enquadra nesse cenário.

3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL.

Uma consideração inicial digna de nota acerca do princípio do devido processo legal é que em grande parte dos sistemas jurídicos não existe interesse em delimitar o alcance do instituto, tal é a sua representatividade democrática.

Em termos gerais, o princípio do devido processo legal consiste no desenvolvimento dos atos estatais e particulares com a estrita observância dos valores e princípios constitucionais.

Esse princípio desdobra-se em duas vertentes: (a) devido processo legal procedimental (*procedural due process*) e (b) devido processo legal substancial (*substantive due process*). Para os fins colimados no presente artigo, nos ocupamos basilamente do

⁸ Não iremos adentrar nos parâmetros que o doutrinador elege para racionalizar os processos argumentativos, para não correremos o risco de perder o foco do estudo. Para esse momento do trabalho, importa esclarecer a necessidade de racionalizar a escolha argumentativa.

segundo. Todavia, importa uma rápida digressão no princípio do devido processo legal procedimental. Vamos a ela.

Originalmente concebido na *Magna Carta inglesa* e, muito tempo após, incorporado à Constituição dos Estados Unidos por intermédio da 5ª e 14ª Emendas, o devido processo legal formal exige que os procedimentos judiciais e administrativos sejam desenvolvidos com a observância às garantias fundamentais que constitucionalmente caracterizam o processo devido.

O professor Marcelo Abelha Rodrigues⁹ afirma que as garantias constitutivas do aludido princípio são (a) o direito de acesso à justiça; (b) juiz natural; (c) igualdade das partes; (d) contraditório e ampla defesa; (e) publicidade e motivação das decisões judiciais; (f) duração razoável do processo. Logo, em seu aspecto procedimental, o devido processo é aquele desenvolvido segundo as garantias constitucionais.

Em suma, o devido processo legal formal estará satisfeito se ao jurisdicionado forem preservadas todas as garantias fundamentais do processo.

O devido processo legal substancial, por seu turno, denota o poder do jurista de limitar os atos estatais mediante a aplicação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Segundo o escólio do professor Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 69):

(...) o devido processo legal substancial cristaliza-se na razoabilidade e proporcionalidade das decisões judiciais, dos atos administrativos, das leis e dos negócios particulares e, em relação às decisões judiciais, permite que diante da tensão e conflitos de valores, ou diante de lacunas normativas, possa se adotar uma solução que seja razoável.

Em suma, o devido processo legal substancial instrumentaliza o intérprete com a possibilidade de promover a leitura das normas procedimentais em cada caso concreto sob a inspiração da justiça, esta pautada no postulado da proporcionalidade. Caso se conclua que a incidência da norma processual no caso concreto seja iníqua, desproporcional, esta deverá ser afastada.

Sucedem que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade igualmente não possuem definição nem aplicação disciplinadas no ordenamento jurídico. Nesse enfoque, o princípio do devido processo legal substancial será fruto de processos argumentativos, em que se buscará aferir a razoabilidade e a proporcionalidade das normas jurídicas à luz de cada caso concreto.

Nesse aspecto, ressoa grandemente esclarecedora a definição do instituto feita pelo distinto professor Samuel Meira Brasil Júnior. Para o professor, o processo devido é aquele

⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT. 2010, p. 70.

adequado, necessário e proporcional. Adequado quando as decisões nele adotadas servem ao alcance dos fins colimados. Necessário, na medida em que adota o meio menos oneroso à consecução dos fins. Proporcional, conquanto apresenta-se como fruto de uma ponderação prévia e fundamentada (BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 127):

Fixada a premissa de que o adjetivo ‘devido’ deve ser compreendido como ‘adequado, necessário ou proporcional’, vejamos os demais elementos lingüísticos do princípio. O vocábulo ‘processo’ refere-se, em verdade, à atuação dos entes estatais, sejam eles órgão legislativos (ao prescrever abstratamente as condutas sociais), jurisdicionais (ao solucionar as controvérsias) ou administrativos (ao aditar atos de execução da lei). Por fim, a expressão ‘legal’ não pode ser limitada à noção de lei. Alguns autores, para minimizar esta errônea interpretação, defendem um devido processo constitucional. O ‘legal’ da expressão tem o sentido de ‘jurídico’, de ‘direito’. Portanto, o ‘devido processo legal’ deve ser compreendido como ‘adequada, necessária e proporcional atuação do direito’. Essa exegese engloba tanto o direito processual (formal) quando o material (substancial) do princípio, e é bastante ampla para abarcar a proporcionalidade e a razoabilidade, como cláusulas axiológicas de limitação do poder público e garantia mínima das liberdades públicas e do próprio Estado Democrático de Direito.

Fixadas as noções que nos importam acerca do instituto em exame, nosso próxima passo é averiguar como ele está inserido em nosso ordenamento para, após, finalizarmos o estudo com a análise das limitações na aplicação do princípio.

3.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL COMO NORMA GERAL DE JUSTIÇA ARGUMENTATIVA.

Dispõe o art. 5º, inc. LIV, da CRFB/88, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Denota-se, portanto, a inserção do princípio como um dos direitos fundamentais individuais dos jurisdicionados.

Nesse compasso, cumpre-nos indagar o “por que” de o princípio ter sido elencado no mesmo patamar das demais garantias constitucionais, tais como o contraditório e a duração razoável do processo. A resposta nos parece relativamente simplória.

Conforme visto acima, o princípio do devido processo legal desdobra-se em uma faceta procedimental e outra substancial. A face procedimental do princípio é encarada pela doutrina como a gênese primária dos princípios do direito processual civil. Por conseguinte, não haveria sentido elencar o princípio ao lado das garantias processuais já previstas no rol do art. 5º, da CRFB/88.

Contudo, vislumbramos no art. 5º, inc. LIV, da CRFB/88, a vertente substancial do princípio do devido processo, com o objetivo de figurar como cláusula geral de justiça argumentativa. É dizer, ainda que determinada norma não seja aprioristicamente inconstitucional, se na análise do caso concreto determinada regra processual se revelar desproporcional, o intérprete terá o dever de afastar a norma com fundamento no aludido princípio.

Isso o aplicador do direito fará com base em um processo argumentativo racional e demonstrável por intermédio da fundamentação.

3.2 OS LIMITES À ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.

Caminhando, agora, para o fim de nosso trabalho, veremos de modo sucinto quais os limites à argumentação jurídica segundo a cláusula do devido processo legal substancial.

Em termos simples, a exigência da racionalidade e da fundamentação consubstanciam as principais limitações à argumentação jurídica. Isso porque, a prova das conclusões por intermédio das inferências argumentativas é eminentemente retórica. Por conseguinte, toda argumentação é endereçada a determinado público e esse deve ser por ela persuadido.

Alusivamente à racionalidade do argumento, a argumentação jurídica não se compatibiliza com os postulados da lógica formal: “um argumento não é correto e coercitivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justifiquem o emprego no caso” (2005, p. 471).

Nesse sentido, a lógica jurídica consistiria na ciência que examina as argumentações específicas do direito, e que se desenvolve a partir de embates dialéticos resultantes das justas contraposições dos argumentos: “as teses jurídicas são fundamentadas não em provas demonstrativas, mas em argumentos cuja força e pertinência podem ser diversamente apreciados” (2005, p. 501).

Outrossim, o Autor consagra a retórica como fator de legitimação do sistema jurídico na medida em que confere razoabilidade às decisões, com vistas à sua aceitabilidade social. Nessa medida, Perelman afirma que “o juiz precisa flexibilizar a lei para que o direito que diz seja aceito”. (2005, pg. 554)

A persuasão, por seu turno, apenas ocorrerá se o interlocutor da argumentação for convencido de ser essa a melhor decisão dentro do espectro de conclusões possíveis diante de determinado caso concreto. Com efeito, a racionalidade, a fundamentação, e o poder de persuasão das decisões configura verdadeiro elemento de revitalização democrática do direito. Cuida-se do auditório universal de Chaïm Perelman. Segundo expôs Perelman (2005, p. 527):

(...) o juiz tem como missão dizer o direito, mas de um modo conforme a consciência da sociedade. Por quê? Porque seu papel é estabelecer a paz judiciária, e a paz judiciária só será estabelecida quando ele houver convencido as partes, o público, seus colegas, seus superiores, de que julgou de forma equitativa.

Com efeito, a cadeia recursal no sistema jurídico certamente se presta ao efetivo controle da racionalidade e persuasão da decisão judicial.

Outro ponto de limitação¹⁰ à argumentação está na importância que Perelman atribui à jurisprudência. Nos termos do pensamento do Autor, é necessário ao intérprete sempre observar como a jurisprudência decidiu os casos análogos àqueles deduzido em juízo. Com isso, busca-se garantir a equidade, na medida em que o jurista poderá tratar situações essencialmente similares do mesmo modo: “o sistema jurídico se constitui, de fato, progressivamente, porque os precedentes permitem a aplicação da regra de justiça, que requer que se trate da mesma forma situações essencialmente semelhantes” (PERELMAN, 2005, p. 478).

Em arremate, Chaïm Perelman (2005, p. 478) afirma não se poder explicar a vida real do direito sem reconhecer essa interação da jurisprudência e da doutrina, em que o conhecimento e a vontade colaboram inteiramente para satisfazer, na medida do possível, a um só tempo, as nossas necessidades de segurança e de equidade.

4 CONCLUSÕES.

O princípio do devido processo legal substancial consiste no dever de o aplicador do direito averiguar se a incidência dos atos estatais, máxime das normas processuais, se revelará razoável e ponderada no caso concreto. Caso, na hipótese concreta, a norma processual revele-se desarrazoada, deverá ser afastada com base no aludido princípio.

Nesse sentido, a aplicação do princípio do devido processo legal substancial se dá por intermédio de processos argumentativos. Ao aplicar o direito por intermédio de processos argumentativos, desenvolvidos mediante amplo espaço de comunicação (retórica) entre as partes, tem-se a observância da segurança jurídica e a revitalização do Estado Democrático de Direito.

5 BIBLIOGRAFIA.

BRASIL JR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo. São Paulo: Editora Atlas. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “General Report”. In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (orgs.). *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano – New York: Giuffrè – Oceana. 1973.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Il ‘giusto processo’ civile in Italia e in Europa”. In RePro n.º 116. São Paulo: Editora RT. 2004.

COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil. In Estudios de derecho procesal civil. 3ª Ed. V.1. Buenos Aires: Depalma. 2003.

10 Rigorosamente não se trata de uma limitação, mas de uma dinâmica distinta no processo argumentativo. No entanto, como essa dinâmica busca atentar mais para as premissas postas, entendemos que pode ser tratada igualmente como limitação à argumentação.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil. Tese (livre-docência) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo. 1972.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2010

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1998

LIEBMAN, Enrico Tulio. Diritto costituzionale e processo civile. In *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano. 1962.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. (trad. Conrado Hübner Mendes). Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2008.

NINO, Carlos Santiago. Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia” Jurídica. 3ª Ed. México, D.F: Distribuciones Fontamara. 1999.

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2005.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem Trauma. In *Revista de Direito e Estado*.

FELLET, André Luiz Fernandes [*et. alii*]. As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodvim. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT. 2010.

TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione (problemi di diritto Tedesco e italiano). Milano: Guffrè. 1974.