XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo juridico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Rogerio Luiz Nery Da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-601-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça, do direito e da decisão. 2. Teorias da argumentação e do realismo jurídico. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) promove uma série de encontros anuais, de abrangência nacional, nos formatos virtual e presencial, visando à produção e disseminação de pesquisas na área jurídica.

Esses eventos, além de contemplar palestras de juristas de destaque, nos âmbitos nacional e internacional, enfocam precipuamente a apresentação de artigos científicos, defendidos perante grupos de trabalho especializados por área (os GTs). Nesses grupos, promove-se a discussão sobre o estado da arte da produção da ciência jurídica brasileira e internacional. Trata-se de momento de compartilhamento e debate das diversas pesquisas realizadas no contexto da pós-graduação em direito e, portanto, de oportunidade de formação de relevantes redes de diálogo entre estudiosos, professores e cientistas nacionais e estrangeiros (networking).

Especificamente o grupo de trabalho Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e Realismo Jurídico, ora em apresentação, enfoca os seguintes temas: concepções de justiça; matrizes fundantes da ideia de justiça; justiça e direito; a justiça e sua relação com a busca da verdade; justiça universal e justiça particular; justiça substantiva e justiça procedimental; justiça distributiva; teorias modernas da justiça; utilitarismo clássico e contemporâneo; liberalismo, igualitarismo e libertarianismo; comunitarismo, particularismo, perfeccionismo, republicanismo e multiculturalismo; democracia deliberativa e justiça social como reconhecimento; razão jurídica; semiótica; retórica; lógica; argumentação e argumentação jurídica; direito e ciência jurídica; teoria da norma jurídica; teoria da norma e teoria da decisão; teoria do ordenamento jurídico; direito e linguagem; positivismo(s) jurídico (s); realismo(s) jurídico(s), modelos norte-americanos, escandinavos; o paradigma da cientificidade; falseabilidade; pragmatismo filosófico e jurídico; relações entre direito, estado e sociedade: os modelos formalistas, sistêmicos-operacionais e realistas; o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização; o direito como sistema de regras e princípios; a relação entre direito e moral; o discurso jurídico; judicialização; ativismo judicial; decisionismo; idealismo jurídico; neoconstitucionalismo; Teoria da norma x teoria da decisão; e, pragmatismo.

Na presente oportunidade, na agradável cidade de Balneário Camboriú (SC), entre os dias 7 e 8 de dezembro de 2022, foram apresentados artigos científicos que tratam, de forma abrangente e interdisciplinar, sobre os assuntos afetos ao presente GT, antes indicados. A qualidade e a relevância dos trabalhos apresentados são indicativos da relevância do Conpedi, notadamente no tocante ao debate sobre as questões mencionadas, as quais reclamam constante aperfeiçoamento no âmbito da pós-graduação em direito.

Em continuidade às apresentações, os trabalhos geraram importantes interações acadêmicas, contextualizando os temas trabalhados com o devir dos cenários político, econômico e social atuais, que representam um notável desafio para os juristas.

Com satisfação e respeito, os coordenadores do grupo de trabalho convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua e leve leitura.

Não se pode encerrar, contudo, sem o merecido agradecimento aos pesquisadores que produziram o conhecimento ora disponibilizado e, além disso, contribuíram para os importantes diálogos, conduzidos no presente grupo de trabalho.

Prof. Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior (UFRGS)

Prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Junior (Univali)

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva (UNOESC e UNIRV)

O DIREITO E A SUBJETIVIDADE: DA ARGUMENTAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

THE LAW AND SUBJECTIVITY: FROM ARGUMENTATION TO LEGAL CERTAINTY

Thiago Ridolfi Ferreira [1]
Clodomiro José Bannwart Júnior

Resumo

A contemporaneidade trouxe uma nova perspectiva acerca da compreensão do Direito, tanto em relação ao seu objeto de estudo, a norma e suas novas cognições, como também em face da postura do jurista. Não mais visto como um simples aplicador da lei, adstrito à mera subsunção fato/norma, o jurista elevou-se ao centro do debate do Estado de Democrático, destacando-se como figura central, não só do Direito enquanto ciência, mas também em seu âmbito enquanto fato social. Noutro giro, não se pode olvidar que o fortalecimento da figura do intérprete do direito, em especial do magistrado, possibilitou um evidente agigantamento, não só do Poder Judiciário dentro da estrutura democrática, como também da subjetividade daquele que deci-de as lides jurídicas. Nesse sentido, a possibilidade de crescimento de inseguranças jurídicas oriundas de demasiada subjetividade do julgador, ou ainda de excesso de ativismos judiciais, tornou-se um anátema do Direito contemporâneo, não podendo tal problematização escapar da alça de mira do estudioso dos temas jurídicos. O escopo desse artigo é demonstrar como a subjetividade, elemento intrínseco da epistemologia humana, não deve ser rechaçada do ato de interpretar e de aplicar o direito, mas sim ser sistematizada e escancarada, possibilitando assim que toda a sociedade possa concordar ou refutar com as decisões proferidas. Para tal, o esteio dar-se-á mormente através da argumentação jurídica que, sistematicamente desenvolvida, po-de ser um grande guia da tão almejada segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito contemporâneo, Princípios normativos, Argumentação jurídica, Subjetividade, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Contemporaneity has brought a new perspective on the understanding of Law, both in relation to its object of study, the norm and its new cognitions, as well in the face of the position of the jurist. No longer seen as a simple enforcer of the law, restricted to the mere fact/norm sub-sumption, the law operator rose to center of the debate on the Rule of Law, standing out as a central figure, not only of Law as a science, but also in its scope as a social fact. Besides that, it cannot be forgotten that the strengthening of the figure of the jurist, especially the magistra-te, made possible an evident increase, not only of the Judiciary within

[1] Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná.

the democratic structu-re, but also of the subjectivity of the one who decides the legal disputes. In this sense, the possibility of growing legal insecurities arising from too much subjectivity on the part of the judge, or even an excess of judicial activism, has become an anathema of contemporary law, and such problematization cannot escape the scope of the scholar of legal issues. The scope of this research is to demonstrate how subjectivity, an intrinsic element of human epistemology, should not be rejected from the act of interpreting and applying the law, but rather be syste-matized and wide open, thus enabling the whole society to agree or refute with the decisions rendered. To this end, the mainstay will be mainly through legal arguments that, systematically developed, can be a guide to legal certainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contemporary law, Normative principles, Legal argumentation, Subjectivity, Legal certainty

1. Introdução

A realidade consentânea do Direito, bem como de seu plexo normativo e interpretativo, tem encontrado novas concepções e mudanças de paradigmas em diferentes níveis e possibilidades teóricas em nossa contemporaneidade. Isso porque, não podemos olvidar, a norma e seu multifacetário universo hermenêutico e argumentativo são reflexos da própria vida em sociedade, dinâmica e amoldável, caminhando o mundo jurídico lado a lado de tal influência e realidade.

Nesse cariz, seria ingênuo ao jurista olhar o Direito como matéria estanque e hígida, desconsiderando não só o fluxo motriz supracitado, como também a multidisciplinariedade que acompanha a área, donde resplandecem e se imiscuem teorias de ordem sociológicas, filosóficas e humanistas em geral.

A proposta do artigo a ser desvelado é trilhar essa vereda atual da norma jurídica, buscando conferir ao estudo do Direito uma densidade para além da concepção meramente positivista que há muito persiste. Sabe-se que não são poucos os que defendem a aparente objetividade da lei e suas derivações, buscando promover um esforço hercúleo para afastar eventuais subjetividades e humanidades da interpretação e aplicação normativa.

Nesse afã, tem-se um universo pragmático instrumental, que não só entende como mácula profunda a subjetividade do intérprete e do julgador das leis e afins, como também que assevera haver uma relação inversamente proporcional entre esses elementos e a segurança jurídica, desejada e perseguida pelo Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho tem por escopo propor uma compreensão ampliativa da temática. Almeja-se traçar um caminho teórico analítico que desemboque na possibilidade que desenhe uma perspectiva crível e fundamentada, destinada a não refutar a subjetividade do intérprete e do julgador, mas sim aceitá-la e escancará-la, em um viés argumentativo e detalhado a ser construído analiticamente, possibilitando assim uma permissão de refutabilidade, mesmo que adaptada, mas própria do mundo científico e que, por fim, denote uma alternativa factível da segurança jurídica estimada.

Ademais, diferente do que muitos possam apregoar, não acreditamos que seja a melhor saída para tal impropério a refutação plena da subjetividade, em direção de uma espécie de recriação do anacrônico brocardo do juiz *la bouche de la loi*. Mas sim, é isso que se visa em especial defender, que o elemento subjetivo, quando detalhado e fundamentado, mostra-se como a mais coesa e forte ferramenta de conferência de segurança jurídica às decisões proferidas.

2. A norma e os princípios jurídicos

O elemento normativo é a grande força motriz do Direito. Os comandos erigidos à luz da norma guiam a prática social, prescrevendo condutas e servindo de esteio para o equilíbrio da vida dos cidadãos. Nesse alamiré, nossa tradicional concepção jurídica confere à lei escrita, espécie normativa resplandecente, poderosa força impulsionadora da aplicação do direito, sendo essa a pedra de toque dos estudos jurídicos.

É com tal espeque que parece emergir o indigitado conceito atinente ao reconhecido positivismo jurídico. Sobre esse, Noberto Bobbio (1995, p. 15), com o brilhantismo que lhe é peculiar, nos ensina que não se trata estritamente do positivismo em sentido filosófico, embora podemos traçar algum paralelo deste com aquele. Pondera o célebre autor italiano, apontando como diferenças entre ambos, que o positivismo jurídico tem como pátria a Alemanha, e não a França, tal como o filosófico. Por fim, esclarece que o termo debatido – positivismo jurídico - corresponde, em suma, à oposição ao reconhecido direito natural.

Parece-nos clara à contraposição ao jusnaturalismo, de maneira que para o positivista jurídico há uma supervalorização da lei escrita, verdadeiro elemento formal do Direito. Sendo assim, a norma existe e é válida em razão de sua produção exarada através das forças estatais legítimas, qualquer que seja seu conteúdo (FERRAJOLI, 2011, p. 43).

Por arremate, o mesmo Bobbio (1995, p. 136), frisa que o positivismo pensa o direito como fato e não como valor. Nessa toada, segundo o autor, na definição de direito endossada por essa teorização, dever-se-ia repelir quaisquer qualificações que seja fundada em juízo de valor, ou ainda que possibilitem alguma consideração quanto a bom ou mau, ou justo e injusto.

Nesse norte, cumpre evidenciar que o positivismo parece não recepcionar, ao menos explicitamente, o elemento subjetivo, encarando-o como valoração de determinado comando, norma ou situação fática. A estrita legalidade apontada, por sua vez, empresta um caráter enfático quanto ao escopo de debate do direito, em suma, à lei positivada. Ao aplicador caberia tão somente a subsunção fática do fato à norma, não lhe sendo oportuno ponderar ou justificar caminhos valorativos sinuosos e complexos a serem seguidos.

Lado outro, em uma trilha crítica ao positivismo jurídico, Ronald Dworkin (2007) trouxe à discussão uma nova perspectiva, apontando o ideal de que norma é gênero, do qual regras e princípios são espécies nela insertas. Sob aquelas, em especial, segundo o jurista, corresponderiam às normas de conteúdo mais hermético e explícito, ou seja, positivados no ordenamento através de leis formais. Nessa toada, ainda segundo Dworkin, as regras aplicar-se-iam a partir da premissa do tudo ou nada (*all or nothing)* (DWORKIN, 2007, p. 18).

Nesse cariz, lança-se o desenho de que se uma regra é válida para regular determinada realidade fática deve ela ser acatada pelo ordenamento jurídico. Noutra banda, em não sendo válida, sua aplicação e capacidade de justificação dever-se-iam ser afastadas. Trata-se de uma efetivação operada, segundo o pensador supracitado, no plano da validade (DWORKIN, 2007, p. 56).

Isto posto, a partir da perspectiva acima revelada, um eventual conflito de regras seria meramente aparente. Ao julgador caberia apenas perceber qual regra de fato é válida, pois, como já fora explicitado, para estas caberia apenas o comando aplica-se ou não. Nesse sentido, também aponta Dwokin (2007, p. 41), *in verbis*:

> Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se às considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à norma promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada pela autoridade superior; à regra promulgada recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.

Desta forma, os apontamentos do nobre pensador citado nos ensinam que a completude sistêmica do ordenamento fornece esteio para a resolução de um aparente conflito de regras, sendo conferido ao aplicador todo um plexo normativo que permite afastar uma regra em detrimento da outra, atingindo assim aquela que se mostra válida (Ibidem).

Uma nova complexidade se desvela quando se passa a analisar uma outra sorte de normas também reconhecidas no mundo jurídico, no caso, os princípios. Para o mesmo Dworkin (2007, p. 42), no que tange a estes devemos nos atentar ao que ele se refere como dimensão de peso e importância. Em apertada síntese, em casos difíceis e de incerteza por parte do aplicador da norma, caberia a este se debruçar sobre a realidade fática posta, efetivando um exercício de ponderação entre princípios colidentes percebidos, destacando a força relativa de cada um no caso posto.

Isto porque, não é raro o conflito de princípios na ordem jurídica da vida humana. Afinal, a complexidade da sociedade e do próprio indivíduo faz surgir uma variedade de situações, direitos e possibilidades, impossíveis de serem todas previstas e solucionadas de pronto pelo legislador, ou mesmo pelo magistrado que as enfrenta. Nem poderia se esperar algo dessa sorte, afinal o conflito parece ser uma resultante da heterogeneidade dos agentes sociais, onde se chocam diferentes interesses, direitos e deveres (DWORKIN, 2007).

Lado outro, o próprio ordenamento jurídico parece caminhar nesse sentido principiológico, como nos permite observar um olhar mais atento a ser lançado sobre as constituições

vigentes, incluindo nossa Lei Maior, onde se cravam princípios não como meras normas programáticas, mas sim como escopos a serem perseguidos e efetivados.

Nesse diapasão, é cediço relacionar o ato de ponderar com um próprio princípio de ordem constitucional existente, qual seja aquele relativo à proporcionalidade a ser observada quando da aplicação do direito. É o que afirma Bonavides (2017, p. 436), ao asseverar que o critério da proporcionalidade é tópico e volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, possuindo identidade considerável com o conceito a equidade, sendo, pois, um eficaz instrumento de apoio para as decisões e pretensões jurídicas a serem tomadas.

Caminhando nessa esteira, destacam-se as problematizações cravadas acerca da temática por parte do jurista alemão Robert Alexy. Para este famigerado pensador, os princípios são também normas, que detêm a particularidade de ordenar a efetivação de determinados direitos ou preceitos, o máximo quanto for possível na realidade jurídica. Segundo ele, são eles verdadeiros mandados de otimização lançados ao ordenamento posto (ALEXY, 2008, p. 93).

Malgrado, em um eventual choque dentre princípios, Alexy aponta que, em destaque quando um destes permite uma conduta e outro reprime, um dos dois deverá ceder em face do outro. Para o teórico, isso não significa que o princípio não destacado deva necessariamente ser invalidado, nem que nele deva recair uma espécie de cláusula de exceção. Outrossim, também não diz ele que sempre situações semelhantes serão necessariamente resolvidas da mesma forma. O que Alexy afirma, de fato, é que teremos a percepção de que princípio terá precedência sobre o outro em determinadas condições, variando de acordo com a realidade e as circunstâncias do caso trazido à baila. (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Todo esse universo debatido, apresentando como princípios são normas dotadas de força vinculante nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, encontra desenvolvimento e efetivação no movimento debelado pelas sociedades democráticas após as duas Grandes Guerras, mormente através da promulgação de diferentes constituições de cunho social.

Não se tratou de uma retomada direta do jusnaturalismo de outrora, mas sim de uma incorporação de elementos humanistas à Ciência do Direito, conferindo densidade valorativa ao sistema jurídico, mormente através do abraço dado aos princípios normativos referidos (ALEXY, 2008).

Mesmo pensadores adeptos às correntes que ainda carregavam um enfoque positivista, como Herbert Hart, em destaque em sua seminal obra O Conceito do Direito (1961), passaram a não mais ponderar pela existência de um direito completamente desprovido de conteúdo de ordem humana e valorativa, ao ponto de o citado doutrinador defender o fato de haver uma relação de identidade, mesmo que nebulosa, entre direito e moral (HART, 1994).

O que se percebe, em resumo, é que a visão paradigmática do estrito positivismo jurídico foi colocada em xeque por grande parte da nova ordem científica do Direito, em especial reservando novos contornos para o espaço valorativo do aplicador da norma, fato dantes execrado e refutado por meio de uma pretensa pureza metodológica perseguida.

Enquanto por um lado caminhou o Direito em direção de sua faceta catalisadora dos anseios constitucionais e dos direitos e garantais fundamentais, não podemos nos furtar do fato que, por outro enfoque, a extrema força conferida ao Poder Judiciário em idos atuais, por vezes tem invadido a esfera de outros Poderes das Repúblicas democráticas, desiquilibrando e enfraquecendo a harmonia e separação destes.

A problematização é deveras complexa, devendo ser enfrentada pelo jurista contemporâneo, mormente a partir de uma postura crítica perpetrada a partir da observância das funções precípuas do Poderes, mas nunca afastando o escopo regulador e, por vezes, pacificador, da norma jurídica enfrentada.

3. O ativismo judicial e a insegurança das decisões

A discussão lançada alhures fornece esteio para o entendimento de um novo fenômeno jurídico surgido em face da extrema atuação do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da norma, por vezes suprimindo e solapando a atuação de outros Poderes independentes estabelecidos nos moldes da teoria elencada por Montesquieu (1689-1755). Com efeito, é nesse cenário que se desenha o reconhecido, e em muitos momentos, execrável, fenômeno do ativismo judiciário.

Nas sábias palavras de Oscar Valente Cardoso (2011, p. 45), *in verbis*:

> O ativismo judicial (ou judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na "criação" de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.)

Importante faz-se destacar que a proliferação de direitos de ordem constitucional estabelecidos se tornou um desafio para os Estados Democráticos, em especial em países que adotaram modelos de Lei Maior analíticos e descritivos, como no caso do Brasil. A necessidade de efetivar tais direitos, por inúmeras vezes colidentes e de difícil aplicação imediata, carecendo

de atuação positiva do Estado, mostrou-se como uma tarefa hercúlea dos Poderes Republicanos, cada um em sua medida de atuação.

Dito isto, tornou-se perceptível um movimento conhecido como erosão da consciência constitucional, sendo este externado por meio da desvalorização funcional da constituição escrita, em outras palavras, constatando-se a omissão dos poderes públicos, desvalorizando, assim, a função precípua da Constituição e de seus ditames em face da ordem jurídica. (LOEWNSTEIN, 1983, p. 222).

Nessa toada, o ativismo judicial acaba por ser uma saída, criticável, mas válida, para a busca da efetivação de direitos fundamentais que deveriam ser executados, mas não os são, servindo como um deontológico elemento promotor de justiça social, quando está a claudicar.

Nesse cenário, por vezes há uma omissão do legislador que, não se atentando à feitura de conteúdo legal que abraçasse os mandamentos constitucionais, enfraquece a efetividade dos direitos ali desenhados e que careceriam de regulamentação específica.

Na visão do grande constitucionalista Canotilho (2001, p. 331), a omissão legislativa inconstitucional não diz respeito apenas a um "não fazer" do legislador, mas sim a uma falta de agir tendo por base um mandamento expresso de direto que lhe impunha a necessidade de atuar positivamente, nos ditames da Lei Maior, que a todos obriga e vincula.

Ademais, além do prisma da omissão legislativa decorrente do enfraquecimento da democracia representativa, ainda persiste a indigitada celeuma relativa ao conteúdo principiológico existente nos ordenamentos jurídicos, mormente os que adotam constituições programáticas e de ênfase social, como no caso do Brasil.

Nos dizeres de Luis Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, referência no tema da judicialização da política, esta:

> [...]significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral [...] A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente [...] A terceira e última causa da judicialização [...] é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 1993).

As críticas são vastas, mas o recorte aqui feito se debruça sobre a figura humana por detrás do fenômeno. Como já iniciado em debate anterior, as incertezas do texto normativo, o conteúdo principiológico extraído, e o desgaste da democracia representativa enquanto vetor da

produção legislativa, favoreceram o fortalecimento das decisões jurídicas que impactam diretamente na vida social e que se destinam, por vezes, a uma busca por uma "justiça das decisões" (BARROSO, 2009).

Mas quem seria o responsável por essa realização da justiça no caso concreto? Por consequência lógica, em nosso sistema jurídico, o magistrado. Muitas vezes lidando com choques principiológicos que carecem de sopesamento e decisão justificada, o juiz togado é, com especial espeque no princípio da inafastabilidade da jurisdição, obrigado a decidir. Não lhe cabe, pois, o *non liquet*.

Em nossa sociedade contemporânea, não raro temos vistos magistrados que abusam da ordem subjetiva de seus pensamentos, por vezes apontando "valores" e "juízos" que mais se coadunam com sua moral não vinculante, do que com regras de conduta socialmente aceitas e efetivadas através de normas, sejam regras ou princípios (LOPES, 2014, p. 96).

Nesse diapasão, observando tal realidade, validam-se os argumentos críticos de muitos que, rechaçando a subjetividade oriunda do agir dos magistrados, apontam um afastamento destes da dita ciência jurídica, extrapolando os limites da subjetividade, conferindo assim incertezas e inseguranças na ordem jurídica.

4. A ciência jurídica e os elementos da linguagem

O reconhecimento de uma ciência jurídica é tema controverso, senão em sua essência, mas em relação a como seria o indigitado conhecimento científico oriundo do Direito. Muitas foram as teorizações destinadas a debater o enfoque metodológico e científico da senda jurídica, sendo que a Teoria Pura proposta pelo austríaco Hans Kelsen (1934), é reconhecidamente uma das mais famosas e que até hoje ecoa seus efeitos no mundo acadêmico. Em suas próprias palavras:

> [...]Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1997, p. 01).

O douto Arnaldo Vasconcelos (2010, p.125), explana ainda que a proposta kelseniana é purificar a ciência jurídica, expulsando do Direito tudo que não lhe for fundamental. Ainda segundo este autor, a Teoria Pura do Direito de Kelsen almeja reduzir o direito a ele mesmo,

desvelando uma carga elementar que seja exclusivamente jurídica. Outrossim, tal modelo teórico se destinaria a não confundir a ciência jurídica com ciência política, ética ou sociológica, evitando assim o surgimento de um "sincretismo metodológico", que macularia o Direito e sua compreensão.

A visão de Kelsen (1934) foi bastante aceita e difundida pelos Estados Nacionais emergidos no início do século passado, em especial aqueles que passaram a implementar um modelo normativo construído a partir de um espeque constitucional. Sua proposta, como bem se alardeou, possuía na Lei Maior um farol jurídico que irradiava seus efeitos para todas as outras normas que sob sua égide se construíam.

Como já se disse dantes, os atos bárbaros que se desenrolaram após as Grandes Guerras trouxeram reflexões diversas aos estudiosos do Direito, mormente àqueles que criticavam a perspectiva positivista pura da ciência jurídica. Não se pode olvidar que muitos dos funestos e nefastos atos dos Estados Totalitários emanaram de uma ordem normativa válida e legítima, que não só permitia tais fatos como também os encorajava (DWORKIN, 2007, p. 40).

É nessa esteira que se assistiu eclodir novas visões para os estudos jurídicos e Estados Constitucionais, que cada vez mais tomaram emprestados valores e/ou princípios, inserindo novo espeque normativo para suas ordens jurídicas, por vezes restabelecendo conexões e identidades com uma visão clássica que incorporava discussões de ordem moral e axiológicas ao direito (Ibidem).

Citando Angel La Torre (1978, p. 141), uma outra grande complexidade do estudo desse objeto seria o que ele entende ser uma conhecida arbitrariedade do legislador, que pode criar e alternar leis de maneira quase livre, seguindo anseios válidos ou não. E, em que pese existir muitas vezes um senso de evolução do próprio Direito, a velocidade e quantidade dessas mudanças faz surgir uma instabilidade quanto ao próprio objeto de estudo da ciência jurídica.

Nesse alamiré, é compreensível e endossável a famosa assertiva do procurador prussiano Julius Hermann von Kirchmann (1848): "três penadas do legislador transformam bibliotecas inteiras em lixo." Que ciência seria essa então, que inutiliza manuais e tomos do dia para a noite? Como compreender como científico um conhecimento que se debruça sobre um objeto tão mutável e, por vezes, incerto?

Para tal análise, importante se faz compreender certos apontamentos sobre o próprio ideário científico. Nesse sentido, o filósofo austríaco Karl Popper (1902-1994) foi um importante estudioso da ciência como uma produção humana. Crítico da Escola de Viena, embora

tenha sido pertencente a esta na alvorada de seus estudos, Popper afastou o princípio da verificabilidade dos pensadores a ele anteriores, instaurando um novo axioma vigente, o da falseabilidade.

Nessa toada, importa frisar que Popper desenvolveu sua teoria acerca da ciência e metodologia tendo por base questões epistemológicas referenciadas para as ciências naturais, calcadas, em especial, em análises empíricas. O presente estudo toma emprestadas suas conclusões e teorizações buscando aplicá-las, tanto quanto possível for, à seara da linguagem e da argumentação, com aplicação no direito. Trata-se de uma hipótese aventada, e que carece de aprofundaçã

Segundo Popper (1972, p. 101), a observação científica orienta-se a partir de uma teorização a ser comprovada, tratando-se de um desdobramento do método indutivo aplicado à ciência, que toma por base conhecimentos já reconhecidos pela maioria. A perspectiva do austríaco não se destinaria a verificar à validade ou certeza de um fato, mas sim buscar fatos específicos que, uma vez confrontados, refutariam a hipótese primitiva.

Ainda para o citado pensador, uma teoria só poderia ser considerada de fato científica se passível de verificação, encontrando um conhecimento que se desvelaria como não-falso para aquele contexto. Em suma, só seria científico um conteúdo passível de ser falseável, do contrário estaríamos diante de um mito ou dogma, que não poderia se enquadrar na metodologia inerente à ciência (POPPER, 1972).

Continuando a análise das contribuições do supracitado filósofo, cumpre também destacar a busca por ele apresentada em direção de uma espécie de supremacia da razão, não só na metodologia científica, mas em toda vida em sociedade organizada. Popper herdou dos gregos a valorização do debate racional e da dialética socrática, entendendo que cumpriria aos estudiosos atuais continuar a força motriz progressista epistemológica que nos foi herdada pela tradição helênica. (POPPER, 1972).

Segundo o referido filósofo:

> Um dos ingredientes mais importantes da civilização ocidental é o que poderia chamar de "tradição racionalista", que herdamos dos gregos: a tradição do livre debate – não a discussão por si mesma, mas na busca da verdade. A ciência e a filosofia helênicas foram produtos dessa tradição, do esforço para compreender o mundo em que vivemos; e a tradição estabelecida por Galileu correspondeu ao seu renascimento. Dentro dessa tradição racionalista, a ciência é estimada, reconhecidamente, pelas suas realizações práticas, mais ainda, porém, pelo conteúdo informativo e a capacidade de livrar nossas mentes de velhas crenças e preconceitos, velhas certezas, oferecendo-nos em seu lugar novas conjecturas e hipóteses ousadas. A ciência é valorizada pela influência liberalizadora que exerce – uma das forças mais poderosas que contribuiu para a liberdade humana. (POPPER, 1972, p. 129)

A contribuição de Karl Popper para o escopo desse estudo se mostra relevante a partir justamente de seu enfoque na falseabilidade como elemento intrínseco ao conhecimento científico, estendido, pois, à Ciência Jurídica. A compreensão de que o Direito é mutável e dinâmico, fruto da própria essência da vida em sociedade, não permite reputar aos estudiosos jurídicos um objeto hígido e verificável como matéria de estudo.

Uma importante concepção emergida na primeira metade do século passado apontou para o fortalecimento do elemento linguístico como fomentador das discussões epistemológicas consentâneas, não escapando o Direito de tal debate. Hoje tal cenário é bastante encampado pela análise da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas (1981), mas a construção de tal conceito remonta a idos mais remotos.

Nesse afã, destacam-se os pensamentos do alemão Ludwig Wittgenstein, que trouxe ao espectro acadêmico o debate relativo aos conceitos do pragmatismo da linguagem e seu reflexo a partir da interação entre os indivíduos de uma sociedade. Em linhas gerais, Wittgenstein rompeu com a perspectiva cartesiana dos pensadores até então, erodindo a hermética ideia da linguagem como um sistema lógico estanque, lançando base para o que ele denominou de "jogos de linguagem" (WITTGENSTEIN, 1973).

Em seus estudos, o pensador alemão apontou que a língua corresponderia a um conjunto de atividades sociais dirigidas, destacando que as palavras seriam, pois, ferramentas destinadas a fazer as coisas, estabelecendo assim o pragmatismo por detrás da comunicação. Tal feito deslocou a perspectiva racional cartesiana de outrora, rechaçando estruturações fixas da linguagem como padrões estanques a serem absorvidos pelos falantes. Nesse alamiré, figuras como a denotação, representação e retratação seriam objetivos daqueles que "jogam" com a linguagem (Ibidem).

Mais adiante, essa perspectiva derivada da obra de Wittgenstein foi em parte aproveitada pelo jurista inglês Herbert Hart, em sua seminal, e já citada, obra O Conceito do Direito (1961), em especial na compreensão de aceitação e compartilhamento de uma "forma de vida", o que acabou por delimitar o conteúdo atinente à objetividade jurídica por parte deste, com esteio na conceituação de que o Direito é elemento de nossa perspectiva enquanto seres sociais (HART, 1994, p. 10).

O que se percebe, da análise linguística vergastada, é que o Direito parece não escapar desses "jogos de linguagem", dada sua natureza inerente ao conteúdo de elemento de nossa "forma de vida". Ademais, o pragmatismo conferido pelo legislador, consubstanciado em comandos normativos, parece ser dirigido a efetivar determinado fim reconhecido e almejado. De outra banda, o Direito só existe em relações públicas interpessoais. Não se trata, pois, de um

conceito individual, ou que exista por si só. Mas sim, frisa-se, de uma compreensão a ser dada no bojo da discussão social (Ibidem).

Todavia, é de se destacar a riqueza e complexidade das palavras. Para além da mera cognição semântica, esse "jogo" encontra diferentes compreensões e âmbitos, sendo verdadeira matéria prima das construções epistemológicas. Ao Direito, enquanto ciência, compete o equilíbrio entre a incerteza de comandos, do possível intuito do legislador e da percepção direta das palavras. Outrossim, o conteúdo do texto normativo carece de um exercício complexo e profundo para sua clarividência, e é nesse ato de desvelar, seguido pelo de aplicar, que resplandece a figura do magistrado. A norma é o objeto da ciência jurídica, mas ela é agasalhada pela linguagem, sendo esta sempre dinâmica e complexa em sua essência.

Encontrar objetividade nas palavras é um exercício hercúleo ao jurista, que não deve se deixar levar por tautologias ou vazios linguísticos inúteis, em prol de uma presumida busca por segurança jurídica e certeza a ser firmada. Nesse interim, o caminho para o desenvolvimento de uma objetividade que não refuta os elementos intrínsecos do intérprete e aplicador da norma nos parece caminhar pelas trilhas da argumentação jurídica.

5. A argumentação e a busca pela segurança jurídica

A compreensão do direito como ciência se mostra deveras alinhada ao embate de questões de ordem prática e controversas a serem enfrentadas por seus operadores mediante a interpretação e aplicação da norma. Não sem efeito, o agir dos magistrados que devem decidir as lides, não cabendo-lhes afastar a jurisdição, deve ser calcada em técnicas e elementos objetivos, evitando assim o terreno pantanoso das incertezas e injustiças, antagônicas ao equilíbrio social almejado pelo Estado de Direito.

Nessa toada, o célebre pesquisador do Direito, Manuel Atienza, aponta o fato de que nenhum sistema de normas jurídicas é capaz de, por si mesmo, dar cabo de equacionar todos os problemas emergidos no seio social de maneira estritamente lógica, se limitando a pensar a aplicação de normas vigentes a partir de uma perfunctória análise dos fatos (ATIENZA, 2014, p. 203, apud ALEXY, 1978a, p23 e segs.).

Ainda nesse cariz, resplandece ainda maior dificuldade no mundo jurídico quando da harmonização e embasamento de interesses relativos aos direitos fundamentais, notadamente reconhecidos como princípios. Segundo Alexy (2006, p. 26) uma das razões para isso é uma perceptível abertura das disposições do plexo dos direitos fundamentais, isto acrescido de uma

plausível controvérsia existente entre esses valores normativos, em especial àqueles que detêm conteúdos de liberdade, igualdade e valores individuais e sociais em geral.

Alexy também aponta que a fundamentação do discurso opera em sentido complexo e dinâmico, promovendo a intersecção entre os diferentes meios fundamentadores destacados em sua teoria. Nesse desidrato, a utilização dessas ferramentas é imediata, e definida pelos próprios agentes envolvidos no discurso racional. (ATIENZA, 2003, p. 195)

Outrossim, Robert Alexy segue em sua teorização apresentando o que ele intitula as regras do discurso prático geral. Em prima face, ele define aquelas que seriam regras fundamentais destinadas aos falantes que almejam realizarem um discurso fundamentado e encontrarem consenso. Segundo ele, essas seriam a não contradição (inclusive entre as normas), sinceridade, universalidade, e o uso comum da linguagem. (Ibidem)

Em seguida, o doutrinador aponta as regras da razão. A primeira desse grupo, destacadamente a mais importante, diz respeito ao dever de fundamentar. Deve o falante, pois, sempre fundamentar o que diz, ao não ser que consiga justificar o motivo da recusa de não fazê-lo. As outras regras desse grupo abraçam o conceito de "posição ideal de fala" habermasiano, dizendo respeito à igualdade de direitos, universalidade e não coerção em sentido mais estrito. Tratam-se de perspectivas deontológicas, portanto ideais, devendo ser buscadas ao máximo no momento do discurso e da argumentação. (ATIENZA, 2003, p. 196)

Atienza (2003, p. 197) frisa ainda que a teoria de Alexy crava que, em linhas gerais, há duas formas de fundamentar um enunciado singular: por referência a uma regra, ou assinalando-se suas consequências práticas. Tal perspectiva permite resolver várias celeumas jurídicas surgidas, em especial quando pode-se invocar uma regra ou um efeito desejado pela coletividade.

Para além, Alexy é enfático em apresentar o sopesamento como técnica argumentativa a ser

No caso de choque de princípios temos uma perspectiva distinta, em razão justamente da natureza destes, nos termos já discutidos. Nos ensinamentos de Alexy, temos o fato de que determinados princípios isoladamente considerados conduzem para contradição. O pensador cita, a título de exemplo, princípios de normas fundamentais como as restrições punitivas do Direito Penal e o direito à liberdade e incolumidade, fundamentos clássicos das democracias. Nas palavras do pensador:

> A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

> Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (ALEXY, 2006, p. 96).

Alexy bem aponta que quando falamos de princípios estamos diante daquilo que ele chama de mandamentos de otimização, que devem ser aplicados o tanto quanto possível, como já fora esmiuçado. Nessa mesma linha, também destaca ele que não estamos diante de mandamentos definitivos, mas sim ordens *prima facie*. Isso implica dizer que, segundo ele, tal ideal decorre da perda do caráter definitivo estrito dessas normas. Em aspectos gerais, um princípio cede lugar quando, observada a realidade fática, ele é superado por outro que recebe peso maior e possui caráter antagônico. (ALEXY, 2006, p. 105)

O jurista debatido estabelece, na mesma obra aqui já exaustivamente citada, que referido caráter *prima facie* dos princípios "pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios" (ALEXY, 2006, p. 105-106). Aqui Robert Alexy faz uma importante menção a outro assunto correlato já detalhado nesse estudo, qual seja sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Nesse cariz, Robert Alexy (2006) define que uma valorosa perspectiva de resolução de choques de princípios de normas constitucionais fundamentais se dá a partir da utilização de técnicas de sopesamento, entendido por ele como um afinamento de sua Teoria da Argumentação Jurídica.

Nesse interstício, segundo o nobre pensador, com azo naquilo que ele chama de Lei Geral de Sopesamento, percebe-se que a medida possível de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância de satisfação do outro no caso debatido. Temos, pois, uma delimitação de princípios relativos, por não valerem por si mesmos, mas por dependerem de análises concretas das inúmeras facetas lançadas no caso em testilha, mormente observando as possibilidades jurídicas factíveis. (ALEXY, 2006, p. 167-168)

Em suma, tudo o que fora demonstrado até agora quanto à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy diz respeito a um embate argumentativo-discursivo emergido em uma realidade de necessidade de fundamentar escolhas e pretensões, ou ainda, apontando qual caminho foi escolhido para determinada decisão surgida. Percebe-se que o ideal apontado por essa teoria se encontra notadamente construído sobre bases do discurso habermasiano, em uma medida lógico-dedutiva que permite o estabelecimento de um processo de encontro de consensos e solidez das proposições (ATIENZA, 2003, p. 105).

Em uma análise mais prática para este trabalho, a teoria alexyana até aqui apresentada parece fornecer uma grande contribuição para a solução de conflitos que demandam maior participação do sujeito, em especial quando da necessidade de imprimir densidade em conceitos jurídicos de natureza indeterminada, e que evidenciam a subjetividade dos conteúdos semânticos tanto legislador quanto do aplicador da norma (Ibidem).

Outrossim, percebe-se uma construção técnica argumentativa que permite fundamentar, mesmo em um terreno sinuoso dos princípios e da linguagem em sua complexidade, as decisões jurídicas para casos difíceis, escancarando assim a subjetividade que englobam tais casos em suas diferentes perspectivas. Esse seria, em suma, o caminho para a segurança jurídica.

Em uma síntese bastante direta, a argumentação jurídica apresentada como ferramenta lógica e sistematizada, como proposto por Alexy, conferiria densidade e força justificante para as decisões judiciais que enfrentam casos difíceis, mormente aqueles calcados em princípios, permitindo espaço para falseabilidade argumentativa contrária, caminhando assim para uma pretensa segurança jurídica.

No que tange a esta última, o professor Osvaldo Ferreira de Melo (1998, p.38), assim destaca, *in verbis*

> No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos "garantidos" pela ordem jurídica, sejam efetivos.

Em outra medida, a segurança jurídica é um elemento fundamental para afastar arbitrariedades e decisionismos jurídicos. Nesse diapasão, não deve imperar no mundo do Direito um conteúdo de incerteza e "achismos" por parte de seus operadores. Muito menos devem valores muitos servirem de norte para as decisões, sem que estes se mostrem devidamente fundamentados, servindo-se de elementos argumentativos claros (STRECK, 2014, p. 485).

Como já se debateu em certa exaustão nesse trabalho, um grande risco de conferir ao operador do direito, mormente aos magistrados, o poder de ponderar ou estabelecer preferências prima face à certas normas, é gerar uma relativização extremada do Direito, que mergulhe nosso Estado Democrático no lodo da insegurança jurídica.

Este trabalho tencionou, explicitamente, defender a tese que através da argumentação jurídica, destacadamente a proposta por Robert Alexy referente aos "casos difíceis do direito",

é possível dar densidade aos princípios constitucionais indeterminados, escancarando a subjetividade do julgador, permitindo assim sua refutabilidade argumentativo, sem ofender a integridade do sistema e o princípio postular da segurança jurídica.

Conclusão

O presente artigo almejou apresentar, mesmo que brevemente, uma perspectiva para a ciência jurídica contemporânea, mormente apontando como a força do intérprete e do aplicador da norma confere força em demasia à subjetividade do jurista, em destaque do magistrado, enquanto aquele que interpreta e decide as lides jurídicas postas.

De outra banda, destacou-se como a indeterminação normativa, em especial aquela oriunda da análise de princípios jurídicos, permite a percepção de um conteúdo subjetivo, o que, confrontado com o âmbito linguístico aberto que encapa o Direito, possibilita a existência de uma textura aberta da ordem jurídica.

Nesse cariz, é de se destacar o fortalecimento da atuação do magistrado, bem como a consequente e já repisada carga subjetiva que passa a emanar das decisões do Poder Judiciário. Tal fato delimita um cenário contraditório em prima face, em especial por tal subjetividade ir contra o esperado âmbito objetivo da ciência jurídica e sua alardeada pureza.

Malgrado, negar tal senda, a da subjetividade, parece ser um enfoque equivocado, que afasta elementos intrínsecos da ordem humana, em destaque das relações sujeito-objeto e sujeito-sujeito. Refutar, pois, tais características seria negativo ao próprio Direito, entendido como ferramenta social legítima a serviço de todos.

Ora, se o Direito é um fato social, não se pode imaginá-lo como desprovido de elementos humanos e dinâmicos, oriundos da própria natureza da vida em sociedade. Ademais, traçar regras de conduta estanques e rígidas é um caminho negativo para o desenrolar das lides surgidas, mormente pelo plexo dinâmico dos casos concretos a serem debatidos.

Em nossa pesquisa, além de apresentar comentários acerca da norma, fornecendo destaque àquelas de ordem principiológica, também se objetivou elencar como, em uma medida oposta, a "justiça do caso concreto", erigida a partir das decisões dos juízes de direito, podem prumar para excessivos ativismos judiciais ou decisionismos, o que entra em rota de colisão com a segurança jurídica almejada pelo Estado de Direito.

A saída para tal celeuma não nos parece ser a busca por uma pretensa objetividade extremada da pura ciência jurídica. Em sentido oposto, diz respeito a fortalecer a argumentação jurídica como elemento precípuo do agir do magistrado, fundamentando com a devida razão e

completude as premissa que levaram à decisão prolatada. Em nosso estudo, traçamos uma clara ligação entre os deslindes da observância da filosofia da linguagem como uma possível percepção que imbrica na análise jurídica posta, delimitando a importância do papel do sujeito na relação de aplicação do Direito.

Ademais, ao destacar que, mediante efetiva aplicação de uma minuciosa argumentação jurídica, escolhendo esse estudo o modelo argumentativo proposto por Alexy, visou essa pesquisa demonstrar como a subjetividade não deve ser escondida das premissas lógicas debatidas. Ao contrário, deve ela ser escancarada e a todos explicitada, partes do processo e sociedade, permitindo assim a falseabilidade ou não do conteúdo semântico e normativo que dela deriva.

Outrossim, a segurança jurídica não deve caminhar em sentido oposto à natureza social do direito e do conteúdo conceitual de justiça que lhe abastece. Sendo assim, o equilíbrio entre a objetividade que o Direito clama, tendo por tal a segurança normativa esperada, e a subjetividade inerente à produção de conhecimento humana, se mostram como um verdadeiro e importante esforço a ser executado pelo aplicador do direito.

Em linhas gerais, esse trabalho se destinou a traçar uma reflexão crítica a partir da complexidade normativa e da relação dos sujeitos da sociedade com o direito, que desemboca na percepção de que a subjetividade é elemento inerente e fundamental ao Direito, mas que deve integrá-lo em uma medida racional e passível de refutabilidade por meio da realização da argumentação jurídica. A segurança que é cara ao Direito só será encontrada, em nosso ver, se o elemento subjetivo restar explicitado enquanto objeto da argumentação e for explicitado a todos os envolvidos no processo debatido.

Referências bibliográficas

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ATIENZA, Manuel**. As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art.20090130-01.pdf> Em: 02 fev. 2009. Acesso em: 12 out. 2022

BARROSO, Luís Roberto. **Princípios constitucionais brasileiros**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: n. 1, 1993

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Apresentação José Luis Bolzan de Morais e Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000ª.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KIRCHMANN. H. J. von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Trad. e prefáciode A. Truyol. 2.ed. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1961.LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución (Trad. Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona: Ariel, 1983.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. **O conceito de direito em Hart**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart

LA TORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1978.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **A (In)adequada recepção da ponderação Alexyana pelodireito brasileiro / Lorena Duarte Santos Lopes**. – 2014. Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.

POPPER, Karl Raimund**. Conjecturas e refutações**. Brasília: UNB, 1972.

STRECK, Lenio**. Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: G Z, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.