

## ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA JURÍDICA: IMPLICAÇÕES DO JUSDECISIONISMO E OS TRAÇOS DA NOVA RETÓRICA ADVINDOS DO AUDITÓRIO, DA PERSUASÃO E DO CONVENCIMENTO

**William Thomas Gubert**

Especialista em Direito Obrigacional, em Direito Tributário, em Direitos Humanos (Faculdade Focus) e em Direito das Famílias e das Sucessões (Faculdade UniAmérica). Pós-graduando em Direito Administrativo (Faculdade Focus). Advogado. Bacharel em Direito laureado e com destaque acadêmico (PUCRS). Capacitação em Direito e Processo Penal (Faculdade IBRA).

<https://orcid.org/0000-0002-1169-6352>

<http://lattes.cnpq.br/5977003550523928>

E-mail: [w.t.gubert6@gmail.com](mailto:w.t.gubert6@gmail.com)

DOI-Geral: <http://dx.doi.org/10.47538/RA-2023.V2N2>

DOI-Individual: <http://dx.doi.org/10.47538/RA-2023.V2N2-23>

**RESUMO:** O presente artigo científico analisa o cenário e o contexto da hermenêutica jurídica, da argumentação e do trio componente da Nova Retórica, são eles: o auditório, a persuasão e o convencimento. O objetivo é examinar os conceitos, as aplicações e as repercussões extraídas entre os termos e, naquilo que for viável, correlacionar os institutos acima para uma melhor compreensão do panorama. Para este fim, realizou-se uma breve revisão de literatura acerca da conceituação de Jusdecisionismo e a sua relevância à Hermenêutica Jurídica; bem como - pelo mesmo método de busca - da pesquisa sobre as categorias essenciais da Nova Retórica à argumentação jurídica: o auditório, a persuasão e o convencimento. Os resultados diagnosticados mostraram que são espaços e conteúdos jurídicos distintos, porém conectáveis entre si. No ponto final, enfatiza-se a noção imaginando um diálogo técnico e hermenêutico hábil à luz da Constituição Federal e dos demais regramentos do Ordenamento Jurídico brasileiro em direção a uma mais segura e proveitosa resposta estatal materializada pelo judiciário à coletividade em geral brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica jurídica. Jusdecisionismo. Retórica.

### ARGUMENTATION AND LEGAL HERMENEUTICS: IMPLICATIONS OF LEGAL DECISIONISM AND TRACES OF NEW RHETORIC ARISING FROM THE AUDITORIUM, PERSUASION AND CONVINCING

**ABSTRACT:** This scientific article analyzes the scenario and context of legal hermeneutics, argumentation and the component trio of New Rhetoric, namely: the audience, persuasion and persuasion. The objective is to examine the concepts, applications and repercussions extracted between the terms and, where feasible, correlate the above institutes for a better understanding of the panorama. To this end, a brief literature review was carried out on the concept of Jusdecisionism and its relevance to Legal Hermeneutics; as well as - by the same search method - research on the essential categories of New Rhetoric to legal argumentation: the audience, persuasion and convincing. In the final point, especially, the notion is emphasized, imagining a skillful technical and hermeneutic dialogue in the light of the Federal Constitution and the other rules of the Brazilian Legal Order towards a safer and more profitable state response materialized by the judiciary to the Brazilian community in general.

**KEYWORDS:** Legal hermeneutics. Jusdecisionism. Rhetoric.

## INTRODUÇÃO

A importância e as repercussões do instituto e, substancialmente, das técnicas e das ferramentas propiciadas pela Hermenêutica há muito tempo são sentidas na prática - forense - e na teoria acadêmica.

No caso particular do segmento aplicável ao Direito não seria diferente. Inúmeros são os trabalhos, as pesquisas e os desenvolvimentos vindos de estudiosos e de aplicadores das ciências jurídicas e sociais. Desde a facilitação e a construção de um ambiente mais fértil e rico em teses, vertentes e interpretações, até a otimização e a acessibilidade da busca ou da apresentação da solução casuística à luz dos hermeneutas.

Tendo estas premissas e orientações gerais, faz-se o convite - em boa hora oportunamente - para o amigo leitor à crítica, à divagação e à valiosa experiência cognitiva de aprendizado técnico-jurídico por meio da literatura própria ao tema investigado.

Nesta jornada de conhecimento em formato de artigo, pautou-se as temáticas na seguinte estrutura: a) busca e averiguação da significação do vocábulo “Jusdecisionismo” e da sua importância e pertinência para a Hermenêutica Jurídica, bem como b) exame das três categorias essenciais da Nova Retórica à argumentação jurídica; ou seja o auditório, a persuasão e o convencimento precisamente.

## CONCEITUAÇÃO DE JUSDECISIONISMO E A SUA RELEVÂNCIA À HERMENÊUTICA JURÍDICA

O jusdecisionismo, com base no material de apoio, bem como das demais fontes, apresenta-se, inicialmente, como sendo uma das grandes correntes jurídicas na qual o juiz detém uma postura mais ativa e intervencionista para criar uma solução por meio de uma decisão, levando-se em conta o Ordenamento Jurídico como diretriz do raciocínio argumentativo à solução do caso concreto. Contudo, já de início, alerto que outros dados e ideias serão adicionados à conceituação do primeiro parágrafo, é claro.

Para tanto, nesse olhar, o ordenamento jurídico possui, como sua principal função, fornecer argumentos para fundamentar a decisão criada pelo intérprete no caso concreto.

De outro lado, tal posição jurídica compreende como aplicação do direito o desenvolvimento de um raciocínio (argumentativo) que promova uma decisão (para o conflito).

Complementando-se o cenário, tem-se ao jusdecisionismo que a interpretação do Direito significa a reconstrução do sentido e do alcance das expressões do Direito, buscando a decisão. Logo, inicialmente, nota-se que o jusdecisionismo é mais abrangente, por exemplo, do que o juspositivismo, na medida em que não analisa a Ordem Jurídica pátria para indicar ao intérprete qual deve ser a decisão para o caso concreto, tal como seria esperado nessa última vertente, justamente porque - como apresentado acima - esse Ordenamento aludido, à primeira corrente, mune a argumentação utilizada pelo intérprete ao criar uma decisão ao caso *in concreto*. O controle, do litígio, entre as partes e um terceiro comunicador, o juízo, árbitro, legislador (sujeito normativo, norma) (FRANÇA, 1999).

Igualmente digno de nota, que, como ensinado ao longo do semestres do curso de Direito, a vertente jurídica tratada nessa questão é, também, concebida por outra terminologia, qual seja, a do ativismo judicial.

Consoante material extraído do escopo doutrinário diverso, colhe-se, preliminarmente como, minimamente, algumas importâncias do jusdecisionismo. Primeiro, pela pluralidade de ideias e premissas, uma vez que, conforme será mais detalhado posteriormente, apresenta-se como uma alternativa (corrente) jurídica distinta das demais, inclusive anteriores, motivo pelo qual, por si só, já chamaria atenção a qualquer bom hermenêuta, no mínimo pelo zelo ou pela curiosidade inerente ao inédito ou diferente.

Ainda no item primário, tem-se que a pluralidade de formas de aplicar e interpretar o direito são à evidência, linhas mestras condutoras do processo da teoria ou da ciência intrínsecas da Hermenêutica jurídica. Segundo, pela crítica aos modelos anteriores e, quiçá, futuros, caso venha a ser constituído um ou mais vertentes dissonantes do ativismo. Para cá, aliás, também aproveita-se da lição orientada pelo grande mestre jurista acerca do tema, Carlos Maximiliano; pelo qual: a Hermenêutica aqui estudada tem por objeto o

estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, 2017).

Novamente, resguarda-se o comentário de comparação daqui ao final desta resposta, especialmente pelo magistério de Luís Barroso. Terceiro pela estímulo à reflexão dos hermenêuticas no que tange à realidade e aos casos (litígios) conflitantes que a sociedade resta por condicionar ao Judiciário a solução, com mais ênfase atualmente. É evidente que o teor da importância à hermenêutica jurídica paira à análise da interpretação e da aplicação do direito no mundo fático-jurídico hodierno, por três motivos conexos: passado, presente e futuro.

No item passado, logicamente a ciência hermenêutica respeita e acolhe lições doutrinárias e casos precedentes, porém não vive dele; no que cabe ao presente, segundo tópico, é, literalmente, a realidade tal como posta agora, força pela qual é o espelho do vida forense e acadêmica e, finalmente, o último das três palavras, o futuro, urge atenção e ponderamentos ao próximo quadro da vida jurídica, isto é, o ainda não vivido, razão pela qual faz-se imprescindível o estudo e a crítica constante do atual, também com vivência pretérita, para olhar com mais segurança a atuação do jusdecisionismo brasileiro. Da mesma maneira que o alerta logo ao início da resposta, a ou as importâncias do jusdecisionismo (ativismo judicial) também serão complementadas no decorrer da leitura desta resposta.

Diante disso, contextualizar-se-á o tópico do jusdecisionismo aos dias hodiernos, nos quais nota-se, claramente, um aumento da atuação do Poder Judiciário brasileiro. Desse modo, em contraponto, persiste uma certa descrença no Poder Legislativo e no Poder Executivo, cuja consequência é o enfraquecimento institucional de ambos, motivo pelo qual, houve, como efeito, uma exigência reiterada ainda maior -quicá necessária- de decisões acima daquilo que estava até mesmo acordado no Poder Julgador acerca das questões de Estado (cunho político, público, particular, trabalhista, patrimonial e etc). Nesse panorama, conforme visto em aula, também deve ser apontado um paralelo proporcional à medida da evolução do Constitucionalismo.

Com a obra lida de Alves, cita-se Canotilho ensinando que independentemente do tipo de Estado, o Novo Constitucionalismo para contribuir com a formação de um Estado

capaz de assegurar os enquadramentos jurídicos e institucionais, visando a prossecução do desenvolvimento sustentável equitativo deverá somar aos princípios tradicionais do Estado: proteção da segurança e da confiança jurídica, proporcionalidade, acesso ao direito aos novos Princípios, tais como: o da transparência dos trabalhos, das instituições, dos órgãos do Estado; da coerência das diferentes políticas e ações que o Estado promove âmbito político, social, econômico, cultural, ambiental, internacional; da abertura especialmente vocacionado à busca de solução múltiplas de governo; da eficácia de ações políticas e o da democracia participativa. Adiante segue dizendo que esses novos comandos principiológicos devem ser acrescentados segundo esse paradigma formando uma nova proposta no direito constitucional (CANOTILHO, 1999).

A visão referência desta pergunta avaliativa, a qual também pode ser chamada de ativismo judicial, defende, ainda, por exemplo, que a força do Poder Judiciário cresce com o aumento dessa descrença e/ou ineficiência dos demais Poderes (enfraquecimento deles mesmos), e conseqüentemente eclode o Judiciário para suprir essa lacunas cujas relações são de cunho político, particular, patrimonial, resolvidas pelo Poder da Magistratura. Por óbvio, o fenômeno ativista da magistratura não se restringe ao aspecto teórico, nem mesmo a uma ou outra ramificação do direito, exemplificando, ativismo judicial no direito tributário (CASSONE; ROSSI; CASSONE, 2017).

Portanto, partindo-se dessas contextualizações acerca da vertente do direito jusdecisionista, encontra-se com maior razão e munição o uso das instrumentalizações propiciadas pela Hermenêutica jurídica, concebida como técnica (ciência) para decidir, tanto na posição de julgador quanto na de defensor (teses), acusador ou defensor; tecnicidade para orientar como organizar, sistematizar, visualizar a construção de textos, auxiliar na compreensão, entendimento do próprio texto. Não se esquecendo, jamais, que trata-se, no fundo, de uma comunicação, de tal modo que a clareza enquanto meta, deve ser almejada levando-se em consideração a existência de um interlocutor dessa linguagem (aqui, convém referir Humberto Ávila no que toca a linguagem e seus significados mínimos (ÁVILA, 2014).

Como bem advertido em aula, o texto sozinho (puro) tem ali disposições de elementos linguísticos em estado de provisoriedade, visto que tais valências, postas nesse texto, estão comprometidas, desde o primeiro momento, ao conhecimento prévio do

GUBERT, W. T. Argumentação e hermenêutica jurídica: implicações do jusdecisionismo e os traços da nova retórica advindos do auditório, da persuasão e do convencimento. *Revista Eletrônica Amplamente*, Natal/RN, v. 2, n. 2, p. 335-354, abr./jun. 2023. ISSN: 2965-0003.





ouvinte ou do leitor, àquele direcionado. Nessa ótica, de pronto, parte-se de conhecimento prévios: do mundo, da área jurídica, social e afins. Logo, compreende-se que o texto isoladamente, é quase desprovido de sentido, pois a compreensão é uma interação e construção do leitor com aquilo que está redigido no texto. Logicamente, há limites hábeis dessa interpretação, dessa compreensão, à exemplificação: a circunstância fática, elementos concretos, ambos devem constituir essa decisão.

Nas palavras do jurista e magistrado, Barroso, inegável que o sentido mínimo e máxima das palavras figuram como limites à atuação criativa do intérprete jurídico. Se fosse permitido o inverso, qual seja, não existindo tal limitação, a linguagem perderia a sua capacidade de comunicar ideia e transformar-se-ia em um mero joguete a serviço de qualquer objetivo. Concluindo, então, que se o texto não comporta a interpretação pretendida, não é possível chegar a ela (BARROSO, 2013). Acompanhando a ideia central no tocante aos significados mínimos da língua comum, bem como reafirmando o ponto de partida ao hermeneuta (FERRAZ JUNIOR, 2001). Limitação, também, pelo sentido das palavras e expressões empregadas (BELTRÃO, 2014).

Complementando-se a ideia de provisoriedade suscitada há pouco, Hugo de Brito já apontou em uma de suas obras que a linguagem nem sempre nos oferece os instrumentos adequados à expressão exata do que pensamos, de sorte que também a palavra compulsória, por exemplo, como muitas outras, tem o defeito da ambiguidade, ou da imprecisão, ou da insuficiência (MACHADO, 2015).

Oportunamente, também, deve ser frisado que o jusdecisionismo afigura-se como uma visão atual, mais arejada de direito, cuja a interpretação se compromete com uma dada interpretação sistemática do direito. Por sistemática e sistemas, refere-se tanto a sistema literal do que está escrito, das expressões inscritas no Ordenamento quanto desde com o dispositivo legal aquilo que está posto desde os processos de construção e reconstrução ao sentido, para alcançar o sentido mais adequado ao caso concreto. Corroborando, o ponto da complexidade social e às exigências de formas de organização à ela compatíveis (FRANÇA, 1999). O professor da UFRGS, Ávila, lembra que o Ordenamento, enquanto guia ao intérprete do direito, é a diretriz (ÁVILA, 2014).

No processo de interpretação jurídica, não apenas se constrói, como reconstrói sentido (ÁVILA, 2014). Construção, para fins de interpretação constitucional, vai além da exploração do texto e pode recorrer a considerações extrínsecas. Noutros termos, essa figura de construção permite retirar conclusões fora e além do contido nos textos ou nos fatores considerados por ele (BARROSO, 2013).

O jusdecisionismo dispõe de uma liberdade para reconstrução do sentido, para chegar a uma decisão mais adequada para o caso concreto, não de verdades *a priori* tal como no juspositivismo. Para a primeira vertente, não se trata, assim, de uma adequação pura e simples de conformação do caso a uma norma jurídica adequada.

Ainda, tocando o jusdecisionismo, pontua-se que, notoriamente, é uma corrente mais arejada, a qual nutre autonomia e liberdade para o intérprete, claro que com restrições, como visto há limites do STF, impondo-se limitações. Não nega, nem exclui normas jurídicas, descabe, então, abolir simplesmente (conveniência), em que pese seja uma visão mais aberta. Esses limites, materializam-se pelo Princípio da legalidade, cuja força vincula o magistrado à lei e ao direito. Evidentemente, foram mencionados os conceitos indeterminados e a discricionariedade passível em certos casos nos quais o juízo assume papel análogo ao legislador (FRANÇA, 1999).

Em sintonia temática afim, convém apresentar o trecho que segue: apesar das limitações decorrentes da divisão e independência dos poderes, ainda resta aos magistrados um campo vastíssimo de atividade autônoma, em consequência do dever inelutável de despachar, ou decidir, todos os feitos compreendidos na sua jurisdição e competência; sejam quais forem as deficiências dos textos positivos (MAXIMILIANO, 2017).

Mais, conforme lição doutrinária competente, o Poder Judiciário e Ciência do direito encontram limites, mesmo na construção de significado, na Carta Magna; crítica a certas decisões do STF mudando a textualidade da Constituição (não é livre a atuação do intérprete) (ÁVILA, 2014).

Noutro nome defensor da ausência de liberdade plena analisada aqui, igualmente defende a limitação no processo de interpretação do hermeneuta, citando decisão

paradigma do STF na qual confirma que toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem (BELTRÃO, 2014).

Comentando sobre a representação da Constituição Federal pátria, pertinentemente ao tema limitador da interpretação da magistratura, mormente no segmento de caráter político percebe-se que essa Carta limita poder, inclusive da atuação judicial (BARROSO, 2013).

No caso do direito, sempre haverá uma norma, um intérprete e um ou mais destinatários dessa interpretação. Claro, como amplamente defendido e exposto antes, nesse labor cognitivo, o intérprete não está legitimado a criar ou inventar livremente o que melhor lhe aprouver. Por outro lado, inexistente um caminho único à expressão dessa interpretação, razão pela qual as externalidades (ambiente externo), tal como a plateia e as contingências do intérprete farão diferença (BARROSO, 2013).

Ciente da riqueza temática, oportunamente far-se-á seleção de trechos pontuais da doutrina hábil em matéria afim e/ou conexa: França escreveu que, à época, precisava-se indagar acerca da força e da importância da decisão jurídica (Teoria à obtenção dessa decisão), entendida como um fenômeno complexo, um processo dentro de outro processo muito mais amplo que pretende transformar alternativas indecidíveis em decidíveis (risco de criar situações novas ainda mais complexas do que as primárias). Dessa linha, depreende-se que decisão jurídica é correlata, em certa perspectiva, ao conflito jurídico (FRANÇA, 1999).

Merece nota que o julgador detém um comportamento peculiar pela capacidade de solver conflitos. Contudo, o autor segue com brilhantismo afirmando que a decisão aqui vista não finda o conflito; impede a continuação desse não terminando pela solução, mas solucionando-o, pondo fim (trazer para um novo status imutável -coisa julgada- mesmo não eliminando a incompatibilidade primitiva). O suposto fático, ao seu turno, pode ser caracterizado como um limitador argumentativo ao decididor pois fixa limites à apreciação dos casos concretos (critério limitador). (FRANÇA, 1999).

O doutrinador segue explanando que somente o suposto fático não basta à decisão, devendo existir, conjuntamente, a prova (dilação, confiança, simpatia, técnica probatórias jurídicas) a qual, inclusive, é mutável conforme cada instância decisória e, por obviedade,

GUBERT, W. T. Argumentação e hermenêutica jurídica: implicações do jusdecisionismo e os traços da nova retórica advindos do auditório, da persuasão e do convencimento. *Revista Eletrônica Amplamente*, Natal/RN, v. 2, n. 2, p. 335-354, abr./jun. 2023. ISSN: 2965-0003.





distinta da primeira base, a qualificação jurídica que destina-se ao julgador (FRANÇA, 1999).

Limongi explora que a Ciência jurídica, enquanto Teoria da Decisão, capta o problema de decidibilidade dos conflitos sociais como uma intervenção incessante do direito à convivência humana visto como um sistema de conflitos intermitentes. No final da página, diz que os comandos abertos, tais como a analogia, equidade, princípios gerais do direito acabam por serem verdadeiras normas permissivas à criação do direito pelo aplicador jurídico (FRANÇA, 1999).

Além da mera exegese, concebendo o direito como uma verdadeira técnica de intervenção, algo não pronto, mas está em constante construção nas interações sociais (FRANÇA, 1999). Barroso exemplifica, à pertinência do sentido inverso, uma das Escolas do pensamento jurídico, pela categoria formalista, a da Exegese (formalismo jurídico; inadmitindo a criação jurídica dos magistrados, devendo haver a subsunção dos fatos à norma, viés mecanicista) (BARROSO, 2013).

Em contrapartida, novamente com ideal didático, como forma de reação antiformalista (categoria), desenvolveu-se outras Escolas jurídicas, à exemplificação: Direito Livre e Realismo Jurídico. O brilhante professor e ministro da Corte Suprema segue explicando que, dentre as características comuns dessas Escolas, havia o reconhecimento do papel mais ativo dos juízos na medida em que admitiam um papel criativo desses (BARROSO, 2013).

O problema de decisão, cujo ponto de partida não é, necessariamente, a norma ou o Ordenamento, mas os conflitos sociais. Entretanto, não dispensa-se, por óbvio, o Ordenamento, haja vista que esse detém os caminhos possíveis (procedimentos) à resolução dos conflitos; extravasando os limites dogmáticos (alternativas econômicas, políticas e sociais) (FRANÇA, 1999).

Finalizando o capítulo, o professor da USP, Rubens, explicita a problemática maior dessa Teoria informado por ele, qual seja, o fato de não descrever os comportamentos procedimentais que levam à decisão, mas mostrar-lhes a relevância normativa; não usando a exegese às normas como centros de sua atividade, mas como um

dos instrumentos capazes de obter enunciados à solução de possíveis conflitos (FRANÇA, 1999).

Levando-se em consideração que a hermenêutica jurídica, para o magistrado do Supremo analisado neste labor, é um domínio teórico, especulativo, voltado à identificação, ao desenvolvimento e à sistematização dos princípios de interpretação do direito e que a interpretação jurídica, por sua vez, consiste na atividade intelectual de revelar ou atribuir sentido a enunciados normativos notadamente almejando findar conflitos (problemas) por meio técnicas, métodos e parâmetros com o fito de proporcionar legitimidade, racionalidade e controlabilidade à interpretação (BARROSO, 2013).

Adendo didático: Barroso explica que, dentro de um dos planos da interpretação constitucional, o jurídico ou dogmático, encontram-se as regras de hermenêutica, os elementos de interpretação jurídica e os princípios específicos de interpretação constitucional (BARROSO, 2013).

Tendo em vista as características e generalidades apontadas anteriormente até aqui poderia ser conceituado uma forma do jusdecisionismo. Todavia, para fins pedagógicos, realizar-se-á, igualmente, outro apoio doutrinário de grande qualidade para o melhor aproveitamento acadêmico e, logicamente, munir os apontamentos finalísticos.

Nesse passo, então, outra obra merecedora de indicação expressa é a do docente e magistrado Barroso, na qual com muito maestria dispõe sobre diversos temas afins ao direito constitucional, e sobretudo ao que interessa para esta avaliação, o ativismo judicial.

Agora, tocando o ponto nuclear da questão, o ativismo judicial, disposto no tópico do terceiro espectro de análise da interpretação constitucional, ou seja, o prisma de justificação política ou da legitimação democrática. O ilustre doutrinador começa escrevendo que tal plano consubstancia-se pelo debate acerca da separação dos poderes e da legitimação democrática de decisões judiciais. Nesse passo, quando o Poder Julgador invalida atos advindos do Legislativo ou do Executivo (ação de declaração de inconstitucionalidade, pela não integração das omissões constitucionais, por exemplo) surgem as discussões atinentes ao Ativismo ora analisado (BARROSO, 2013).

Para o ministro do STF, o ativismo judicial, terminologia usada em seu livro, pode ser, como mais adiante encontra-se uma significação de ativismo judicial, entendido como sendo uma participação mais ampla e mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais com mais espaço de interferências na atuação dos demais Poderes.

Tal postura ativista pode vir através de condutas: aplicação direta da Constituição a situação não expressamente previstas no texto legal, independentemente de manifestação do Legislador Originário; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos do que os de patente e ostensiva violação à Constituição e imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em matérias de políticas públicas (BARROSO, 2013).

Todavia, adverte em bom tempo e boa hora que mesmo na postura ativista, a qual procura extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional, não se trata de invasão ao campo de criação livre do direito (BARROSO, 2013).

De qualquer modo, mesmo com as críticas e as colocações cabíveis à corrente jurídica do jusdecisionismo (ativismo judicial), é fato inquestionável que existem cenários desfavoráveis cuja atuação ativa do Judiciário faz-se imperiosa, tal como nos quadros fáticos cuja pretensão de uma maioria fica obstada pela grande influência de uma minoria ou, ainda, por vicissitudes históricas da tramitação legislativa ou, por fim, sufocação de direitos fundamentais aos grupos minoritários. Diante dessas situações possíveis, o Judiciário poderá avançar o processo político e social, ao menos com mais urgência (BARROSO, 2013).

Diante do exposto, permite-se, a título de breves considerações finais à presente resposta da primeira questão (dupla), conceber o jusdecisionismo (ativismo judicial) como sendo a corrente jurídica cuja prática racional do aplicador do direito, precisamente, pertencente da magistratura no qual compreende que o Ordenamento Jurídico, enquanto na sua principal função, fornece argumentos para a fundamentação da decisão criada pelo intérprete ao caso concreto.

Há autor que traçou a diferença entre o legislativo e o judiciário de modo bem criativo e até didático; pela qual a relação do legislador e do juiz correspondem -

GUBERT, W. T. Argumentação e hermenêutica jurídica: implicações do jusdecisionismo e os traços da nova retórica advindos do auditório, da persuasão e do convencimento. *Revista Eletrônica Amplamente*, Natal/RN, v. 2, n. 2, p. 335-354, abr./jun. 2023. ISSN: 2965-0003.



pedagogicamente - ao vínculo presente entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis. Assim, tudo isso faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas (MAXIMILIANO, 2017).

Dessa forma, a aplicação do direito, seria o desenvolvimento de um raciocínio argumentativo o qual promova uma decisão para o conflito e a interpretação do direito corresponde a reconstrução do sentido e do alcance das expressões do direito, buscando essa decisão. Somado a isso, em palavras certeiras e aproveitáveis do grande jurista, que labora na Suprema Corte pátria, taxa-se à significação da vertente ativista notoriamente analisada com outros pilares: a participação judiciária mais proativa e presente na concretização dos valores e/ou fins constitucionais com mais espaço de interferências na atuação dos outros dois Poderes brasileiros; comandos de obediência, via decisão judicial, ao Poder Público nas políticas públicas e as declarações de inconstitucionalidade de normas emanadas pelo Poder competente para tanto sem lançar mão de critérios rígidos no controle da constitucionalidade desses atos.

Finaliza-se reiterando que, embora o judiciário apresente-se com mais força e atitude no ativismo judicial, tal corrente possui limites e não está de modo algum livre para atuar como bem entender (puramente conveniência; arbítrio), desrespeitando o Ordenamento e, como Norma repartição de competência (poder), a Constituição da República.

Assim, não restam dúvidas de que a hermenêutica jurídica -enquanto ciência ou teoria da interpretação jurídica e da aplicação do Direito; um campo da ciência do Direito ou teoria do Direito à luz das aulas- deve e muito ater-se à sua essencialidade histórica e hodierna na averiguação da constatação de quais os caminhos traçados pelo intérprete do direito aqui em comento, o judiciário (órgãos) sobretudo, mas não somente, com a finalidade de compreender o raciocínio jurídico percorrido pelo juízo ao proferir uma decisão cuja natureza é mais ativa e criativa por excelência.

Logo, converge-se o presente labor, como carga conceitual maior, às importâncias à Hermenêutica jurídica, em atenção às relevâncias conexas. No início desta avaliação foram elencados três pontos do jusdecisionismo encontrados e tidos como relevantes à ciência ou à teoria da hermenêutica do direito.

Dessa conversa fundamentada, foram realizadas adições pontuais e outras mais gerais a todo o escopo do conteúdo desses pontos. No primeiro, da pluralidade de ideias e de premissas, ao passo que o Ativismo judicial que não se restringe ao formalismo jurídico tradicional de outrora, sequer ao positivismo mecânico de subsunção, encontra-se um alerta aos atuantes da hermenêutica em conseguir rastrear a argumentação adotada pelo magistrado criador da decisão ao caso em concreto partindo da Unidade jurídica (sistema).

De início, lembra-se que, tal postura ativa do Judiciário pode ir em benefício da sociedade (legítimo) ou em malefício (ilegítimo), mesmo um juízo bem intencionado em um caso particular pode ir de encontro às regras limitadoras dessa intervenção proativa, independente da consciência do julgador nesse litígio em especial. Dito de outra forma, ainda que com boas intenções ao atuar na criação do decisão à solução do conflito, o membro do quadro de carreira da magistratura pode incorrer em prejuízos outros ao Sistema de direito brasileiro como um todo, até mesmo futuramente.

Quanto ao segundo trecho, às críticas aos modelos anteriores e indicações às correntes futuras do direito, a natureza do jusdecisionismo aponta claramente como um contraponto à figura da singela exegese de antigamente. Se as normas não são suficientes para precisar todas as respostas aos casos que circulam no Judiciário, é certo que nessa constatação de insuficiência legislativa absoluta os juízos não poderão criar qualquer argumentação racional para decidir conforme interesses ou conveniências pessoais, sob risco de autoritarismo sem tamanho totalmente indesejado e veementemente punível pela doutrina e pelos magistrados democráticos (inexiste espaço no Estado brasileiro atual).

De tal modo que, muitíssimo mais do que no formalismo jurídico mecanicista, a Hermenêutica jurídica deve ater-se às singularidade dos casos e, conforme for o cenário, verificar se houve ou não atuação ativa judicial consoante traços doutrinários de legalidade e legitimidade atuais.



No que concerne ao terceiro segmento aventado, ao inspirar os hermenutas a focarem nos casos e caminhos pelos quais o Judiciário está transitando, sobretudo na argumentação, nas teses com as quais eles se deparam e a conseqüente conclusão, pela decisão e evidente pela fundamentação do juízo, tanto para fiscalizar a título forense e mesmo acadêmico quanto para entender, visto que a compreensão do percurso traçado pelo magistrado pode e muito contribuir às observações e às correções que vierem a ser necessárias se, eventualmente, o Poder julgador extrapolar os limites ao ativismo das suas decisões em desfavor da Ordem jurídica e, em maior ou menor grau, da Constituição Federal; espécie de controle, ainda que mais frágil, porém com potencial quase infinito de modificações no mundo jurídico forense, mutável conforme adesão dos juristas e do Judiciário propriamente dito na figura de seus órgãos.

Assim, encontra-se como sendo muito relevante a efetividade da Hermenêutica aqui tratada a fim de incentivar os trabalhos hermenêuticos no tocante às decisões judiciais para estabelecer, com maior precisão prática, notas de quais os comandos judiciais definitivos (sentenças, acórdãos, à exemplificação) que estão coerentes com o ativismo ou o inverso, àqueles cuja intervenção restou por ir além do limites estabelecidos pelo Direito (*lato sensu*) e, como estudado aqui, pela doutrina.

Havendo falhas, podem ser criadas ferramentas ou instrumentos não exclusivamente acadêmicos, mas práticos aplicáveis ao Judiciário para sanar, corrigir ou não sendo possível ou totalmente eficazes, minimizar danos ao Estado democrático de Direito; corretivos, inclusive via direito, positivamente alinhado ao Poder Legislativo competente, os quais ainda que não exclusivamente dependentes da hermenêutica (sentido estrito), podem e devem consultá-la ao melhor posicionamento da temática complexa que se apresenta.

Agora, enfaticamente, acrescentar-se-á, rapidamente, pois já foram escritas acima, as benesses da postura ativa judicial (maior possibilidade de controle dos atos oriundos dos demais poderes; implementação de medidas urgentes que não poderiam esperar toda a morosidade legislativo ou o interesse específico da maioria dos votantes nas Casas do Poder criador de lei; efetivação das normas constitucionais na omissão legislativa; afirmação de direitos fundamentais às minorias).

Logo, encaminhando-se ao final da resposta, é de máxima relevância e importância o estudo e o exame do jusdecisionismo (ativismo judicial) primariamente pela dificuldade, muitas vezes, em decompor o caminho utilizado pelo magistrado ao decidir o caso concreto criando tal decisão tomando como norte o Ordenamento (sistema); a visão ou a perspectiva adotadas *in casu*.

Ademais, para evitar tautologia, simplesmente recorda-se a característica da interpretação do direito que entende ser reconstrução do sentido e das expressões para alcançar a decisão criada como urgente ponto de atenção à Hermenêutica do direito, haja vista que como amplamente estudado, tal interpretação de modo algum é irrestrita, ilimitada (passível de arbítrios).

Ao acessar os argumentos utilizados na decisão, será possível ao hermeneuta analisar e conferir os rumos da corrente no dia a dia, examinando o passado (precedentes úteis, paradigmas; seja para a contribuição da vertente, seja pelo desestímulo dessa), o presente (realidade tal qual apresentada atualmente, ou seja, decisões de agora que tramitam no Judiciário) e, talvez o indicado como sendo o mais problemático, importantíssimo, o futuro, na medida em que, acolhidas as críticas da doutrina qualificada, percebe-se um risco colossal de labor quase idêntico em termos de peso, hercúleo portanto, aos hermeneutas para estudarem e escreverem trabalhos prós ou contras ao jusdecisionismo futurista.

Dito com outras palavras, indaga-se: qual ou como será a atuação do Judiciário, na postura do Ativismo judicial, nos próximos tempos, mesmo no amanhã? Quais os novos limites ou reafirmações dos atuais? Haverá espaço para a manutenção dessa corrente ou será suprimida? Haverá, sempre, necessidade da existência dela? Serão alguns dos grandes dilemas, indiscutivelmente, à hermenêutica jurídica nos anos que estão por vir, porque há muito tempo a doutrina vem focando nesse risco, no abuso dessa corrente e mais raramente, comentários construtivos e positivos estimulando, sobretudo, infere-se, pelo mau uso da vertente ativista.

Certas indagações provocativas citadas devem pairar por muito tempo no mundo do direito, quiçá alguns seguirão sem solução única, até mesmo porque no direito o

consenso é algo quase utópico, ainda mais na união das fontes do direito comumente examinadas: doutrina, legislação e jurisprudência.

Encerra-se escrevendo que para o bem ou mal (de um ou uns particulares) toda corrente jurídica é revista e revisada, constantemente, umas mais do que as outras, consoante passagem do tempo da sociedade e do direito em si, atrás da coletividade organizada, e/ou pela utilização prática ou, ainda, pela possibilidade de existência frente ao Ordenamento vigente, motivo pelo qual considera-se que não será divergente disso o rumo do jusdecisionismo aos olhares críticos e aguçados da hermenêutica jurídica; havendo, assim, um leve conforto, mesmo que precário e facilmente transitório.

## **AS CATEGORIAS ESSENCIAIS DA NOVA RETÓRICA PARA A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: O AUDITÓRIO, A PERSUASÃO E O CONVENCIMENTO**

A partir da literatura jurídica específica acerca da temática da Nova Retórica à argumentação jurídica, vislumbra-se como sendo muitíssimo pertinente à adequação da resposta à questão 2 (dois).

Com efeito, passa-se logo de cara ao primeiro elemento essencial dessa Nova Retórica aludida, qual seja, o auditório. A citada categoria pode ser definida, sinteticamente, como o conjunto de pessoas nos quais o orador - aquele que argumenta - quer influenciar por meio da argumentação racional (razões racionalizadas), em que pese, diga-se de passagem, como explorado na bela obra supracitada, existam as figuras ou modalidades de auditório particular (orador consigo mesmo) e, ainda outro, com único ouvinte (diálogo), as quais, logicamente, não se confundem com o primeiro modelo, geral, do auditório universal (Atienza enfatiza que mesmo aqui, oradores diferentes criam auditórios universais distintos, assim como o auditório universal de um mesmo orador muda (ATIENZA, 2003).

Do mesmo modo, em que pese com outro enfoque e outra nomenclatura, Barroso afirma que a plateia e as contingências do intérprete fazem diferença na interpretação (ambiente externo relacionado aos destinatários do auditório, pessoas comunicáveis) (BARROSO, 2013).

GUBERT, W. T. Argumentação e hermenêutica jurídica: implicações do jusdecisionismo e os traços da nova retórica advindos do auditório, da persuasão e do convencimento. *Revista Eletrônica Amplamente*, Natal/RN, v. 2, n. 2, p. 335-354, abr./jun. 2023. ISSN: 2965-0003.



O auditório, representação fictícia e abstrata, cuja essência pode e deve vir acompanhada da praticidade (execução), é, também, uma ferramenta de teste argumentativo forense e acadêmico na medida em que pode suscitar diversos cenários no mundo externo (interlocutor) além dos ideais teóricos.

Igualmente válido escrever que o auditório, noutra perspectiva, é a continuidade lógica da vida em sociedade organizada (Estado), exatamente nos termos de comunicabilidade, pressuposto da linguagem humana (comum, minimamente democrático; mantida a participação do interlocutor o tempo todo, como disse Atienza (ATIENZA, 2003), Ávila referiu, em passagem diversa, porém aplicável aqui que o uso comunitária da linguagem constituiu uma das próprias características dessa (ÁVILA, 2014); direito como fenômeno linguístico (ÁVILA, 2012), porque depende, o orador, de público para além do seu imaginário, ao menos para fins de execução e materialização dos argumentos (ação, processo, observado por Atienza (ATIENZA, 2003), na linha de viés prático, concreto.

No tocante a segunda elementar, par, da Nova Retórica aqui vista, precisamente, a persuasão e o convencimento, pode-se definir tais institutos (categorias) como sendo facetas ao convencimento (*lato sensu*). Notadamente, sabe-se que, conforme visto em aula e nesse exemplar base, ambos podem ser diferentes entre si, visto que para Perelman, uma argumentação persuasiva vale somente a um auditório particular (individualizado, próprio), noutra lado, a argumentação convincente, é aquela que se pretende válida para todo ser dotado de razão (ampla, geral).

Ademais, no âmbito das possíveis diferenças, encontradas pela Nova Retórica, entre persuadir e convencer, menciona-se que não será caracterizada a argumentação como discurso meramente persuasivo e, por consequência, distanciado do uso ideológico da retórica. Para tal, a diferença situa-se no objetivo do orador ao dirigir-se ao auditório, ou seja, se a intenção é somente persuadi-lo (resultado; como sendo mais importante do que a convencimento) ou se pretende a adesão racional desses ouvintes (convicção crítica: racionalidade e critérios) sem os artifícios emocionais ou coercitivos (mais do que a mera persuasão então; abolindo-se violências) (ATIENZA, 2003).

No entanto, mesmo havendo como separar, às vezes, ambos, não se propõe a diferenciar a persuasão e do convencimento a Nova Retórica, mormente pela dispensa em estabelecer critérios exaustivos e excludentes sobre a matéria, pois essas categorias fluidas variam de alcance e efeito à luz de cada auditório.

Nesse sentir, superadas as questões intrínsecas e extrínsecas das duas categorias acima (distinção imprecisa para Atienza (ATIENZA, 2003)), chega-se ao ponto central da lógica da argumentação advinda de qualquer linguagem, isto é, a comunicação, e mais do que isso, sobretudo, convencer os pares, outrem. Inexiste motivo para crer em argumentação vazia, despida de cunho de convencimento (adesão do auditório: para quem falamos ou escrevemos; absorção da tese aventada pelo orador, comunicador argumentante; Atienza lembra que também trata-se de acrescentar (ATIENZA, 2003), comunicação e interação (FRANÇA, 1999), justamente pela carência intelectual de sentido. O discurso, assim, pressupõe um acordo mínimo (lembrar também dos contextos, direcionamentos), tal como também analisado em aula e na bibliografia, entre o auditório e o orador. Lembrança conveniente da lição de que a linguagem, inegavelmente utilizado pelo direito e pelos atuantes desse, não é algo pré-dado, mas, ao contrário, concretiza-se no uso (ÁVILA, 2014).

Mais sobre a linguagem disponível ao direito, é claro, Paulo de Barros Carvalho, tendo qualificado a linguagem como elemento constitutivo da realidade, sustenta que os nomes são palavras tomadas voluntariamente para designar os indivíduos e seus atributos, num determinado contexto de comunicação (CARVALHO, 1996).

Portanto, mesmo que estudemos de forma segmentadas as categorias essenciais à Nova Retórica, não há espaço satisfatório para que seja realizada a separação dessas de modo absoluto, sobretudo no cotejo com as demais elementares dessa Retórica distinta.

## CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Ao longo desta pesquisa, identificou-se uma série de apontamentos críticos que merecem a guarida, a atenção e, quando viável, a preocupação, são eles: a) o entendimento de que jusdecisionismo pode ser lido como equivalente de “ativismo judicial” (sinônimos quase-semânticos); b) o jusdecisionismo está presente e deverá permanecer envolvido e

GUBERT, W. T. Argumentação e hermenêutica jurídica: implicações do jusdecisionismo e os traços da nova retórica advindos do auditório, da persuasão e do convencimento. *Revista Eletrônica Amplamente*, Natal/RN, v. 2, n. 2, p. 335-354, abr./jun. 2023. ISSN: 2965-0003.





atuante nas construções das decisões judiciais brasileiras (independentemente das controvérsias expressivas); c) há críticas, ressalvas e a plúrimas advertências encontradas nos juristas a respeito do fenômeno “solução judicial do caso concreto”; d) os dotes e as virtudes retiradas da Hermenêutica do Direito trazem e conferem luzes e outros esclarecimentos ao estudo, à precisão e à diferenciação do que é ou não “protagonismo judicial indevido”; e) existem variados autores e teses favoráveis ou não aos objetos diagnosticados e f) sempre se faz imperiosa a observância da Ordenação Jurídica Pátria, mesmo quando em tempos conturbados, problemáticos e ameaçadores do espírito e do ânimo sistemático do Direito nacional.

Igualmente, viu-se que com o decorrer das leituras inerentes ao artigo vários núcleos e quadros clínicos jurídicos foram percorridos e avaliados. Por exemplo, o tratamento de conceituações similares e/ou antagônicas entre si; o aperfeiçoamento ou declínio dos pilares do Ordenamento Jurídico e a correlata ideia de preenchimento absoluto ou parcial do legislante à concretização da “justiça” nos processos judiciais.

Em tons finalísticos, não se escapa de reiterar o que segue: a tríade da Nova Retórica aqui explora, assim como da análise criteriosa e densa das elementares hermenêutica ligadas à argumentação jurídica em muito se vestem de prestígio. Primeiro pela inelutável presença na vida nos Tribunais; nos academias do saber e no seio da sociedade brasileira; segundo pela inescapável cobrança social da melhor e mais saudável prestação jurisdicional plena, satisfatória e digna, condizente com a Carta Magna de 1988 e os demais complementos normativos prescritos pelo Estado.

## REFERÊNCIA

ATIENZA, M. **As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. Landy, Livraria Editora e Distribuidora LTDA. 2003.

ÁVILA, H. **Sistema constitucional tributário**.— 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. 2013.

BELTRÃO, I. **Curso de direito tributário**. 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

---

GUBERT, W. T. Argumentação e hermenêutica jurídica: implicações do jusdecisionismo e os traços da nova retórica advindos do auditório, da persuasão e do convencimento. **Revista Eletrônica Amplamente**, Natal/RN, v. 2, n. 2, p. 335-354, abr./jun. 2023. ISSN: 2965-0003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 32.326**, Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 9 de setembro de 2013. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=MANDADO%20DE%20SEGURAN%C3%87A.%20CONDENA%C3%87%C3%83O%20CRIMINAL%20DEFINITIVA%20DE%20PARLAMENTAR.%20RECLUS%C3%83O%20EM%20REGIME%20INICIAL%20FECHADO%20POR%20TEMPO%20SUPERIOR%20AO%20QUE%20RESTA%20DE%20MANDATO.%20HIP%C3%93TESE%20DE%20DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20PERDA%20DO%20MANDATO%20PELA%20MESA&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=MANDADO%20DE%20SEGURAN%C3%87A.%20CONDENA%C3%87%C3%83O%20CRIMINAL%20DEFINITIVA%20DE%20PARLAMENTAR.%20RECLUS%C3%83O%20EM%20REGIME%20INICIAL%20FECHADO%20POR%20TEMPO%20SUPERIOR%20AO%20QUE%20RESTA%20DE%20MANDATO.%20HIP%C3%93TESE%20DE%20DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20PERDA%20DO%20MANDATO%20PELA%20MESA&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 18 set. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. Lisboa-Portugal: Gradiva. Cadernos Democráticos, v. 7. 1999.

CARVALHO, P. B. **IPI – Comentários sobre as Regras Gerais de Interpretação da Tabela NBM/SH (TIPI/TAB)**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº 12, 1996.

CASSONE, V.; ROSSI, J. C.; CASSONE, M. E. T. **Processo tributário: teoria e prática**. - 15. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. -3. ed. - São Paulo: Atlas, 2001.

FRANÇA, R. L. **Hermenêutica jurídica**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MACHADO, H. B. **Comentários ao código tributário nacional**. - 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. - 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Data de submissão: 22/05/2023. Data de aceite: 25/05/2023. Data de publicação: 30/05/2023.