

Matriz de análise das decisões judiciais: o discurso dos magistrados no Brasil e Alemanha**Rebeka Souto Brandao Pereira**   ¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN/RN

E-mail: rebekasbrandao@gmail.com**Dr. Leonardo Martins**   ²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN/RN

E-mail: leomartins1971@yahoo.de

Resumo: O presente artigo objetiva descrever e analisar os conteúdos dos discursos jurídicos dos magistrados no Brasil e na Alemanha à luz da teoria do subjetivismo hermenêutico de José Rodrigo Rodriguez. Partindo-se de um estudo descritivo dos dispositivos constitucionais vigentes no Brasil e na Alemanha, a fim de se explicitar as respectivas estruturas constitucionais e suas implicações na construção da argumentação jurídica da decisão de modo a debater a decisão “*à moda brasileira*” e “*à moda germânica*”. Para tanto, aplicou-se a metodologia do tipo exploratória e elegeu-se a pesquisa bibliográfica e documental como instrumento de estudos de trabalhos científicos interdisciplinares, valendo-se especialmente da análise das decisões proferidas no Brasil e na Alemanha, além de propor uma matriz para análise objetiva de conteúdo. Os resultados obtidos não estabeleceram juízo de valor sobre os Tribunais Constitucionais dos dois países, ao contrário, propiciaram uma visão ampliada sobre suas práticas, na medida em que apontaram distinções na maneira de expor o conteúdo dos respectivos discursos, demonstrando que as diferenças culturais demarcam os julgadores, desde a sua formação até a sua atuação profissional.

Palavras-chave: Legitimidade argumentativa. Decisão judicial. Constituição.

Matrix of analysis of court decisions: the speech of magistrates in Brazil and Germany

Abstract: This article aims to describe and analyze the contents of the legal discourses of magistrates in Brazil and Germany in the light of José Rodrigo Rodriguez's theory of hermeneutic subjectivism. It starts with a descriptive study of the constitutional provisions in force in Brazil and Germany, in order to explain the respective constitutional structures and their implications in the construction of the legal argumentation of the decision in order to debate the decision “Brazilian style” and “German style”. To this end, an exploratory methodology was applied and bibliographic

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Residência Judicial pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN) e Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9099-9003>. E-mail: rebekasbrandao@gmail.com

² Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (2001), Alemanha; atualmente é Professor Associado IV da UFRN e “Ambassador Scientist” / Vertrauenswissenschaftler (cientista embaixador) da Alexander von Humboldt Foundation. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1188-8194>. Lattes CV: <http://lattes.cnpq.br/6963079630876141>. E-mail: leomartins1971@yahoo.de

and documentary research was chosen as an instrument for studying interdisciplinary scientific works, using especially the analysis of decisions rendered in Brazil and Germany, in addition to proposing a matrix for objective content analysis. The results obtained did not establish a value judgment on the Constitutional Courts of the two countries, on the contrary, they provided an expanded view of their practices, insofar as they pointed out distinctions in the way of exposing the content of the respective speeches, demonstrating that cultural differences demarcate the judges, from their training to their professional performance.

Keywords: Argumentative legitimacy. Judicial decision. Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito preambular realizar ponderações sobre a existência de mecanismos constitucionais que garantam a legitimidade argumentativa da decisão judicial. Pretende-se descrever as questões atinentes ao conteúdo normativo constitucional no Brasil e na Alemanha com vistas a avaliar qual o limite de entrelaçamento do magistrado às garantias de liberdades ou competências para a construção da argumentação da decisão. Isso, utilizando-se de uma Matriz de Análise para descrever e processar os conteúdos dos discursos jurídicos dos magistrados no Brasil e na Alemanha à luz da teoria do subjetivismo hermenêutico de José Rodrigo Rodriguez.

Foram analisados os conteúdos e estruturas de dois julgados, um de origem do Supremo Tribunal Federal e outro oriundo do Tribunal Constitucional Alemão, com a intenção de principiar um diálogo e suscitar provocações junto aos leitores em como as culturas podem influenciar os magistrados e suas disposições estruturais da argumentação jurídica de cada caso.

Torna-se oportuno esclarecer que as sentenças definidas para o estudo focaram na análise do constructo da argumentação, por essa razão trata-se de naturezas distintas, mas que tem em comum o conteúdo da argumentação, que no final, é o escopo principal do estudo. Foram eleitas duas sentenças, em um infundável universo, com a finalidade de tratar não de uma amostra, mas sim de uma proposta de análise em cada um dos conteúdos encontrados na argumentação jurídica dos magistrados. Na escolha pelas sentenças considerando a similaridade argumentativa dos casos e dos países com o intuito de inaugurar uma trajetória investigativa no direito internacional no campo da argumentação jurídica e que não se pretende esgotar ao final do texto.

Dentre os aspectos tratados no presente estudo, as discussões sobre a decisão judicial brasileira e alemã visando a analisar a legitimidade constitucional argumentativa do juiz segundo a vigente Constituição Federal brasileira e a *Grundgesetz (GG)*, a Lei Fundamental Alemã e, finalmente, os aspectos gerais da decisão judicial.

A pesquisa objetiva uma análise sobre a legitimidade argumentativa do julgador no âmbito da construção das decisões de ambos os países, a fim de verificar se estão no patamar da fundamentação não retórica, ou se as decisões não são estruturadas suficientemente para a resolução da demanda devidamente fundamentada nos parâmetros constitucionais.

A seção inicial aborda a legitimidade constitucional argumentativa nas decisões judiciais,

buscando firmar seu conceito. Na seção seguinte, promove-se uma análise do respaldo institucional e normativo, com foco na GG e na CF, contemplando os aspectos descritivos das normas. Devem então ser comparados e pontuados os possíveis vieses subjetivos das normas constitucionais, bem como ressaltados os principais fundamentos normativos da composição das Cortes constitucionais brasileira e alemã.

E por fim, a seção trará as análises recaem sobre os aspectos principais da decisão judicial, destacando-se sua estrutura e seus limites, com a finalidade de se chegar a uma conclusão prática da presente pesquisa. Serão trazidos os dois modelos de decisão judicial-constitucional, primeiro do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

A metodologia adotada é exploratória, adotam-se como procedimentos a revisão bibliográfica e a análise documental de julgados, sendo o método de inferência o indutivo. Utiliza-se, como estratégia ao estudo, a suscitação escalonada do que aqui se denomina de “dúvidas razoáveis”, em número de três, cujas respostas ao longo do desenvolvimento do trabalho servirão ao propósito de confirmação, em sede de conclusão, ou não da hipótese levantada a seguir definida, uma vez que pressupõe as aludidas três dúvidas razoáveis. São elas: a primeira, quanto às constituições (brasileira e alemã), se ambas contêm conteúdos que garantem a legitimidade argumentativa dos juízes nas decisões judiciais; a segunda, quanto às implicações jurídicas da legitimidade constitucional argumentativa nas decisões judiciais; a terceira é se se trata de liberdades ou de competências para a construção da argumentação da decisão.

A hipótese submetida ao presente exame é a de que existem mecanismos normativo-constitucionais que conferem ao(à) julgador(a) legitimidade com certa margem discricionária argumentativa para proferir a decisão (exercício da função jurisdicional) o que proporciona diferenças reais entre as decisões do TCF e STF.

1. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL ARGUMENTATIVA E A TEORIA DO SUBJETIVISMO HERMENÊUTICO

O ato de julgar é praticado pelos juízes no âmbito de sua jurisdição, cuja etimologia nos remete ao vocábulo latino *jurisdictio*³. A legitimidade para dirimir controvérsias entre partes processuais está amparada expressamente no art. 5º, XXXV CF. A jurisdição, nesse sentido é refletida pela atividade na qual alguns órgãos se pronunciam em caráter imprescindível, sobre a aplicação do Direito, de forma que, por intermédio de procedimentos previamente determinados, promova-se o escopo de se chegar a uma decisão definitiva é revestida do caráter da imutabilidade, fazendo coisa julgada (BARROSO, 2018, p. 2171-2228). Os tribunais e juízes passam, em respeito à Constituição, a adaptar o conteúdo do discurso das decisões aos preceitos constitucionais, de modo a declarar o direito no caso concreto tendo como medida a Constituição (CALLEJON, 2006, p.50).

Na perspectiva constitucional, a jurisdição, designa a interpretação e aplicação da Constituição a órgãos judiciais. No Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e

³ Do latim, que significa a ação de dizer (*dictio*) o direito (*juris*). Logo é a função de dizer o direito quando rompida a inércia do judiciário, com a finalidade de dirimir um conflito entre duas partes de interesses antagônicos.

tribunais. Na Alemanha, essa competência, cujo detentor pode ser chamado de juiz natural de questões constitucionais que pode ser alcunhada, foi reservada, exclusivamente ao TCF. O STF é a mais a alta Corte jurisdicional do Brasil; já o TCF não é um tribunal de superrevisão como aquele, mas órgão judicial de única instância com competência exclusiva para avaliar questões de constitucionalidade.

Essa especial função jurisdicional, no Brasil difusamente integrada à jurisdição comum, na Alemanha isolada e concentrada em único órgão jurisdicional abrange o poder desempenhado por magistrados e tribunais na aplicação direta da Constituição, no papel do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional segundo a Constituição (BARROSO, 2012, p. 29).

No campo da dogmática jurídica, essa missão de adequação da norma ao caso concreto para uma pragmática do poder por meio do discurso, ocorre por meio de uma série de ensinamentos ou os centros de produção de conhecimento (as faculdades de direito), e, por “um conjunto de sábios juristas, mas também como uma forma de pensar, de conhecer e raciocinar a partir de dogmas, normas jurídicas” (MARANHÃO, 2010, p. 97).

Nesse sentido, acontece que, há algum tempo, os tribunais superiores vêm atuando na centralidade das disputas do país, inclusive na política. Suscitam-se fenômenos como a “judicialização da política”, e do “ativismo judiciário” (MIGUEL; BOGEA, 2020, p. 1-3). Ao assumirem tais posições, cabe a indagação sobre o conteúdo do discurso contido na argumentação das decisões, tendo em vista a obrigação de decidir na correspondente sistemática jurídico-constitucional.

2. O MAGISTRADO E O DOMÍNIO DA PROFUSÃO DOS SENTIDOS DA NORMA PARA BUSCA DA RESPOSTA ADEQUADA

O julgador é comparado a um poeta e um filósofo na medida em que é um habitante do mundo das palavras, onde necessita aprender a lidar com a profusão dos significados que nascem dessa convivência com os agentes do microsistema de comunicação (RODRIGUEZ, 2005, p. 278). Apesar de existir um distanciamento entre eles, o poeta e o filósofo são livres dos entraves das leis de associação, e o julgador em seu trabalho está restrito à contenção da profusão de significados para conformar o sentido dos textos jurídicos aos esquadros do Estado de direito, reprimindo quaisquer subjetividades (RODRIGUEZ, 2005, p. 277-280).

Dessa maneira, a função jurisdicional é conformada como espaço emoldurado pelas normas e em especial a Constituição, delimitado por uma metodologia rígida. A interpretação é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um grau hierárquico-normativo superior para um grau hierárquico-normativo inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial, norma essa a ser deduzida da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto (KELSEN, 2018, p. 387-389).

Todavia, no desempenho dessa função, é possível, em um regime democrático, que os órgãos judicantes, que são relativamente isentos de responsabilidade e que não são escolhidos pelo

povo, passem a impor sua própria hierarquia de valores e suas predileções pessoais ao interpretar as disposições constitucionais, cuja imprecisão semântica não precisa ser notada. A sedimentação do constitucionalismo demonstrou essencial à estruturação do Estado e à garantia dos direitos da pessoa, proporcionando que a jurisdição constitucional findasse por trilhar um caminho sem volta para o universo jurídico. Isso revela o grande valor da Constituição e a importância de um tribunal constitucional (GARCIA, 2008, p. 187-217).

Para Kelsen, “a garantia jurisdicional da Constituição” é “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm, por fim, garantir o exercício regular das funções estatais”. Logo, é possível depreender que a outorga de poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional é o que caracteriza essa jurisdição. Assim, o autor conclui que é “um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo” (KELSEN, 2007, p. 261).

A Constituição Federal tem garantias mais sólidas quanto ao modo de revogação e alteração do seu texto normativo, precisando submeter-se, a um processo especial cujas condições são complexas e mais severas. Assim, para Kelsen: “a Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer, com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” (KELSEN, 2018, p. 240-241).

Para se obter uma resposta adequada ao conflito de interesses ou dúvidas quanto à validade de normas que lhes sejam submetidos, deve-se evitar a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, tão somente uma interpretação: a interpretação “correta”, ou seja, uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica (KELSEN, 2018, p. 395-396).

A ciência do direito não possui meios para garantir que a interpretação do direito tenha resultados únicos, a profusão dos sentidos não pode ser controlada cientificamente ou por métodos ortodoxos, o microsistema das decisões judiciais pode encaminhar-se para os sistemas políticos, ou pior, para sistemas bárbaros (RODRIGUEZ, 2005, p. 279). Tendo em vista que, os juízes anteriormente, eram vistos como pretores do Estado, e portanto, considera-se a possibilidade de distorções de conceitos e valores sobre este tema no atual Estado em que nos encontramos.

Assim, o pensamento Kelseneano no âmbito da *Teoria Pura do Direito* no que diz respeito à essência da interpretação da norma não logrou explicar a distinção entre o conteúdo interpretativo retórico (não técnico) e o exarado pelo julgador (conhecedor das normas) que busca com os meios da razão jurídica o sentido da norma. E, resta-nos buscar a resposta para as seguintes questões: diante da profusão dos sentidos das normas alçadas pelo julgador, em que medida este se utiliza do discurso retórico para convencimento de outrem? E em que medida decisões retóricas ou meramente subjetivas produzem efetividade da prestação jurisdicional?

2.1. Eficiência da jurisdição?

A Emenda Constitucional n. 19 de 1998 inaugurou a eficiência como princípio e meta a ser perseguida pela Administração Pública. Por sua vez, de modo semelhante, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 estabeleceu o direito fundamental individual à celeridade e a razoável duração do

processo como último inciso do extenso catálogo de direitos e deveres individuais e coletivos do art. 5º (art. 5º, LXXVIII da CF).

O dever de eficiência encontrou, portanto, respaldo normativo direto na Constituição, não obstante esteja presente nos demais princípios na medida em que determina o comprometimento de uma atuação coerente, legal e organizada com a finalidade de buscar os melhores resultados para a Administração Pública, no primeiro momento, e anos depois, atingiu o judiciário como atividade estatal. Especificamente, a eficiência fora configurada infraconstitucionalmente pelo novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, sendo definida como uma diretriz para a aplicação do direito pelos juízes, de modo que tal norma seja interpretada com as demais normas do processo e com o escopo do dever de fiscalidade apto a gerar transparência no exercício da atividade jurisdicional.

As emendas acima mencionadas objetivaram a implantação da eficiência na prestação do serviço público pelo Judiciário, ou seja, no âmbito da prestação jurisdicional, considerando-se o processo como garantia dos direitos fundamentais. Para a presente pesquisa, será testada a hipótese de que se houver a decisão que contém a fundamentação constitucionalmente adequada haverá eficiência na jurisdição a partir das diretrizes traçadas pelos modelos constitucionais brasileiro e alemão.

Observa-se que ocorre uma inespecificidade das EC nº 19 e 45, por possuírem conceitos abstratos acerca da almejada eficiência, em que pese a ubiquidade da Constituição que atribui ao princípio da eficiência.

A eficiência pode se atrelar à busca de celeridade e redução de custos, bem como a formulação de decisões elaboradas a partir de uma dialogicidade que repercutirá na construção do provimento judicial (TARUFFO, 2015, p. 86).

Visto que, na função da jurisdição, o elo que conecta o juiz ao caso é a existência de uma peculiaridade única, no ato de interpretar a norma e de aplicá-la ao caso concreto, falamos em um sujeito singular (o julgador) diante de um conflito igualmente singular (o caso concreto). Nesse contexto têm-se os juízes, burocratas que possuem deveres em relação ao Estado de direito e que devem estar subordinados ao princípio da legalidade, logo, que têm o dever de limitar suas subjetividades ou impulsos singulares próprios de cada personalidade no exercício de interpretar o sistema jurídico corretamente a fim de se evitar o transbordamento subjetivo excessivo (RODRIGUEZ, 2005, p.290-292).

Considerando que o nexo que liga o julgador e o caso a ser julgado no ato decisório, ou seja, na iminente interpretação e aplicação da norma ao caso concreto é a singularidade, tanto do julgador como do caso em análise, portanto, por intelecção lógica, se houver mudanças na singularidade do julgador, abrir-se-á margem para a mudança de entendimento decisório.

O dever de motivação racional-jurídica (em oposição à racionalidade política) da decisão judicial ressalta o material cognoscitivo, de sorte a evidenciar as informações e valorações tecidas pelo julgador em seu raciocínio decisório e revelar suas razões reais. O julgador desempenha uma importante função de controle social do exercício do poder jurisdicional. Por isso, quanto mais extenso e arraigado for esse trabalho de fundamentação, mais efetiva será a função da motivação (TARUFFO, 2015, p. 24-25).

3. OS JUÍZES NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ E BRASILEIRA

No contexto complexo do processo decisório, em primeiro lugar por se tratar de uma função desempenhada por um sujeito singular envolvendo a singularidade de um caso, e, porque, ao se interpretar uma norma (mesmo tendo a Constituição como parâmetro) ocorre uma profusão de sentidos em que o raciocínio técnico-jurídico perpassa por subjetividades reais, entre a intuição,⁴ o tecnicismo e a razão jurídica (MAGRI, 2014, p. 38).

Nesse aspecto, convém indagar se há diferenças entre uma decisão “à moda brasileira” e “à moda germânica”. Para tanto, faz-se necessário compreender as estruturas constitucionais de cada país no que diz respeito à carreira da magistratura, garantias e bases normativas que vinculem os magistrados a preceitos básicos decisórios.

3.1. Os julgadores e a Constituição brasileira: garantias e dever de motivar suas decisões

A Constituição Federal (CF) determinou, logo em seu art. 2º, a tripartição dos Poderes, segundo a clássica formulação de *Montesquieu*. Trata-se de Poderes da União, que são independentes e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A importância da dogmática da separação dos poderes foi destacada por sua incorporação no seletorol de cláusulas constitucionais imutáveis, das assim chamadas “cláusulas pétreas” segundo expresso teor do art. 60, §4º, II da CF. Dessa maneira, ao Parlamento confiou-se a elaboração de regramentos que regeriam a vida social; ao Governo, o cumprimento da lei; e, por fim, ao Judiciário, o exercício da jurisdição, como tarefa de se interpretar e aplicar as leis sempre que devidamente provocado.

O Poder Judiciário brasileiro torna-se, desse modo, um Poder da República, apesar de o constituinte referir-se a ele como Poder da União, os juízes são integrantes e titulares de uma parcela da soberania estatal, portanto, detentores de uma função pública e submetidos a um estatuto especial.⁵ A magistratura no Brasil é uma carreira jurídica de Estado, cujo recrutamento é por meio de concurso público de provas e títulos, tornando-se, em tese, mais democrática por ter o contorno de propiciar acesso igualitário a todos que comprovem aptidão e melhor classificação entre os aptos. Em todas as fases do concurso, a Ordem dos Advogados do Brasil participa para conferir ao processo mais lisura.⁶

Assim, uma vez aprovado em concurso público e nomeado, o até então candidato torna-se juiz titular, dotado de garantias constitucionais a fim de certificar a independência e imparcialidade do próprio Poder Judiciário como um todo. Após o estágio probatório de 2 anos adquire segundo o art. 95, I da CF a vitaliciedade, o que denota que após perpassado o período de dois anos no cargo com o correspondente exercício, apenas o perderá (sendo aposentado compulsoriamente) em consequência de sentença judicial transitada em julgado, em procedimento apropriado assegurando-lhe o direito de ampla defesa e de contraditório.

Além da vitaliciedade, a inamovibilidade prevista no art. 95, II da CF também se destaca

4 Tendo em vista que a intuição está diretamente ligada ao direito e é um tema de relevância, uma vez que a aplicação da norma ao caso concreto não se encerra em mero raciocínio silogístico. O julgador, na análise das provas no caderno processual toma contato direto com os objetos e estima valores.

5 Lei complementar nº 35, de 14 de Março DE 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Possui 147 artigos.

6 Conforme estabelece a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

como uma especial e garantia constitucional idônea ao aludido propósito, pois a movimentação (por decorrência ou não da promoção) do juiz depende, tão somente, da vontade do interessado. Ou seja, trata-se da garantia da permanência do juiz na unidade judiciária onde se encontra formalmente lotado.

A irredutibilidade de subsídios, que com as duas primeiras garantias foram a tríade positivada no art. 95, essa no art. 95, III da CF, concede ao julgador um mecanismo de distanciamento à possibilidade de receber controles externos e estranhos à justa convicção que deve formar para a solução das lides e dúvidas quanto à validade de normas que lhe são submetidas. Além disso, confere ao julgador a garantia de não ser destituído do cargo aleatoriamente, não ser removido de determinada localidade contra sua vontade, bem como a não redução dos seus vencimentos de forma a manter seu padrão de vida. Todas as três garantias têm o propósito de assegurar a concretização do princípio do juiz natural em prol, portanto, dos jurisdicionados e de toda a sociedade.

No Brasil, o controle da jurisdição constitucional nasceu com a Proclamação da República. Como modelo foram utilizadas as premissas do sistema norte-americano do *judicial review*, em que pese a sua época estar como ainda hoje seguindo o sistema de fontes do direito da *civil law*, diferentemente do modelo americano, que sabidamente construiu o sistema de fontes conhecido como *common law* (MORAES, 2003, p. 627).

O Supremo Tribunal Federal (STF) se estabeleceu no topo do processo de construção da interpretação constitucional, com representação institucional adotada pela CF que lhe outorgou a decisão final sobre eventuais conflitos constitucionais e sobre o controle de normas quanto à sua respectiva constitucionalidade (BARROSO, 2014, p. 86). No desempenho de suas atribuições, pode inclusive, invalidar atos do Congresso Nacional. É composto por onze Ministros do STF onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (CF, art. 101).

3.2. Os julgadores e a lei fundamental alemã: independência, limites e dever de decidir

Na Alemanha, o direito constitucional foi erguido a partir da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949, compondo-se de 146 artigos, atualmente constitui-se também de decisões jurisprudenciais constitucionais. Com efeito, a jurisdição constitucional na Alemanha compete ao TCF para a tomada de decisões em casos definidos por lei federal (MARTINS, 2018, p.1).

A Lei Fundamental está em vigor na forma em que o Tribunal Constitucional Federal a interpreta. (SMEND, 1962, p. 24). Assim, a história da Lei Fundamental é ao mesmo tempo a história da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (LAMPRECHT, 2009, p. 1454). No âmbito do processo de unificação, *Otto von Bismarck*, no projeto de Constituição da Liga dos Estados Alemães do Norte, atribuiu ao Conselho Federal (*Bundesrat*) aspectos de Corte constitucional, sendo inaugurado pela Constituição de 1871 (BARROSO, 2014, p. 91).

A Corte Constitucional alemã apenas ganharia as feições que tem hoje no período Pós-Segunda Guerra Mundial, com o projeto de Lei Fundamental (*Grundgesetz*), aprovado no Congresso de *Herrenchiemsee* (*Herrenchiemse Konvent*), o qual previa a criação de um Tribunal Constitucional, que foi instalado em março de 1951 (MENDES, 1999, p.21; HECK, 1995, p.36).

Com o seu trabalho, o Tribunal Constitucional deu vida à Lei Fundamental e fortaleceu a sua reputação.

A organização do Poder Judiciário, este é confiado aos juízes, exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos tribunais dos Estados.⁷ É conferido ao tribunal o *status* de órgão constitucional, isso pelo próprio tribunal e pela opinião predominante na literatura especializada e pela lei orgânica (§1, I, BVerfGG). Essa ideia de “órgão constitucional” está ligada não apenas ao reconhecimento de mais um órgão constitucional ao lado dos demais, mas de um órgão que se coloca acima da interpretação e a aplicação das normas constitucionais. (MARTINS, 2018, p. 1)

O processo de seleção para o cargo de juíza e juiz é complexo e quatro vertentes são avaliadas: os pressupostos subjetivos, tempo de investidura, quota participativa de juízes dos demais tribunais federais e o processo eleitoral. A primeira condição limita-se à formação jurídica, idade mínima de 40 anos e não pertencer à Câmara Federal, ao Conselho Federal ou a Governo Federal ou órgãos atrelados aos Estados-membros; A segunda condição tem a ver com o lapso temporal, tanto de investidura no cargo que é de 12 anos, vedada a reeleição, quanto à idade para a aposentadoria compulsória, que é de 68 anos; A terceira condição consiste em uma quota de 3/8 dos membros de cada um dos dois Senados (equivalentes às turmas dos tribunais na estrutura judiciária brasileira) reservada a juízes de carreira. Visa-se, contrabalancear o caráter acadêmico da Corte ao trazer a experiência judicial nos processos decisórios. Finalmente, a quarta e última condição a ser observada é que os juízes devem ser eleitos por uma maioria qualificada de 2/3 da Câmara Federal e do Conselho Federal (MARTINS, 2018, p. 8-9).

Sobre a independência de todos os juízes, a GG estipula que são independentes e somente subordinados à lei. Assim, os juízes titulares e nomeados definitivamente com caráter permanente não poderão, contra a sua vontade, ser destituídos antes de terminado o prazo de exercício das suas funções que, no caso de juízes do TCF é de 12 (doze) ano, vedada a recondução ou reeleição em momento futuro.

No caso dos demais juízes, eles não podem ser suspensos dos seus cargos definitiva ou temporariamente, transferidos para outro posto ou aposentados, salvo em virtude de uma decisão judicial e exclusivamente por motivos e formas prescritos nas leis. Excetuando-se quando a legislação fixar limites etários, de forma que serão aposentados com caráter vitalício, e diante da modificação da organização dos tribunais ou suas jurisdições, maneira pela qual os juízes poderão ser transferidos para outro tribunal ou afastados do cargo, desde que prossigam auferindo seus vencimentos integrais (Art. 97, §1 e 2, GG).

No mais, o TCF é a Corte jurisdicional alemã, com sede em Karlsruhe, composta por de dois Senados, em cada um destes possui oito juízes, com limite de idade de 68 anos. Sua atuação carece de ser provocada, como ocorre com qualquer órgão jurisdicional em ambos os sistemas jurídicos comparados, o pedido é imprescindível para a jurisdição constitucional, pois, rompe a inércia e qualifica o TCF como órgão decisório como um Tribunal (MENDES, 1999, p. 84-85).

A GG atribui competências sobre sua interpretação em controvérsias a respeito da

⁷ Ver art. 92, GG: “Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt”.

extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados dotados de direitos próprios pela GG ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior (MENDES, 1999, p. 84-85). Ademais, prevê que no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com algum parâmetro constitucional positivado na GG ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o requererem o Governo Federal, o Governo de um Estado-membro ou um quarto dos membros do Parlamento Federal (Art. 93, §2, GG).

No caso de divergências sobre se uma lei corresponde aos requisitos do Artigo 72 II, por requerimento do Conselho Federal, do Governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado (Art. 93, §2a, GG); no caso de desarmonias sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal (Art. 93, §3, GG). Por fim, em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial (Art. 93, §4, GG).

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO DECISÓRIO

No atual contexto brasileiro, ocorre um aumento no protagonismo judicial em casos de alta complexidade ético-jurídico, sendo incabível a alegação de lacuna ou obscuridade da lei (art. 126, CPC). Deste modo, o juiz não pode se eximir de proferir uma decisão que lhe foi submetida (art.5º, XXXV, CF), vedando os juízos de *non liquet*⁸, cabendo-lhe aplicar as normas legais e na falta delas, utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A decisão judicial no campo da epistemologia é um discurso jurídico, um mecanismo pelo qual ocorre uma produção de enunciados no sistema jurídico e, para sua validade, deve expor discussão e argumentação sobre o caso posto à jurisdição (ALEXY, 2001, p. 213). Esse conteúdo jurídico não necessita de um fundamento absoluto, mas sim “que possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalecente” (ALEXY, 2001. p. 213). Neste contexto, tais decisões, podem ser emolduradas no campo de uma razão justificadora, cujo discurso jurídico está conexo à noção de procedimento argumentativo (ATIENZA, 2003, p. 20).

O dever constitucional de motivar as decisões foi expressamente determinado pelo art. 93 da CF, no mais, ele também já deriva do princípio do Estado de direito positivado no art. 1º, *caput* da CF. Por isso, a decisão exarada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de evidenciar ao jurisdicionado a razão jurídica decidida. A fundamentação das decisões judiciais, portanto, constitui um dever, especialmente por receber o tratamento de garantia fundamental inseparável

⁸ A expressão latina *non liquet* é uma abreviatura da frase ‘*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*’, cujo significado literal é: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o *non liquet*, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida. No contexto atual o sistema jurídico não aceita mais esse tipo de indecisão por parte do juiz. Ele tem que proferir sua sentença de qualquer maneira, ainda que não esteja convencido plenamente sobre a justeza do resultado. Portanto, possui utilidade prática da proibição *non liquet*, pois, se o juiz se eximisse de proferir uma decisão toda vez que estivesse em dúvida, haveria grande probabilidade de o sistema colapsar, pois são muitas as situações em que isso ocorre. Cf. George Marmelstein em artigo de título: “O Asno de Buridano, o *Non Liquet* e as Katchangas.” (MARMELSTEIN, 2009, p. 1). Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas>. Acesso em: 19 set. 2020.

ao Estado democrático de direito, bem como por representar o Poder Judiciário um Poder da República.

No Brasil o discurso jurídico toma uma forma simbólica, por estar conectadas às questões culturais, acabam refletindo intensamente no sistema jurídico, adotou-se a retórica formalista no conteúdo das decisões judiciais que costuma ser utilizada para encobrir e justificar a falta de efetividade das normas constitucionais (ROSENN, 1998, p. 95-96). Por outro lado, na Alemanha o discurso contido na decisão possui conteúdo específico, com estrutura própria contendo ao final as razões, *Grunde*, seguido da fundamentação da decisão. A jurisprudência do TCF reconheceu que o conteúdo normativo da decisão possui efeito da irrevogabilidade classificada como parte do efeito da coisa julgada (MARTINS, 2018, P 61-71).

Com o protagonismo judicial em casos complexos envolvendo matérias ético-jurídicas é oportuno analisar o número de casos para cada juiz, em especial nos Tribunais Superiores. No Superior Tribunal de Justiça, existem o total de 33 cargos de ministros existentes e todos providos, e contam com o total de 5.118⁹ de força de trabalho. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez possui o total de 11 cargos de ministros existentes e todos providos¹⁰, 25 magistrados convocados, e contam com o total de 2.203 de força de trabalho (STF, Portal da Transparência, 2020).

Estudos da gestão judiciária no âmbito do STF apontam uma tendência de crescimento da demanda ao longo do tempo e um aumento da capacidade de resposta do Tribunal, ocorrendo uma redução do estoque e aumento do total de casos decididos. No ano de 2017 observou-se o pico da série de casos novos e baixados: foram 102.227 casos novos e 115.353 baixados, e 43.973 processos pendentes. Os processos mais delongados são os de controle concentrado, que levam em média de 7 anos e 11 meses para serem resolvidos:

Apesar da melhora apontada no estudo acima, o processo civil brasileiro ainda apresenta um rol de ocasiões que obstam a fluidez para o trânsito em julgado, os advogados quando se deparam com a situação em que a lei favorece a parte contrária, utilizam-se de inúmeros recursos para “eternizar o processo”. Isso se dá ao fato da inexistência de doutrina de *stare decisis*¹¹ ou alguma outra normativa que obriga o judiciário a resolver questão idêntica por diversas vezes no âmbito dos juízos de primeiro grau (ROSENN, 1998, p. 92).

Na Alemanha, os precedentes ocupam um lugar acessório, por ser um sistema dedutivo e legalista, fundamentado na codificação, os juízes interpretam a lei quando a matéria é regulada por uma, caso contrário, não havendo uma referência legal direta, os precedentes auferirão um papel importante (ALEXY, 2016, p. 32-38).

No Tribunal de Justiça Federal Alemão, existe o total de 19 Senados, 152 Juiz ativos incluindo, 17 juízes presidentes (BUNDESGERICHTSHOF, 2020). Além da Equipe científica

9 Deles Servidores: 2.900 – Efetivos: 2.639 – Cedidos/Requisitados: 186 – Sem vínculo Efetivo: 75 Auxiliares: 2.185.

10 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=transparenciaMembroTribunal>. Acesso em: 20 ago. 2020.

11 Originária da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido que obriga, é uma teoria que valoriza o peso dos precedentes, e, portanto, vincula os juízes e tribunais. Nesse sentido, como exemplo, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*). (BARROSO, 2012, p. 71).

que é composta de 70 docentes que trabalham no Tribunal de Justiça Federal. Trata-se de juízes qualificados do Judiciário dos 16 Estados Federais e do Tribunal Federal de Patentes, deslocados para o Tribunal de Justiça Federal por um período de três anos¹².

As estruturas dos Tribunais Constitucionais objeto do presente estudo, o STF e o TFC estão organizados de forma semelhante, contendo todo o corpo de trabalho partindo da cúpula aos que auxiliam os julgadores no processo decisório. No Brasil são 25 magistrados convocados (também conhecidos por juízes instrutores do STF) que ficam ligados a determinado Ministro. Na Alemanha, esse mesmo grupo de colaboradores é chamado de Equipe Científica, com atividades voltadas à pesquisa para subsidiar a tomada de decisão do Tribunal.

Da estrutura alemã, existe um distanciamento na forma de denominar tais profissionais, isso porque vê-se que na estrutura brasileira essa equipe é composta por “Magistrados convocados” os quais ficam subordinados a um Ministro. E na Alemanha, esse mesmo grupo de apoio a Corte recebe o nome de “Equipe científica” e sua composição se dá somente por professores de direito, que por ilação lógica, são cientistas jurídicos. Nota-se, portanto, as influências culturais que incidem diretamente na estrutura organizacional dos citados Tribunais Constitucionais, destacando-se o caráter acadêmico da Corte alemã (MARTINS, 2018, p. 12), o que traz o aspecto científico da equipe, ao contrário, a Corte brasileira subordina juízes federais a um determinado ministro, o que pode fomentar a cultura do jeito (ROSENN, 1998, p. 7) e, portanto, a corrupção no judiciário.

Dos aspectos trazidos pelo presente estudo, urge avançarmos aos aspectos gerais da decisão judicial dos casos práticos, desvelando as (de)semelhanças dos julgados brasileiros e alemão, a fim de discutir as influências culturais, organizacionais e educacionais refletidas no conteúdo jurídico da fundamentação.

Considerando que a atividade de julgar deve estar enquadrada dentro dos limites do direito positivo e pelas estruturas de poder do Estado, deve também possuir um: “a) um modelo operacional que tipifica uma ordem de competência, ou disciplina uma classe de comportamentos possíveis; b) devendo haver a interpretação a partir de ordenamento jurídico; c) a partir de fatos e valores que, originalmente o constituíram.” (RODRIGUEZ, 2005, p. 282-283).

No estudo, foi desenvolvida uma “Matriz de análise de decisões judiciais”¹³, consistente em parâmetros avaliadores com a finalidade de se investigar os aspectos da estrutura da decisão, pontuando o relatório, a fundamentação e o dispositivo; a fundamentação, analisando se houve a utilização de bases legais, teóricas, precedentes e argumentos retórico-persuasivos; por fim, a análise do dispositivo, com enfoque em se houve um mandamento final do caso.

4.1. A decisão judicial no sistema jurídico brasileiro – STF

¹² A equipe científica é designada a um senado civil ou criminal e os apoia na preparação de decisões. Isso geralmente é feito por meio da preparação de pareceres jurídicos ou propostas de decisão detalhadas. Em regra, os docentes participam nas sessões orais do respectivo senado como ouvintes e nas deliberações em senados individuais (BUNDESGERICHTSHOF, 2020). Disponível em: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Organisation/WissenschaftlicheMitarbeiter/wissenschaftlicheMitarbeiter_node.html. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹³ Uma planilha com função de protocolo de análise das decisões com a finalidade de percorrer determinados pontos de análise objetiva e precisa dos aspectos considerados relevantes pelos pesquisadores.

A decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal ponderou o interesse da Universidade Federal da Bahia (UFBA) em garantir a prestação de saúde as gestantes de alto risco, puérperas e neonatos, e por outro lado, o interesse do município de Salvador em assegurar atendimento de saúde adequado à população soteropolitana diagnosticada com a COVID-19.

Nela se discutiu sobre a suspensão de tutela provisória proposta pela UFBA no processo em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1). O pleito objetivava a suspensão dos efeitos da decisão “que reconsiderou a decisão que houvera determinado a suspensão de qualquer providência atinente à instalação e presença, em ambiente compartilhado com a Maternidade Climério de Oliveira, de pacientes portadores da COVID-19, no que se refere ao Chamamento Público nº 01/2020-COVID-19”. Essa reconsideração da suspensão “[viola] direitos fundamentais à vida (Art. 5º, caput, da Constituição Federal) e à saúde (Arts. 6º e 196, ambos da Constituição Federal) das gestantes atendidas na Maternidade Climério de Oliveira, bem como dos neonatos que ali nascem (Art. 227 da Constituição Federal)”.

Apesar da crise sanitária vivida também no Brasil, bem como a necessidade de ampliação de leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) voltados a pacientes da COVID-19, o STF decidiu deferir o pedido de suspensão dos efeitos da decisão do TRF-1 no sentido de que as instalações do Hospital Salvador somente devem ser acessadas na hipótese de restar comprovado ter se esgotado “as outras unidades de saúde disponíveis”.

Uma vez explanada a centralidade da decisão, passa-se para a análise estrutural realizada através dos parâmetros determinados pela matriz de análise que terá como foco o relatório, a fundamentação e o dispositivo da decisão STP (suspensão de tutela provisória) nº 484 que envolveu questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão da COVID-19, ou seja, direito da saúde pública com relação à Internação e Transferência Hospitalar¹⁴.

Tabela 1: Decisão STF – 1

14 STF, STP 484, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5964356>. Acesso em: ago. 2020.

Pontos de análise da estrutura da decisão judicial			
		SIM	NÃO
Relatório	Identificação das partes	✓	
		✓	
	Identificação do direito pleiteado	✓	
	Identificação do amparo legal do pedido		
Fundamentação	Características do caso	✓	
		✓	
	Bases legais		✓
			✓
	Bases teóricas	✓	
	Precedentes		
	Argumentos retórico-persuasivos		
Dispositivo	Mandamento final	✓	
	Total	7	2

Fonte: autoria própria, 2020.

Da análise do relatório, observou-se que logo de início houve a identificação das partes, do direito pleiteado e do amparo legal do pedido, assim transcreve-se abaixo:

(...) Cuida-se de suspensão de tutela provisória, com pedido de tutela de urgência, proposta pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) com o objetivo de sustar os efeitos de decisão “que reconsiderou a decisão que houvera determinado a suspensão de qualquer providência atinente à instalação e presença, em ambiente compartilhado com a Maternidade Climério de Oliveira, de pacientes portadores da COVID-19, no que se refere ao Chamamento Público nº 01/2020-COVID-19”, nos autos do Agravo de Instrumento nº 1020336-42.2020.4.01.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1).

A UFBA narra que ingressou com Ação Civil Pública nº 1023969-55.2020.4.01.3300 contra o município de Salvador, com o objetivo de “suspender imediatamente a instalação dos leitos de UTI Covid no prédio do Hospital Salvador”, por entender que a medida do Governo local “[viola] direitos fundamentais à vida (Art. 5º, caput, da Constituição Federal) e à saúde (Arts. 6º e 196, ambos da Constituição Federal) das gestantes atendidas na Maternidade Climério de Oliveira, bem como dos neonatos que ali nascem (Art. 227 da Constituição Federal)”.

Informa que o Hospital Salvador foi contratado em 1º/11/2018 para instalar provisoriamente a MCO, e que as obras no edifício que destinado a abrigar definitivamente referida maternidade têm previsão de encerramento no final de agosto de 2020.

(...) Requer que seja deferido o pedido liminar e, ao final, que seja julgada procedente a suspensão de tutela provisória para sustar os efeitos da decisão do TRF 1 que revogou o efeito ativo conferido ao Agravo de Instrumento nº 1020336-42.2020.4.01.0000. (...)

Na fundamentação, a partir da análise do discurso realizada, constatou-se que o Tribunal fez uma menção delongada das características do caso, aprofundando-se o relatório:

(...) Preliminarmente, assento a competência do Supremo Tribunal Federal para análise do pedido de suspensão, uma vez que, na origem, debate-se a competência municipal para regulamentar medidas para o enfrentamento da crise sanitária decorrente da pandemia de Covid-19 (CF/88, art. 23, II) a partir do direito à preservação da saúde de gestantes e recém-nascidos atendidos pela Maternidade Climério de Oliveira, à luz dos arts. 5º, caput, 6º, 196 e 227, todos da Constituição Federal.

(...) Nessa decisão, a autoridade requerida consignou:

“(...) 6. Embora o Hospital Salvador, ao prestar serviço de saúde mediante convênios particulares, receba pacientes COVID-19 – suspeitos ou confirmados –, bem como a Maternidade Climério de Oliveira também o faça em relação às gestantes que procuram o serviço público de saúde, parece-me que a discussão posta nos autos limita-se apenas ao fato de que, ao habilitar-se para a prestação de serviços ao Município de Salvador, disponibilizando seus leitos ociosos de UTI aos pacientes confirmados com o novo coronavírus, haverá o compartilhamento de espaço entre a maternidade e os leitos de UTI destinados aos pacientes COVID-19, sem que haja recomendação técnica para tanto. 7. Em outras palavras, o problema, em princípio, não residiria no fato de o Hospital Salvador – seja por meio de atendimento conveniado, seja pelo fato de abrigar a Maternidade Climério de Oliveira – receber pacientes confirmados ou com suspeita de COVID-19, desde que houvesse fluxo operacional e parecer técnico favorável. Em verdade, a UFBA chama atenção para o fato de que, no mesmo andar, serão compartilhados atendimentos dos serviços de maternidade com UTI para pacientes com COVID-19 (relativos ao chamamento público promovido pelo Município de Salvador), sem qualquer recomendação técnica da Maternidade Climério de Oliveira para tanto.” (eDoc. 2, pp. 17 e 18)

Posteriormente, o Desembargador Jirair Aram Meguerian reconsiderou sua decisão, assentando que: “(...) justifica a reconsideração da decisão de minha lavra é o fato de que, em novo exame da matéria, após o contraditório, não restou esclarecido em que medida a Maternidade Climério de Oliveira estaria imune ao atendimento de pacientes com COVID-19. Assim, se a MCO recebe pacientes com COVID-19, não vislumbro em que medida a liberação dos leitos ociosos aumentaria o risco de contaminação.

A UFBA opõe objeção aos fundamentos da decisão do TRF 1, em síntese relatando que “o aditivo contratual celebrado entre a MCO e o Hospital Salvador para tratamento eventual de gestantes com COVID-19 seria uma confissão (sic) da inconsistência da tese defendida pela UFBA, visto que o risco de contaminação cruzada já existe pelo fato de a MCO já atender pacientes com COVID-19”. Argumentando que, é um instrumento que revela prudência e planejamento da unidade de saúde em relação ao seu público-alvo, isso por não ser possível comparar o risco de eventual internamento de gestante portadora de COVID-19 – evento futuro e incerto, cujo enfrentamento foi responsabilmente antecipado pela Maternidade Climério De Oliveira –, com o risco atual e certo em relação ao internamento de dezenas de pacientes portadores de doença infectocontagiosa de elevadíssima morbidade no mesmo andar em que funciona UTI Neonatal. E, não sendo eficiente a adoção de cautelas voltadas a evitar/prevenir o contágio das mães e bebês internados na Maternidade Climério de Oliveira (...)”.

Compreende-se que ao aprofundar as particularidades do caso concreto, o STF apontou as bases legais para a tomada da decisão, quando faz menção a CF:

(...) à luz dos arts. 5º, caput, 6º, 196 e 227, todos da Constituição Federal. Consigno, também, que a pretensão se funda no alegado risco à saúde pública, razão pela qual admito o incidente. Ressalto, no ponto, que o instituto da suspensão não se presta à cognição exauriente da matéria controvertida na origem, admitindo-se o exame perfunctório do direito quando necessário ao juízo de comprometimento dos valores públicos tutelados em contracautela (art. 4º, caput, da Lei nº 8.437/1992). (...)

Na ordem, a decisão não comporta alusão a base teórica nem a precedentes que possam contribuir para o embasamento do posicionamento, como forma de reforçar o conteúdo teórico. Por

outro lado, foi possível constatar o uso de argumentos retórico-persuasivos, no seguinte trecho acima mencionado, no sentido de apresentar em sua linguagem escrita quando o Desembargador Jirair Aram Meguerian reconsiderou sua decisão, o qual apontou dados e fatos técnicos incontestáveis direcionando ao elevado risco de transmissão do vírus. Momento este que restou prejudicada a alegação da Universidade Federal da Bahia “no sentido de que não seria necessária a utilização, no atual momento, dos leitos de UTI do Hospital Salvador, porquanto a taxa de ocupação de leitos de UTI reservados para pacientes COVID, em que pese elevada, não ultrapassava”.

Assim, no discurso registrado em sentença escrita pelo MM Desembargador Jirair Aram Meguerian, finalizou afirmando que em uma releitura da mesma matéria e após oportunizar o contraditório, pode averiguar a desnecessidade de aumento de números de leitos de UTI visto o enfrentamento da crise sanitária decorrente da pandemia de Covid-19. Nota-se, portanto, o uso do recurso de análise documental do processo (com referência ao AI nº 1020336-42.2020.4.01.0000), ressaltando a análise feita pelo Desembargador Jirair Aram Meguerian, trazendo trechos do discurso decisório deste desembargador, bem como na parte autora, que se opôs ao conteúdo da decisão. O que demonstra um recurso claro de retórica-persuasivo para a decisão em análise.

Por fim, quanto ao dispositivo, foi constatado o mandamento final nos seguintes termos: “Ante o exposto, defiro o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão do TRF 1 que revogou o efeito ativo conferido ao Agravo de Instrumento nº 1020336-42.2020.4.01.0000.”. Sendo possível constatar uma desproporção na estrutura da fundamentação no que condiz ao uso de elementos de bases legais, teóricas, precedentes e argumentos retórico-persuasivos. O que constatou na pesquisa a influência da cultura brasileira quando o julgador se delongar no conteúdo discursivo da decisão com base nas características do caso, vinculando-os a lei e ao discurso retórico-persuasivo e afastando-se de precedentes e bases teóricas.

Kelsen (2018), neste caso, afirma que o julgador incorre no risco de “transbordamento de um subjetivismo excessivo”, no sentido em que, o magistrado, ao se delongar no discurso pode oportunizar a atribuição de plurissignificações para a norma jurídica, e a profusão do sentido não pode ser controlada pela ciência jurídica, a ciência apenas categoriza a variedade de interpretações.

4.2. **A decisão judicial no sistema jurídico alemão – TCF**

A decisão emanada pelo Tribunal Constitucional Federal que tratou sobre uma falha em aceitar uma reclamação constitucional inadequadamente justificada e completamente excessiva sob ameaça de uma taxa de uso indevido. Decisão de nº – 1 BvR 1445/20 – que foi julgada inadmitida a reclamação constitucional por não atender aos requisitos do art 93 (2) da BVerfGG.

Uma vez explanada a centralidade da decisão, passa-se para a análise estrutural realizada através dos parâmetros determinados pela matriz de análise que terá como foco o relatório, a fundamentação e o dispositivo da decisão de nº – 1 BvR 1445/20¹⁵.

Tabela 2: Decisão TCF – 1

15 Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/07/rk20200729_1bvr144520.html Acesso em: 30 de julho de 2020. (BUNDESGERICHTSHOF, 2020).

Pontos de análise da estrutura da decisão judicial			
		SIM	NÃO
Relatório	Identificação das partes	✓	
		✓	
	Identificação do direito pleiteado	✓	
	Identificação do amparo legal do pedido		
Fundamentação	Características do caso		✓
		✓	
	Bases legais		✓
		✓	
	Bases teóricas		✓
	Precedentes		
	Argumentos retórico-persuasivos		
Dispositivo	Mandamento final	✓	
	Total	6	3

Fonte: autoria própria, 2020.

Da análise do relatório, observou-se que logo de início houve uma resumida identificação das partes, do direito pleiteado e do amparo legal do pedido, assim transcreve-se abaixo:

- 1 da Sra. M ...,
 2 do Dr. M ...,
 contra
1. a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 23 de junho de 2020 - 20 W 155/15, 20 W 362/15, 20 W 392/15 -,
 2. a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 12 de maio de 2020 - 20 W 362/15 e 20 W 11/19 -,
 3. a) a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 12 de maio de 2020 - 20 W 392/15 -,
 b) a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 12 de maio de 2020 - 20 W 155/15 –
 c) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt a partir de 13 de agosto de 2019,
 d) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt de 6 de dezembro de 2018 - 45 VI 582/15 (2015) -,
 e) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt de 3 de fevereiro de 2017 - 45 VI 582/15 (2015) -,
 f) a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 11 de junho de 2015 - 20 W 155/15 -,
 g) a decisão do Tribunal Distrital de Darmstadt de 9 de dezembro de 2015 - 45 VI 582/15 (2015) -,
 h) a decisão do Tribunal Distrital de Darmstadt de 28 de agosto de 2015 - 45 VI 582/15 (2015) -,
 i) a decisão do Tribunal Local de Darmstadt de 28 de abril de 2015 - 45 VI 582/15 -,
 j) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt de 16 de abril de 2015 - 45 VI 582/15 -,
 k) a decisão do Tribunal Distrital de Darmstadt de 8 de abril de 2015 - 45 VI 582/15 - e Pedido de liminar foi aprovado na 2ª Câmara do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal os juízes Paul, cristão e o juiz Hârtel de acordo com § 93b em conjunto com § 93a BVerfGG na versão do anúncio de 11 de agosto de 1993 (Diário da Lei Federal I p. 1473) decidido por unanimidade em 29 de julho de 2020:(...)

Dessa maneira, nota-se a desnecessidade de pormenorizar as partes, o pedido e a causa de

pedir no âmbito do relatório realizado pelo TCF. Com base na análise da parte da fundamentação das decisões, o estudo apontou que o Tribunal no primeiro parágrafo da fundamentação se posicionou sobre a decisão a ser tomada, trazendo desde logo a base legal de seu juízo de valor: “A reclamação constitucional não é admitida para decisão. Se a reclamação constitucional não for aceita, o pedido de liminar torna-se irrelevante (Artigo 40 (3) GOBVerfG).”

Apresentando-se a seguir as razões de seu posicionamento:

(...) 1. A reclamação constitucional não pode ser aceita para decisão porque não atende aos requisitos da Seção 93a (2) BVerfGG. Não tem perspectiva de sucesso, uma vez que é manifestamente inadmissível na ausência de uma justificação que satisfaça os requisitos do § 92, § 23 § 1 do BVerfGG.

2. Se a reclamação constitucional não for aceita, o pedido de emissão de uma medida provisória torna-se irrelevante, Artigo 40 (3) GOBVerfG.

3. O reclamante re 2) é ameaçado com a imposição de uma taxa de abuso de acordo com § 34 Abs. 2 BVerfGG para queixas constitucionais abusivas no futuro.

4a) Há abuso se o Tribunal Constitucional Federal é impedido de cumprir suas funções por meio de denúncias constitucionais reconhecíveis a todos sem substância, o que significa que outros requerentes só podem obter a proteção dos direitos fundamentais que lhes são devidos com atraso (ver BVerfG, decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 11 de fevereiro de 2019 - 1 BvR 3/19 -, Rn. 3 com outras referências). A apresentação abusiva de uma reclamação constitucional é, entre outras coisas, se for obviamente inadmissível ou infundada e qualquer pessoa com discernimento deve considerá-la completamente sem esperança (ver BVerfG, decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 9 de junho de 2004 - 1 BvR 915/04 -, NJW 2004, p. 2959; decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 20 de julho de 2016 - 1 BvR 1979/14 -, Rn. 4). Esse é o caso aqui.

5b) Na medida em que o reclamante re 2) também apresentou a reclamação constitucional em nome do reclamante re 1), já tinha conhecimento de um procedimento anterior devido à instrução ali dada de que não poderia atuar como agente do reclamante 1) no procedimento de reclamação constitucional, porque ele não tem as qualificações exigidas nos termos da seção 22 (1) frase 1 do BVerfGG. A este respeito, a apresentação da queixa constitucional pelo segundo queixoso em nome do primeiro queixoso teve de ser reconhecida como completamente sem esperança por qualquer pessoa com perspicácia.

6c) Além disso, a reclamação constitucional totalmente desenfreada obviamente não cumpre os requisitos por razões fundamentadas. O enorme volume da denúncia, que se compõe de diversas peças escritas, bem como de seus anexos, baseia-se em grande parte em repetições que não são objetivamente justificadas. O Tribunal Constitucional Federal não tem que aceitar que é prejudicado por tal uso sem sentido de sua capacidade de trabalho no cumprimento de suas tarefas e que só pode conceder a outros requerentes legais a proteção de seus direitos fundamentais com atraso (ver BVerfG, decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 29 Junho de 2010 - 1 BvR 2358/08 -, Rn. 6).

Nota-se que a decisão oriunda do TCF quando o julgador apresentou as razões, houve a utilização predominante das fontes legais e precedentes, embasando seus fundamentos genuinamente nestes dois pontos, afastando-se completamente de argumentos retórico-persuasivos. Ao termo, apresentou o mandamento final afirmando que “Esta decisão é final”. Neste esteio, é oportuno destacar a brevidade e originalidade do conteúdo do discurso jurídico-alemão, que se apresentou vinculado às questões legais e distante da argumentação de persuasão.

Em consonância com o pensamento de Rodriguez, neste julgamento ora analisado, uma persona de “juiz burocrata” visto que interpretou os textos de modo objetivo, sem misturar sua subjetividade na sentença e sem se deixar levar por si mesmo em busca de imparcialidade – assim como deve figurar um funcionário da justiça (RODRIGUEZ, 2005, p. 285).

CONCLUSÃO

A análise de conteúdo de ambos julgados, um oriundo do Supremo Tribunal Federal e o outro do Tribunal Constitucional Alemão, apesar de serem de naturezas distintas, permitiu o enfoque na análise do constructo da argumentação com a intenção de explicitar o diálogo analítico ao qual se propôs o presente estudo.

A jurisdição, no ponto de vista constitucional, institui a interpretação e aplicação da Constituição a órgãos judiciais. No Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais. Na Alemanha, o detentor de tal função jurídica é o juiz natural de questões constitucionais, que foi reservada, tão-somente aos detentores do poder de julgamento para a aplicação do Direito no caso concreto.

A interpretação é uma operação mental que segue o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um grau hierárquico-normativo superior para um grau hierárquico-normativo inferior, e o nexos que liga o julgador e o caso a ser julgado no ato decisório nos atos da interpretação e da aplicação da norma ao caso concreto é a singularidade, tanto do julgador como do caso em análise, portanto, por intelecção lógica, se houver mudanças ou influências externas nesta singularidade do julgador, poderá abrir margem para uma mudança de entendimento decisório, visto a liberdade decisória.

Dentro do pensamento de Rodriguez, o julgador cumpre uma enorme função de controle social do exercício do poder jurisdicional. Logo, a objetividade hermenêutica não deve ser vista de modo categórico, pois não tem como negar a existência da dualidade da vontade da Lei e a vontade do legislador na interpretação jurídica pelo magistrado. Justificando-se a investigação no âmbito da existência de diferenças entre uma decisão “à moda brasileira” e “à moda germânica”. Fazendo-se imperativo compreender as estruturas constitucionais de cada país no que diz respeito à carreira da magistratura, garantias e bases normativas que vinculem os magistrados a preceitos básicos decisórios.

O presente estudo inaugurou uma trajetória investigativa no direito internacional no campo da argumentação jurídica e a partir dos achados recomenda o desenvolvimento de novas investigações, agora, com os instrumentos de investigação e análise testados, em um universo mais amplo, ou seja, em uma amostra maior e quiçá utilizando um processo de análise mediado por um *software* de análise lexicométrica. Os aspectos trazidos pelo presente estudo, urge avançarmos aos aspectos gerais da decisão judicial dos casos práticos, desvelando as (de)semelhanças dos julgados brasileiros e alemão, a fim de discutir as influências culturais, organizacionais e educacionais refletidas no conteúdo jurídico da fundamentação.

Para tanto, foi desenvolvida uma “Matriz de análise de decisões judiciais”, consistente em parâmetros avaliadores com a finalidade de se investigar os aspectos da estrutura da decisão, pontuando o relatório, a fundamentação e o dispositivo; a fundamentação, analisando se houve a utilização de bases legais, teóricas, precedentes e argumentos retórico-persuasivos; por fim, a análise do dispositivo, observando se houve um mandamento final do caso.

Os *highlights* alcançados por este estudo foram de cunho metodológico, em que principiou uma trajetória de pesquisa no âmbito da argumentação jurídica em meio internacional e desenvolveu instrumentos de investigação para a análise objetiva dos dados; e na esfera descritiva

analítica do conteúdo das sentenças ao ter demonstrado o entrelaçamento do julgador à sua cultura: o julgador brasileiro se delonga em sua decisão, citando lei e confirmando com argumentos retórico-persuasivos; já o julgador alemão sintetiza sua decisão ao se utilizar da lei e precedente, originando um discurso simplesmente jurídico-legal para afastar ou acolher uma determinada questão.

Ao delinear parâmetros de comparação entre os processos decisórios de duas cortes constitucionais de países distintos e conformar que existem diferenças na forma de assentar seus respectivos discursos, ficou demonstrado que as diferenças culturais entre dois países estão refletidas desde a estruturação das Cortes Constitucionais, tal como a sua composição e seleção dos próprios membros, até as respectivas atuações profissionais na estruturação dos diálogos insertos nos julgados. Finalmente, os achados não pretendem esgotar essa discussão, ao contrário, objetivam suscitar novas e inovadoras discussões e análises. E, ressalta-se que o processo de realização de uma pesquisa com essas características não estabelece juízo de valor sobre os Tribunais Constitucionais, mas propiciam uma visão ampliada sobre suas práticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Germany**. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon, Oxon : Routledge, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Landy Editora: São Paulo, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000402171. Acesso em: 01 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o Direito e a Política, [S.l.]: Migalhas Jurídicas. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, 2012.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional** – Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria**, 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade**, *Revista da EMERJ*, v. 11, nº 43, 2008.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes 2018.
- LAMPRECHT, Rolf (2009): "**Vom Untertan zum Bürger - Wie das Bonner Grundgesetz an seinem Karlsruher «Über-Ich» gewachsen ist**", in Neue Juristische Wochenschrift: NJW, ISSN 0341-1915, Vol. 62, N°. 21, 2009, págs. 1454-1457. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2984662>. Acesso em: 01 mar. 2022.
- MAGRI, Wallace Ricardo. **Introdução ao Estudo do direito: intuição e raciocínio jurídico**. Inn VADE MECUM DOCTRINA-HUMANÍSTICO. Coordenação Álvaro de Azevedo Gonzaga e Nathaly Campitelli Roque. São Paulo: Método, 2014.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **O discurso da dogmática jurídica**. In: José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa. Nas fronteiras do formalismo. São Paulo: Saraiva, 2010. — (Série direito em debate. Direito, desenvolvimento e justiça)
- MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Foco, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MIGUEL, Luis Felipe; BOGEA, Daniel. **O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa**. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 35, n. 104, e3510402, 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/3510402/2020>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092020000300501&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 ago. 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª Ed; São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo**. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu. RODRIGUES, José Rodrigo. Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosófica em contextos imperfeitos. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 277-280.
- ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SMEND, Rudolf. **Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962**, in Das Bundesverfassungsgericht (Karlsruhe). Tubinga: JCB Mohr (Paul Siebeck), 2004.
- TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vítos de Paula Ramos. São Paulo: Martial Pons, 2015.

Recebido em: 08.05.2023

Aprovado em: 17.05.2023

Última versão dos autores: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):PEREIRA, Rebeka Souto Brandao; MARTINS, L. Matriz de análise das decisões judiciais: o discurso dos magistrados no Brasil e Alemanha. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). <https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416>



Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) (CC BY 4.0)