

**O CASO PORTUGUESA: ENTRE ARGUMENTOS E CONTRA-
ARGUMENTOS***

THE PORTUGUESA CASE: BETWEEN ARGUMENTS AND COUNTER-
ARGUMENTS

Bernardo Augusto Ferreira Duarte**

RESUMO: Neste breve artigo, pretendo discutir a *importância do caminho argumentativo* para uma *narrativa justificativa legítima* das decisões jurídicas. O pano de fundo de minha análise será a histórica decisão do Pleno do STJD, proferida em 2013, no conhecido “caso Portuguesa”. Ao perpassar pelas principais objeções dirigidas contra essa decisão, farei incursões em algumas teorias alinhavadas no campo da Filosofia do Direito, atinentes às exigências e dificuldades atreladas à busca de uma resposta adequada para a solução de casos concretos. Analisarei, nesse sentido, alguns aspectos ligados às vertentes clássicas do positivismo, além de explorar pontos de divergência entre a teoria da integridade dworkiniana, a visão institucional defendida por Sunstein e Vermeule e a permanente discussão atinente aos limites da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ao final, explicarei porque considero que o *meio argumentativo* inexoravelmente *atesta* o grau de legitimidade da decisão manifesta num determinado caso. Assim, ficará nítido porque concordo com o *dispositivo* da decisão do STJD, conquanto tenha inúmeras ressalvas à *fundamentação* alinhavada para justificá-lo.

Palavras-chave: Decisão. STJD. “Caso Portuguesa”. Objeções. Resposta adequada.

ABSTRACT: In this article, I aim to discuss the importance of the *argumentative way* for a legitimate justificatory narrative of the juridical decisions. I will proceed my analysis under the background of the historical plenary decision of STJD, pronounced in 2013, in the well-known “Portuguesa case”. I will go through the principal objections directed against this decision, doing incursions in some theories developed in the field of *Philosophy of Law*, about the exigencies and difficulties of an adequate answer for the concrete cases solutions. In this sense, I will analyze some aspects linked to the classic

* Artigo recebido em 8 maio de 2017

Artigo aceito em 28 maio 2017

** Assessor na Procuradoria da República de Minas Gerais. Graduado em Direito pela PUCMINAS – BH. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Educação Continuada – PUCMINAS. Mestre em Direito Público pela PUCMINAS-BH. Professor de Direito Constitucional, Teoria do Direito e Direitos Humanos do Instituto Metodista Izabela Hendrix. E-mail: bernardoafduarte@hotmail.com.



versions of positivism, besides exploring divergence points between the dworkinian theory of integrity, the institutional view defended by Sunstein and Vermeule and the permanent discussion referent to the limits of the principle of proportionality application. At the end, I will explain why I consider that the argumentative way inexorably attests the legitimate degree of a decision expressed on a specific case. Thus, it will be clear why I agree with the result of the decision, although there has been a host of reservations about the *fundament* delineated to justify it.

Key words: Decision. STJD. Portuguesa's case. Objections. Adequate answer.

1 Introdução: por que o “caso Portuguesa” desperta interesse?

Pelo menos desde o século XIX, discute-se qual seria o melhor caminho em busca de uma decisão juridicamente correta.

Esse debate encampa uma intensa gama de contribuições, as quais *pendem*¹ entre posturas formalistas e não formalistas. Pode-se dizer, a título de exemplo, que essas contribuições alcançam desde representantes de uma hermenêutica clássica até pensadores contemporâneos das mais diversas “estirpes”. Entre estes, particularmente, as concepções são as mais distintas possíveis.

Numa rápida reconstrução, há quem simplesmente duvide da existência de uma única resposta correta, e, a partir disso, defenda uma discricionariedade forte em qualquer tipo de tomada de decisão “jurídica”². Existem, ainda, aqueles que vislumbram uma diferença entre casos simples, solucionáveis através da subsunção, e casos difíceis, nos quais não haveria como fugir de uma discricionariedade forte no momento da decisão³.

Também há autores que desenvolvem teorias para justificar a melhor resposta possível nos casos concretos, conquanto divirjam frontalmente em

¹ A metáfora do pêndulo me foi apresentada, pela primeira vez, por Daniel Sarmiento, em conversa informal, por ocasião de minha banca de mestrado.

² A versão mais tradicional do Realismo Jurídico norte-americano é um bom exemplo dessa tendência.

³ É a posição defendida tanto por Positivistas Inclusivistas, quanto por Positivistas Exclusivistas. Dois bons exemplos dessas concepções são as visões de H.Hart (2001) e H. Kelsen (2003), respectivamente. Para mais detalhes, vide Dimoulis (2006) e, principalmente, Cruz; Duarte (2013).



suas respectivas teses, inclusive em relação àquilo que consideram a melhor resposta (ou a resposta correta). Emblemáticas, nesse sentido, são as contribuições de R. Dworkin, R. Posner, R. Alexy, N. MacCormick, entre outros.

Finalmente, existem aqueles que demandam dos juízes e demais órgãos do Judiciário maior deferência em relação às decisões técnicas advindas do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Em grande medida, os defensores dessa concepção pautam-se na constatação de uma suposta cegueira das técnicas de interpretação do direito em relação aos efeitos sistêmicos e às capacidades institucionais do órgão responsável pela decisão⁴. Por conta disso, defendem a busca não de uma resposta correta (*first best*), mas de uma resposta possível (*second best*). Essa tendência, defendida nos Estados Unidos⁵ por positivistas moderados como F.Schauer, C. Sunstein e A.Vermeule, materializa o que seus adeptos identificam como “virada institucional”.

A despeito de certos contos de distanciamento, não é nenhum exagero enxergar na temática dos *standards argumentativos*⁶, desenvolvidos como artifícios aptos a contribuir para a racionalização das ponderações judiciais, uma forte influência dessa “virada”⁷.

Todo esse pano de fundo é bastante conhecido no âmbito da Teoria do Direito, da Ciência Política e do Direito Constitucional⁸. Entretanto, ao menos no Brasil, ele ainda parece distante de *um considerável número de estudantes*

⁴ Para mais detalhes, vide Vermeule;Sunstein (2002) e Souza Neto; Sarmento (2012).

⁵ No Brasil, são marcantes alguns pontos de distanciamento entre as concepções defendidas por representantes da Escola Fluminense do Direito Constitucional e a visão originariamente defendida por Sunstein e Vermeule. Para mais detalhes, vide (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 229 et. seq.).

⁶ Para uma visão geral da concepção defendida pela Escola Fluminense, sugiro a leitura de Sarmento; Souza Neto (2012) e Ferreira (2012).

⁷ Isso fica evidente nas contribuições da Escola Fluminense do Direito Constitucional. Alguns bons exemplos podem ser encontrados nos escritos de Barroso (2008), Sarmento (2008), Souza Neto (2008), Souza Neto; Sarmento (2012) e Ferreira (2012).

⁸ Há certamente outras discussões recentes que deixei de retratar em minha narrativa, as quais agregam complicadores às teorias da argumentação e da decisão judicial, sobretudo na questão atinente ao *Judicial Review*. Como exemplos, podem ser citados a abordagem moral/pluralista de Jeremy Waldron (2004) e a proposta dos diálogos interinstitucionais, defendida, entre outros, por Conrado Huber Mendes (2008).



e aplicadores do Direito⁹. Meu intento nesse artigo não é tanto a discussão de todas essas vertentes de pensamento¹⁰. Pretendo, contudo, analisar *um caso que foi intensamente debatido* no âmbito da sociedade civil¹¹, e, sob esse pano de fundo, *sobrevoar algumas das questões centrais de parcela dessas visões*, a fim de aferir se a decisão proferida foi (ou não) correta.

O caso a que me refiro, adianto, não foi decidido por um órgão do Poder Judiciário, mas por instâncias da Justiça Desportiva¹² com competência para exarar discursos de aplicação em questões afetas à matéria¹³. Ele foi julgado há dois anos pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD)¹⁴ e resultou

⁹ Esse debate certamente ocupa espaço nas boas pós-graduações da Academia Brasileira, assim como no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a grande maioria dos aplicadores do Direito (a englobar advogados, defensores públicos, promotores, procuradores e juízes), cuja atuação ocorre, em regra, nas primeiras instâncias de julgamento, parece encontrar-se alheia às contribuições advindas desse debate. Em alguns Tribunais isso fica nítido não apenas nas sustentações orais que são proferidas em suas tribunas, mas também nos votos dos julgados proferidos. Certamente, há exceções a essa regra. Entretanto, a visão formalista do séc. XIX ainda domina nosso ambiente jurídico, talvez porque muitos professores não estão dispostos a abandoná-lo completamente, o que acaba por influir na formação da grande maioria dos alunos. Para uma visão mais aprofundada desse diagnóstico, sugere-se a leitura de Cruz; Duarte (2013).

¹⁰ Isso já foi levado a cabo em Cruz; Duarte (2013).

¹¹ Mesmo ciente dos limites e riscos do raciocínio (meramente) indutivo, acredito que o caso em comento possa fomentar a curiosidade de muitos de meus amigos não juristas, bem como de vários alunos ainda não iniciados nas temáticas que serão debatidas. Obviamente, contudo, pretendo dialogar também com juristas, alguns dos quais são (ou foram) meus professores. Apenas para constar, para uma visão aprofundada sobre os problemas do método indutivo, sugiro a leitura de Cruz (2009).

¹² De acordo com o Código Brasileiro de Justiça Desportiva, “Art. 3º. São órgãos da Justiça Desportiva, autônomos e independentes das entidades de administração do desporto, com o custeio de seu funcionamento promovido na forma da Lei: I – o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), com a mesma jurisdição da correspondente entidade nacional de administração do desporto; II – os Tribunais de Justiça Desportiva (TJD), com a mesma jurisdição da correspondente entidade regional de administração do desporto; III – as Comissões Disciplinares (CD), colegiado de primeira instância dos órgãos judicantes mencionados nos incisos I e II deste artigo” (BRASIL, 2009). Disponível em http://legado.cbb.com.br/noticias/Novo_CBJD.PDF.

¹³ De acordo com o art. 217, § 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988, “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...) § 1º **O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.** § 2º **A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final** (BRASIL, 1988 – grifos acrescentados).

¹⁴ Para mais detalhes, vide <https://www.youtube.com/watch?v=_iAWMCdZ3e8>. Acesso em: jan. 2015. A íntegra da decisão do Pleno pode ser buscada em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/12/art20131230-05.pdf>>. Acesso em: jan. 2015.



no rebaixamento da “Associação Portuguesa de Desportos” no Campeonato Brasileiro de 2013.

Esse caso chama minha atenção por diversos fatores¹⁵. Em primeiro lugar, ele foi intensamente debatido pela sociedade civil à época da denúncia promovida pela Procuradoria da Justiça Desportiva, bem como durante todo o trâmite da ação perante o STJD. Para se ter uma noção, quando do julgamento, *além da ampla cobertura midiática*, havia torcedores na parte de fora do Tribunal, os quais, durante a sessão, se portavam como se estivessem a acompanhar uma partida de futebol de suas agremiações de preferência, em pleno estádio.

Nos debates promovidos principalmente por *jornalistas esportivos*¹⁶ e torcedores sem formação em Direito, mas também por representantes da comunidade jurídica¹⁷, transbordavam os sentimentos de paixão e aversão, simpatia e antipatia. Neles, em regra, a toada era contrapor a visão supostamente “técnica”, pautada na “legalidade estrita”, à visão dos “defensores da moralidade”¹⁸.

¹⁵ O Ministro Marco Aurélio também se interessou pelo caso, como se percebe pelo trecho do acórdão do Pleno do STJD, a seguir descrito: “Para encerrar não poderia dentro da linha de convencimento de citar a manifestação do Ministro Marco Aurélio Mello, integrante do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em entrevista para a Revista Isto É, edição do 25.12.2013, que ao fazer uma reflexão sobre a Justiça Eleitoral, e disse: **“Essa celeuma no futebol, que salvou o Fluminense na esfera judicial, tem um simbolismo importante para poder servir a política”**. Perguntado o que ficou demonstrado, respondeu: **“Provou que as regras são para serem cumpridas e quem não cumpri-las vai ser punido. É preciso impor punições para desvios de conduta. No meu discurso de posse no TSE, eu disse que a democracia não admite o minimalismo judicial”** (STJD, Pleno, Processo nº 320/2013, voto do relator, p. 45 – grifos no original).

¹⁶ Esses debates podem ser acompanhados ainda hoje pelo Youtube. Vide, p.ex.: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ms0WZoTBsek>; https://www.youtube.com/watch?v=f_HUmOShw-0; <https://www.youtube.com/watch?v=FGqRPaLe0jg>>. Acesso em: jan. 2015.

¹⁷ Não apenas por aqueles juristas que atuaram ativamente no caso, como os advogados da Portuguesa, do Flamengo e do Fluminense. A principal arena de debate eram as redes sociais.

¹⁸ Havia, certamente, outros motivos que conduziram muitas pessoas, inclusive juristas, a questionar a decisão. Alguns desses motivos eram simplesmente velados, como o sentimento de que o clube carioca (no caso o Fluminense) possuía uma dívida histórica que precisava ser paga. Afinal, o clube que havia sido rebaixado para a terceira divisão do Campeonato Brasileiro em 1998, após vencer a “Terceirona” em 1999, saltara diretamente para a primeira divisão, no ano 2000, para disputar o que ficou conhecido como Torneio João Avelange (equivalente ao Campeonato Brasileiro daquele ano). Certamente, essa mudança de regras era moralmente questionável, mas jamais poderia ser invocada



Havia quem defendesse que, na busca pela solução de um caso concreto, a aplicação de normas jurídicas não prescindia de análises afetas à moralidade. Outros, diziam que o caso não demandava reflexões mais elaboradas, visto que o texto legal era claro ao apenar condutas como a que originara a denúncia da Portuguesa perante o STJD. Também existia quem argumentasse que a decisão correta devia levar em conta “o risco de um efeito cascata”, numa clara preocupação com a repercussão futura do julgado. Outros, por sua vez, desenvolviam teses para dizer que a aplicação da punição, tal qual prevista no Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), no caso em questão, não era só uma imposição técnica, mas também uma questão de moralidade.

Quem destes estaria com a razão? Por que questões tão complexas, discutidas no campo da Filosofia do Direito, estariam a ser trazidas para a discussão de uma questão (supostamente) de somenos importância, como uma competição desportiva? Se a imputação da sanção à conduta estaria textualmente prevista no artigo 214 do CBJD, não bastaria promover, então, uma (simples) subsunção e resolver o caso¹⁹? Eis algumas indagações sobremodo interessantes, a justificar a análise que estou a propor.

Como pretendo explicar, o caso em comento atesta o *quão importante são as razões explicitadas na narrativa justificadora de uma decisão*²⁰ proferida

explicitamente para justificar uma decisão do STJD, atinente à aplicação de penalidades por condutas praticadas por outras equipes no Campeonato Brasileiro de 2013. Isso seria equivalente a justificar um erro com outro. Ademais, poucos se lembravam que em 2000 outras equipes haviam sido beneficiadas pela alteração das regras do Campeonato (como o São Caetano, que viria a ser o vice-campeão do Torneio João Avelange).

¹⁹ Quem acompanha meus escritos, sabe que não acredito na possibilidade de subsunção. Voltarei a essa questão mais adiante, no tópico 2.2 deste artigo.

²⁰ O sentido comumente atribuído à palavra *justificação*, no âmbito das Teorias da Argumentação e da Decisão mais conhecidas, certamente vela o *acontecer da decisão*, isto é, aquilo que está “do papel para trás”. Ele vende a ideia de que são os argumentos que levam à decisão, e não o contrário. Não estou a defender uma *justificação nesse sentido*. A despeito de continuar a empregar a palavra em questão, acolho a crítica alinhavada por Cruz e Wykrota, no sentido de que seria preferível falar em *narração da decisão*. Nas palavras destes, “não é apenas uma questão semântica trocar a ‘justificação’ pela narrativa, pois esta última não pretende ser o ‘espelho’ da ‘de-cisão’”. Não há representação da ‘de-cisão’. A narrativa ‘a-presenta’ a ‘de-cisão’ a nós! É, portanto, uma narrativa de fundo ricoeuriana, como uma atestação do fenômeno. Uma narrativa histórica do evento que se deu na “de-cisão” (...). O que o julgador faz é uma narrativa, não uma justificação”(CRUZ;



em sede de discursos de aplicação. Ele elucida bem o porquê da *impossibilidade* de um simples juízo de subsunção na resolução de demandas jurídicas. Serve, por isso mesmo, como pano de fundo para a análise crítica de algumas concepções muito defendidas mundo afora, atinentes às teorias da decisão e da argumentação jurídica.

Finalmente, ele *deixa transparecer sentimentos que estão por detrás de nossos juízos de valor*, muitas vezes escondidos por argumentos minuciosamente elaborados, por questões técnicas e/ou palavras rebuscadas.

Eis os pontos pelos quais almejo perpassar, numa abordagem assumidamente normativa²¹. Ao final, espero que não restem dúvidas sobre qual é a minha concepção acerca da *resposta correta*²² para o caso Portuguesa. Entretanto, meu principal intento é defender a importância de uma *justificação narrativa legítima*²³ de todas as decisões jurídicas proferidas em sede de discursos de aplicação.

2 Entre argumentos e contra-argumentos: o caso e as objeções

O caso Portuguesa gerou polêmica desde o início. Tudo começou quando, após a última rodada do Campeonato Brasileiro de 2013, o clube paulista foi denunciado no STJD pela Procuradoria da Justiça Desportiva.

WYKROTA, 2015, p. 45-46). Justamente por compreender esse alerta, neste texto, utilizarei ora a expressão *justificação narrativa*, ora apenas “justificação” ora *narração justificadora*, mas sempre com o intuito de me referir àquilo que Cruz e Wykrota chamam de *narrativa*.

²¹ Por entender que a perspectiva do observador externo não mais se sustenta, defendo que toda abordagem seja, em alguma medida, normativa, e não simplesmente descritiva. Para mais detalhes, sugiro a leitura de Dworkin (2010) e Cruz;Duarte (2013).

²² Para a inteligência ampla de diversas concepções acerca da *resposta correta*, sugiro a leitura de Cruz (2011). Sugiro também a leitura de Dworkin (2007).

²³ Em termos resumidos, entendo que a justificação legítima esteja atrelada à possibilidade (potencial) de resgate discursivo dos argumentos que embasam a decisão. A coerência e o potencial de convencimento dos argumentos alinhavados, o respeito aos limites argumentativos próprios a cada discurso, a competência prévia e juridicamente instituída daquele(s) que profere(m) a decisão, a abertura aos influxos do processo, entre outros aspectos, são elementos que devem ser levados em conta nesse resgate. Obviamente, não olvido a violência que há no ato intrínseco de decidir. Nem, tampouco, a *im-possibilidade* de um resgate completo das razões que embasaram uma decisão. No entanto, no mínimo em *termos contrafáticos* é possível defender esse resgate. Para uma compreensão aprofundada dessas questões, sugiro a leitura de Duarte (2012) e Cruz; Duarte (2013).



Segundo a Procuradoria, a Associação Portuguesa de Desportos relacionara irregularmente um de seus atletas contra o Grêmio Foot Ball Porto Alegrense, na última partida das duas equipes no referido campeonato.²⁴

O atleta em questão havia sido suspenso por duas partidas pela 4ª Câmara Disciplinar Nacional do STJD²⁵, por infração ao disposto no art. 258 do CBJD. Como já havia se submetido à suspensão automática, restava, em tese, o cumprimento de mais uma partida de punição, na primeira oportunidade imediatamente subsequente à decisão (Proc. nº. 183/2013). Uma vez que o clube paulista descumpriu a referida punição, gerou-se a denúncia pela violação ao art. 214 do CBJD (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, relatório, p. 2-3).²⁶

O grande detalhe era que, com a perda de pontos²⁷, pena imputada no Código Brasileiro de Justiça Desportiva para esse tipo de situação, o resultado seria *uma inversão nas posições finais do Campeonato*, a implicar o *rebaixamento* da Portuguesa. Em primeira instância, além da defesa da Portuguesa, foram ouvidos, respectivamente, os advogados do Fluminense e do Flamengo. As equipes do Rio de Janeiro haviam se habilitado no processo na condição de terceiras interessadas no resultado do julgamento. Ao final, a 1ª Comissão Disciplinar Nacional do STJD acatou a denúncia contra a equipe paulista e imputou-lhe a perda de pontos. Inconformada, a Portuguesa recorreu

²⁴ Vide sustentação oral do Procurador Paulo Schmitt perante o Pleno do STJD no seguinte link: <https://www.youtube.com/watch?v=QZbOkA4WdbA>. Acesso em: jan. 2015.

²⁵ Art. 4º-A. Para apreciação de matérias relativas a competições interestaduais ou nacionais, funcionarão perante o STJD, como primeiro grau de jurisdição, tantas Comissões Disciplinárias Nacionais quantas se fizerem necessárias, compostas, cada uma, por cinco auditores, de reconhecido saber jurídico desportivo e de reputação ilibada, que não pertençam ao Tribunal Pleno do STJD. (Incluído pela Resolução CNE nº 29 de 2009)" (BRASIL, 2009).

²⁶ Assim como a Portuguesa, o Flamengo do Rio de Janeiro foi denunciado, em outro processo, também por infração ao art. 214 do CBJD, ao escalar irregularmente um jogador suspenso, na partida que encerrou a sua atuação no Campeonato Brasileiro de Futebol em 2013. Neste artigo, no entanto, limitar-me-ei a analisar o caso da Portuguesa. Ressalto que o "caso Flamengo" foi julgado no mesmo dia, logo após o "caso Portuguesa", e resultou na condenação da equipe carioca à mesma pena que foi imputada à equipe paulista.

²⁷ Três pontos equivalentes a uma vitória, mais o ponto alcançado no empate contra o Grêmio, conforme definido no art. 214, *caput* e §1º, do CBJD. Esse artigo será detalhado mais adiante.



da decisão ao pleno do STJD (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, relatório, p. 4-5).

No dia designado para a sessão de julgamento dos recursos, havia em nosso país inúmeras opiniões acerca de qual deveria ser a decisão do Pleno do Tribunal. Seja na imprensa esportiva, nas rodas de amigos e nas redes sociais, seja dentro (e fora) do prédio do Tribunal, percebia-se um clima tenso.

No fim, num julgamento que foi transmitido ao vivo pelos principais canais esportivos da imprensa televisiva brasileira, inclusive pela *internet*²⁸, o pleno do STJD, à unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela Portuguesa de Desportos. Diante disso, a agremiação paulista foi penalizada com a perda de pontos no Campeonato e multa no valor de R\$ 1.000,00 (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p. 1).

Com essa decisão, vislumbrou-se a já mencionada alteração da tabela final de classificação do Campeonato e o rebaixamento do clube paulista para a segunda divisão²⁹. Em vista disso, mesmo após a decisão do Pleno do STJD, diversos argumentos foram alinhavados com o intuito de discutir o veredicto³⁰.

Das várias objeções levantadas à época, destaco basicamente seis, sem desprezar o fato de que quase todas elas estão intimamente correlacionadas³¹:

- (1) O julgamento padeceria de excesso de formalismo (apego à letra fria da lei);
- (2) O STJD teria desconsiderado o *elemento teleológico das normas* do CBJD;

²⁸ A íntegra do julgamento não se encontra mais disponível no internet. Entretanto, à época, o julgamento foi transmitido, por exemplo, pelos sites <<http://globoesporte.globo.com/julgamento-portuguesa-flamengo/cobertura/>; http://espn.uol.com.br/noticia/376855_veja-como-foi-minuto-a-minuto-o-julgamento-de-portuguesa-e-flamengo-no-stjd>. Acesso em: jan. 2015.

²⁹ Vide a íntegra da decisão do Pleno do STJD em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/12/art20131230-05.pdf>>. Acesso em: jan. 2015.

³⁰ Nesse artigo, não tenho a pretensão de esgotar todos esses argumentos, pelo que minha análise se limitará àquelas objeções a que tive acesso na época da decisão.

³¹ Essas objeções foram alinhavadas em meios informais, pelo que deixo de promover a citação de suas fontes. Na medida do possível, a seguir tentarei fazer menção aos autores das respectivas objeções.



- (3) A decisão teria desconsiderado alguns julgados do próprio STJD, proferidos entre 2010 e 2014, que deveria(m) ter sido levado(s) em conta para a *correta* solução do “caso Portuguesa”;
- (4) Faltariam elucidações melhor elaboradas sobre os efeitos da decisão condenatória;
- (5) Seria necessário levar em consideração o artigo 2º do CBJD, bem como o Código Disciplinar da FIFA, para que fosse proferida *uma decisão correta*;
- (6) No caso concreto, a *sanção* prevista no CBJD (“perda de pontos”) *não se justificaria*. Afinal, havia desproporcionalidade entre a pena imposta *diante do fator rebaixamento*;

O grande mérito dessas objeções, no que particularmente me interessa, é atestar a inexistência de casos fáceis. A despeito de o “caso Portuguesa” envolver, aparentemente, o simples cumprimento de uma norma sancionatória em virtude da prática de uma conduta incontroversa nos autos, havia pesada divergência acerca de qual seria a *decisão correta a ser proferida pela Justiça Desportiva*.

Mesmo após as decisões da 1ª Câmara Disciplinar e do Pleno do STJD, essa controvérsia não se dissipou por completo. No voto condutor do acórdão proferido pelo Pleno do STJD vislumbrava-se grande esforço argumentativo com o intuito de justificação (interna e externa) do veredicto. A despeito disso, muitos cobravam ainda mais *depuração justificadora* do julgado.

Certamente, muitas pessoas argumentavam simplesmente por discordar do resultado da decisão. Não se importavam tanto com o *caminho trilhado* para a *justificação narrativa* do veredicto, visto que, para eles, só o livramento da Portuguesa e o consequente rebaixamento do Fluminense verdadeiramente interessavam. Talvez a grande maioria dos que insistiam nas objeções estivesse conduzida (apenas) por esse sentimento. No entanto, acredito que algumas pessoas realmente enxergassem pontos questionáveis na decisão e, justamente por isso, continuassem a questioná-la.



Mesmo que minha leitura possa ser taxada de ingênua, o ponto é que o “caso Portuguesa” *atesta o risco permanente de uma exigência de ascensão justificadora*³². Isso é exatamente o que me conduz a analisar cada uma das objeções acima alinhavadas.

2.1 Um combate ao formalismo: análise das objeções (1) e (2)

Existe uma máxima clássica, intimamente ligada a concepções formalistas, segundo o qual “*in claris cessat interpretatio*”. A ideia por detrás dessa máxima, supostamente aplicável ao Direito, é a de que *a clareza retira a necessidade de interpretação*.

Essa máxima já foi devidamente infirmada por sua *inconsistência hermenêutica e linguístico-pragmática*³³, mas, paradoxalmente, continua presente no imaginário de juristas e não juristas. A conhecida expressão “a regra é clara”, de Arnaldo Cesar Coelho, simboliza bem a crença na validade da aludida máxima.

No Direito, os insistentes *crédulos* na possibilidade de subsunção também atestam a veracidade do que acabo de afirmar. Afinal, acreditam que alguns fatos encontram-se claramente referenciados no preceito primário da norma, pelo que, diante de sua ocorrência, bastaria ao intérprete aplicar mecanicamente o disposto no preceito secundário do comando normativo. Em tais casos, “a regra seria clara”[...].

³² Eis o acerto de Dworkin, manifesto no seguinte trecho dirigido contra as objeções anti-teóricas de Sunstein: “Ao enfatizar a constante ameaça de ascensão justificadora, não pretendo, por certo, afirmar que tal ameaça irá se concretizar sempre, ou mesmo frequentemente. Isso não acontecerá na maior parte das vezes, pelo menos de modo grave e muito demorado, e felizmente não precisamos abandonar aquilo que poderíamos chamar de prioridade muito local – na verdade, não teremos de nos distanciar, em nossos argumentos interpretativos, das leis ou dos casos, que dizem respeito expressamente à questão em pauta. **Mas a ascensão justificadora é, por assim dizer, uma possibilidade onipresente: não podemos excluí-la a priori, pois nunca sabemos quando uma alegação jurídica que parecia prosaica, e até mesmo indiscutível, pode ser inesperadamente contestada por um novo e potencialmente revolucionário ataque proveniente de um nível mais alto**”. (DWORKIN, 2010, p. 77-78 – grifos acrescidos).

³³ A compreensão dessa afirmação depende do conhecimento dos ganhos advindos da *virada hermenêutico-linguístico-pragmática*. Sobre o assunto, vide (DUARTE, 2012, p. 10 et. seq.).



Evidentemente, desde o século XIX, inúmeros foram os casos que colocaram essa certeza à prova. Os clássicos métodos de aplicação, os conceitos construídos pela dogmática, assim como a autorização para o recurso subsidiário aos costumes, à analogia e aos princípios gerais do Direito, tinham a pretensão de auxiliar o intérprete nos casos em que a clareza do texto não fosse evidente.

Em geral, na aplicação do Direito, (i) *a pretensão de aplicação mecânica das normas*, pelo apego “à letra fria do texto”, (ii) *o mero recurso aos métodos clássicos*, assim como (iii) *a crença cega nos conceitos previamente construídos pela dogmática*, são vinculadas a uma postura formalista³⁴.

A primeira objeção dirigida à decisão do Pleno do STJD critica exatamente o seu suposto excesso de formalismo, por apego à “letra fria da lei”. Muitos jornalistas esportivos pretendiam criticar exatamente isso quando afirmavam que o julgamento havia sido eminentemente *técnico*³⁵, mas questionável em termos morais.

De fato, ouvi muitos comentaristas esportivos dizendo que o julgamento fora técnico, pelo simples fato de reproduzir àquilo que “estava escrito na lei”. Houve inclusive Auditores do STJD que argumentaram nesse sentido, a fim de justificar a suposta objetividade de seus votos. Outro jurista que expressamente defendeu o aspecto “técnico” do julgamento foi o advogado do Fluminense.

É certo que os argumentos dos auditores do STJD, inclusive do relator do Processo da Portuguesa, ao menos nos pontos em que fez menção à técnica, velou um discurso de autoridade que pretendida infirmar as críticas advindas da imprensa, bem como dos juristas que não eram especialistas no Direito Desportivo. É o que se percebe no seguinte trecho:

Às vésperas de uma Copa do Mundo em nosso país, em que milhares de estudantes e profissionais do direito buscam especialização na matéria, alguns profissionais de áreas distintas do direito e formadores de opinião tentam diminuir e

³⁴ Para mais detalhes, vide (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 182).

³⁵ Tudo isso também havia sido dito acerca da decisão da 1ª Comissão Disciplinar Nacional do STJD.



minimizar a importância de uma disciplina que possui especialistas do mais alto nível. E mais. Tentam criar o ambiente de que este Tribunal profere decisões nulas, ilegais e distantes do que preveem o sistema jurídico desportivo e os regulamentos das competições.

Para os que não possuem a técnica, ou fingem não conhecê-la, o sistema de normas jurídico desportivas, além de harmônico, garante a segurança jurídica e desportiva das competições, muito diferente de outrora, quando, por exemplo, a Justiça Comum interferia no resultado das competições transformando alguns campeonatos em brigas judiciais intermináveis, ao largo da Justiça Desportiva, como no famoso caso da Copa União de 87, onde o Flamengo e o Sport discutem até hoje quem é o real campeão Brasileiro daquele ano.

(...) E falando em moralidade, nunca é demais reiterar que durante todo o ano, e nas décadas anteriores, os atletas punidos na sexta-feira cumpriram suas punições no final de semana, assim como os punidos terça a noite cumpriram na quarta-feira, e simplesmente por que uma agremiação comete um erro grosseiro, por não considerar importante um jogo de futebol, erro que pode mudar sua situação na tabela, **agora se cria uma comoção, com pseudo especialistas, inventando que a decisão deve ser publicada para ter validade e eficácia, quando nem na Justiça Comum é assim** (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p.11/41).

Há, nesse ponto da decisão, uma nítida tentativa de infirmar as críticas veiculadas pelos “leigos”, assim como as veículas por juristas não especializados em Direito Desportivo. Mesmo que possam ser vistas como afirmações laterais do voto condutor do acórdão, no qual são encontrados argumentos mais consistentes e centrais à pretensão de justificação da decisão, eles expressam uma crença na suposta superioridade do discurso técnico.

Entretanto, há outro ponto que fica nítido nesse e em outros trechos do julgado. Refiro-me à visão exegética de que o Direito seja formado por um conjunto previamente harmônico de normas, bem como à concepção ultrapassada de que segurança jurídica esteja atrelada aos textos normativos. O problema é que, na atualidade, nem os autores que se auto-intitulam positivistas, nem os que se dizem anti ou pós-positivistas, acreditam nessas duas concepções.



Entretanto, os problemas não se limitam a esses pontos da decisão. A visão exegética pode ser encontrada em outros pontos da argumentação do relator do acórdão. Basta analisar cuidadosamente alguns argumentos que infirmavam a aplicação do Código Disciplinar da FIFA para a solução do “caso Portuguesa”, assim como os pontos que explicavam o sentido supostamente unívoco do texto do artigo 214 do CBJD:

Tudo muito claro. A pensar de maneira diferente, seria melhora rasgar o CBJD e a Lei Pelé e adotar o CDF como nosso Código, apesar do CDF não se aplicar aqui, somente em casos lacunosos, e mais, apesar do CDF prever que possamos fazer as normas da nossa forma. Muito triste a tentativa de golpe às nossas leis para se fazer uma suposta Justiça da Mídia. E mais, **o próprio CBJD fala em aplicação externa somente em caso de omissão e neste caso não existe qualquer omissão. Como diria Arnaldo. A Regra é clara”.**

(...)

Por conseguinte, faz-se necessária então, **a análise do artigo 214 e seus parágrafos, todos do CBJD, que em seu caput veda a inclusão do atleta irregular na partida, mesmo que conste apenas da súmula.**

De fato isso ocorreu, o atleta não só constou da súmula, como também entrou na partida. Tipo infracional violado integralmente. **O que pretendeu o legislador ao criar este artigo? Pretendeu justamente, em razão do critério subjetivo e da impossibilidade de se aferir o dolo, vedar a trapaça a qualquer em qualquer hipótese e inserindo a pena de perda de pontos até mesmo para aquele que perde o jogo.**

E mais, acreditem ou não os senhores, **fez previsão de que os pontos são retirados no mesmo campeonato, bem como os critérios de desempate, o que por si só, já impossibilita que seja interpretada qualquer norma externa e que seja determinado o cumprimento destes pontos em outra competição.**

(...)

Fazem-se críticas que a punição a Portuguesa é desproporcional. Como já frisamos não interessa ao Código a atuação do atleta. E o artigo não permite que o julgador adote mecanismos para diminuir ou aumentar a pena.

O artigo manda perder três pontos pela escalação irregular e que os pontos obtidos na partida não sejam computados (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p.35-36/41-42/44 – grifos acrescidos).

O trecho acima está recheado do *legado exegético*: (i) crença na univocidade de sentido de um texto, pautada em uma análise meramente sintático-semântica; (ii) crença na racionalidade de uma argumentação



embasada na *voluntas legislatoris*; (iii) crença de que a *clareza retira a necessidade de interpretação*; a (iv) crença na *possibilidade de subsunção*.

Começo pelo primeiro problema: a crença na univocidade de sentido de um texto desconhece todo o legado filosófico deixado, por exemplo, por Wittgenstein, Austin e Searle. A dimensão pragmática da linguagem, que influi diretamente nos sentidos de uma palavra, uma frase, uma oração, um argumento ou um discurso, é simplesmente olvidada pelo relator do “caso Portuguesa”. Esse esquecimento atenta inclusive contra o pensamento de Hart, um dos principais positivistas contemporâneos, que deixou como um de seus legados a visão de que todas as normas são dotadas de *abertura textual*.³⁶

A crença na possibilidade de subsunção, por sua vez, olvida entre outras coisas, (1) que as pré-compreensões do ser humano são partes indissociáveis de suas interpretações; (2) que a linguagem é *a morada do ser*, pelo que não pode ser entendida como mero instrumento de designação das coisas no mundo; (3) que a dimensão pragmática da linguagem não pode ser esquecida na busca pela compreensão dos sentidos das palavras, frases, orações, argumentos e discursos; (4) que não é possível defender a exaustividade conceitual, pois *il y a* algo que sempre escapa à qualquer tipo de referência discursiva; (5) que, por tudo isso, não há juízos desprovidos de valoração, pelo que análises simplesmente objetivas não impossíveis.³⁷

Esses motivos também infirmam a crença na racionalidade de uma argumentação embasada na *voluntas legislatoris*. De igual modo, fazem ruir a “certeza” de que a *clareza retira a necessidade de interpretação*. No entanto, essas duas questões merecem uma análise um pouco mais elaborada.

³⁶ No capítulo 6 de sua obra, Hart já havia asseverado que: “Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob regras gerais. *Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou uma ‘textura aberta’*, e isto pode afectar a regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados na identificação do direito, tanto como duma lei concreta” (HART, 2001, p. 134). Mais detalhes sobre o assunto foram esclarecidos em (HART, 2001, p. 161-168) e, ademais, reiterados no pós-escrito, agora com menção expressa em relação aos princípios (HART, 2001, p. *et. seq.*).

³⁷ Não vou me alongar mais nesse ponto. Em obra anterior, analisamos a impossibilidade de subsunção à exaustão. Por isso, remetemos o leitor interessado em mais detalhes a (CRUZ; DUARTE, 2013, p.171 *et. seq.*).



Evidentemente, se a *hermenêutica é condição de existência do ser humano*³⁸, simplesmente não há como abrir mão da interpretação. Se um texto se *a-presenta* clarividente, isso se deve ao fato de entre ele e o intérprete já se operou uma fusão de horizontes³⁹. O texto só é claro na medida em que compreendido pelo intérprete, a partir de suas pré-compreensões. Logo, supor que a clareza suspenda a necessidade de interpretação é desconsiderar todo esse legado da hermenêutica filosófica.

Entretanto, não é só isso. O que é claro dentro de um jogo de linguagem, pode se mostrar extremamente obscuro dentro de outro. O que são três pontos? Aparentemente, no jogo de linguagem do CBJD, o valor de uma vitória. Entretanto, indago: isso é sempre assim? A resposta é negativa. Mesmo sem sair do jogo de linguagem que estou a explorar, fica nítido que a depender do contexto três pontos podem ser a diferença “que conduz ao título”, “que habilita uma equipe a disputar um torneio internacional”, “que impede o rebaixamento” e assim por diante. A valoração que se dá aos três pontos varia de acordo com as pretensões de cada clube, as quais, evidentemente, alteram-se no curso de cada Campeonato disputado.

Por essa razão, o contexto de aplicação não pode ser desconsiderado, sobretudo quando a penalidade é a perda de pontos, a eliminação de uma equipe ou um atleta, ou qualquer outro tipo de punição desportiva. *O sentido da norma não prescinde da consideração dessas especificidades concretas*. Ele só pode ser aferido a partir de análise do âmbito da norma, dimensão pragmática da concretização, que jamais pode ser desconsiderada por análises *a priori*, pautadas apenas nos elementos sintáticos e semânticos do programa normativo⁴⁰.

Assim, mesmo sem desconsiderar por completo a importância de um mínimo de tecnicidade no discurso jurídico⁴¹, jamais poderia admitir a falaciosa

³⁸ Vide (HEIDEGGER, 1988, p. 98 et. seq.).

³⁹ Para mais detalhes, vide (GADAMER, 1999, p. 566 et. seq.).

⁴⁰ Vide (CHRISTENSEN, 2009, p. 242-243). Vide, ainda, (MÜLLER, 2009; 2009b), (DUARTE, 2012) e (CRUZ; DUARTE, 2013).

⁴¹ Isso não é uma recaída. Tenho muitas ressalvas contra o apego (ou emprego) da técnica



(e estratégica) leitura de que ela possa ser associada ao apego à “letra da lei”. Aliás, seja a interpretação literal, sistemática, teleológica, histórica ou analógica, extensiva ou restritiva, ela jamais se justificará pelo simples emprego do método. O fato de o método ser associado àquilo que é técnico possui raízes nas revoluções científica e filosófica da era moderna⁴². Hoje, já há argumentos no campo da ciência e da filosofia que *desvelam* a falácia da objetividade do método (e da técnica)⁴³.

É, pois, cediço que o “tecnicismo”, por si só, não justifica nada, seja lá qual venha a ser a concepção acerca do que “é técnico”. Uma decisão não se justifica pelo simples emprego de um método. Afinal, o apego a uma determinada metodologia já está necessariamente atrelado aos valores (e ao intento) nutridos por quem dela faz uso.

Assim, o método não é capaz de objetivar os juízos de valor, conquanto “venda essa ideia”. É claro que a *justificação narrativa* de uma decisão jurídica *precisa ser* mais complexa que a justificação de decisões triviais⁴⁴, principalmente porque a primeira demanda, entre outras coisas, a menção a programas normativos, a circunstâncias fáticas, a provas, a questões afetas à

como sinônimo de argumento de autoridade. Para mais detalhes, vide (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 111-118/238). Para uma crítica contundente, é imprescindível a leitura de (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 42).

⁴² “A *revolução científica*, por sua vez, propiciou a diferenciação sistêmica entre a ciência e a religião, além de uma espécie de “matematização” da racionalidade. Desde então, científico passou a ser aquele conhecimento pautado nos ideais de certeza, objetividade e demonstrabilidade, o que levou as análises científicas a assumirem um caráter meramente descritivo, supostamente capaz de preservar a neutralidade ante os objetos de estudo e de captar empiricamente uma relação linear de *causa-efeito*, esta, sim, passível de demonstração. Já a *revolução filosófica* cooperou para a consolidação do racionalismo filosófico, e isso por alterar o centro de gravidade da relação sujeito-objeto. Até então preocupada com a simples intelecção dos objetos no mundo, a Filosofia viria a sofrer uma “pressão” de racionalidade que acabaria por renovar o campo da epistemologia. Em síntese, o mundo passou a ser estudado a partir da “lente” do sujeito cognoscitivo, o qual passou a buscar na *razão* os elementos necessários para a construção de conceitos *a priori*, “imprescindíveis” para o conhecimento, bem como imperativos capazes de guiar suas ações diárias. Com isso, a Filosofia passou a ser vista como tribunal da razão”. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 114). O método vende justamente os ideais de certeza, objetividade e demonstrabilidade, além de pretensamente servir ao sujeito que pretende compreender e explicar o mundo que o circunda.

⁴³ Para mais detalhes, sugiro a leitura de (GIBSON, 2007, p. 179 et. seq.), (DUARTE, 2012, p. 10 et. seq.) (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 171 et. seq.) e, principalmente, (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 41-42).

⁴⁴ Não olvido que haja, seja nas primeiras, seja nas últimas, justificativas inconscientes.



moralidade e a argumentos ligados a precedentes. Entretanto, nada disso invalida a afirmação de que *são as razões alinhavadas na decisão que possuem a difícil pretensão de justificá-la (narrativamente)*. Eis a questão...

Se o formalismo ligado à *interpretação literal ou filológica* não justifica a decisão, fica nítido que o argumento “técnico”, nesse caso, é falacioso. Identificar essa falácia é um dos méritos da *objeção 1*.

No entanto, é conveniente indagar: seria então o caso de buscar a suposta finalidade intrínseca às normas aplicadas? Penso que se essa teleologia for associada a uma suposta vontade do legislador (*teleologia subjetiva*) ou a uma ordem objetiva de valores pretensamente intrínsecos à norma (*teleologia objetiva*)⁴⁵, a resposta é negativa.

Nenhuma dessas estratégias garante legitimidade aos argumentos que pretendem justificar a decisão. Afinal, no primeiro caso, o intérprete se embrenha por uma busca inglória, olvidando não apenas que o contexto de aplicação, e ele próprio, influem no sentido que se quer atribuir à norma, mas, principalmente, o fato de que o legislador, tal qual idealizado pelos juristas, simplesmente não existe.

Como bem elucida C.S.Nino, a idealização do legislador como se fosse um único indivíduo, a fim de caracterizar os legisladores reais, é extremamente criticável. Na realidade, os programas normativos não são criados por apenas um indivíduo, mas por um grande número pessoas diferentes. Esses homens não são imperecíveis, pois não possuem um compromisso visceral com as

⁴⁵ “Nesse sentido, acreditamos ser possível uma diferenciação na concepção da **teleologia objetiva**. De um lado, temos a axiologia, pela qual a definição do que é lícito passa necessariamente pelos valores (políticos, econômicos, religiosos, morais e éticos em sentido clássico) ou pelos gostos e preferências de cada um, envolvendo questões artísticas, estéticas, sexuais, clubísticas etc. Assim, se julgo inconstitucional lei que prevê a adoção de menor por um casal homossexual por considerar que isso afronta “a moral e os bons costumes da tradicional família mineira”, a deontologia se desfaz em favor da axiologia. Pela mesma razão, se um dado juiz julga essa norma constitucional “simplesmente porque ele é homossexual”, o jogo da deontologia se desfaz em favor da axiologia, o direito cede lugar para a Política, para a Religião, para a Economia etc. Por outro lado, a teleologia pode ser tratada de um modo distinto quando se busca a compreensão do sentido, do significado textual diante das especificidades do caso concreto, de modo a saber se o âmbito normativo é ou não adequado ao caso” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 209-210).

normas criadas há muito tempo, por pessoas muitas vezes já mortas. Eles não são sempre conscientes das matérias que aprovam, pois, não poucas vezes, se limitam a levantar a mão nas sessões legislativas, sem ter a menor noção do conteúdo daquilo que estão a votar. Tampouco são eles oniscientes, visto que, como seres humanos, não são capazes de antever todas as circunstâncias fáticas que, de algum modo, estariam referenciadas nas normas (NINO, 2010, p. 386).

De igual modo, os legisladores não são sempre operantes e justos, como a figura idealizada pela dogmática. Na maior parte do tempo, os intentos da grande maioria deles são escusos, e é exatamente isso o que os conduz à aprovação das normas. Tampouco são os legisladores *onicompreensivos*, pois é grande o número de matérias que deixam sem regulamentar⁴⁶. Finalmente, não é possível afirmar que os legisladores sejam precisos, no sentido de que suas vontades possuem sempre uma direção unívoca, independentemente das imperfeições da linguagem que por acaso utilizam (NINO, 2010, p. 386-387).

Tudo isso reforça a afirmação de que a busca pela vontade do legislador não passa de um artifício dogmático, que não se presta à difícil tarefa de justificar as proposições normativas expressas em uma decisão⁴⁷.

Diante disso, alguém poderia apostar na procura de uma pretensa finalidade objetiva, intrínseca à(s) própria(s) norma(s). Aqui, entretanto, surgem novos entraves, ligados à irracionalidade dessa proposta.

Como aferir a finalidade objetiva da norma? Ela é dada de antemão? Há, nesse diapasão, um sentido atrelado ao seu texto que decorre de valores objetivos que lhe são intrínsecos? Se a resposta for positiva, a indagação que se segue é atinente a que tipos valores objetivos são esses? Os ditados pela moral convencional e os bons costumes de uma sociedade tradicional? Ou aqueles compartilhados por pessoas que não se enquadram nesses parâmetros? De uma forma ou de outra, seriam esses valores, realmente,

⁴⁶ Um bom exemplo, no Brasil, é o imposto sobre grandes fortunas, pendente de regulamentação legal desde 1988.

⁴⁷ No mesmo sentido, vide (DWORKIN, 1999, p. 379-380/382).



intrínsecos à norma⁴⁸? Ainda que se tente responder a essas indagações, formuladas aqui como artifício de retórica, será necessário romper com a concepção de teleologia objetiva acima delineada.

Qualquer empreitada em busca de uma teleologia objetiva da norma só se justifica se for entendida como uma *tentativa de construção de sentidos*, à luz do contexto pragmático de aplicação do programa normativo. Em outras palavras, a finalidade da norma deve ser justificada argumentativamente, à luz das *especificidades do caso concreto*. Ela não é *simplesmente dada* (isto é, estabelecida de antemão).

Portanto, a *objeção 2*, segundo a qual o STJD teria desconsiderado o *elemento teleológico da norma* no caso Portuguesa, da forma como está formulada, sugere uma busca pela *vontade do legislador* ou da *lei* (como se a finalidade normativa fosse algo preestabelecido, seja pelo legislador-idealizado, seja por um conjunto de valores objetivamente dados). Como vimos, o relator do processo perseguiu esse intento.

Portanto, essa objeção precisa ser reformulada, de modo a contribuir para a percepção de que a fundamentação da decisão desconsiderou a importância da dimensão pragmática de aplicação (para a atribuição de sentido às normas num caso concreto).

⁴⁸ Não tenho condições, nesse artigo, de me alongar na complexa discussão atinente às semelhanças e diferenças entre valores e normas. No Brasil, é bastante conhecida a divergência das concepções de dois autores alemães, a saber, R.Alexy e J.Habermas. Sobre o assunto, sugiro a leitura de (ALEXY, 2008, p. 145-146/156) e (HABERMAS, 2003, p. 316-317). É preciso pontuar que a objeção habermasiana não é a única defendida em solo alemão. F. Müller, por exemplo, defende a distinção de modo menos elaborado, mas igualmente interessante, a qual pode ser conferida em (MÜLLER, 2009, p. 303-304). No entanto, recentemente, J. E. M. Ommati, pautado na visão dworkiniana do ouriço, defendeu a possibilidade de equiparação de Direitos Fundamentais a valores, sem, no entanto, aderir à visão majoritariamente aceita na Alemanha e no Brasil, de que eles entrem em conflito (OMATTI, 2014, p. 47 et. seq.). A visão defendida por Ommati é uma releitura tardia (mas adequada), defendida pelo saudoso autor norte-americano de forma mais nítida em (DWORKIN, 2010, p. 149-165) e (DWORKIN, 2011, p. 1/400 et. seq.). Seja como for, penso que nem a visão de Alexy (procedimentalista), nem a visão de Dworkin (pautada na teoria da unidade do valor), e consequentemente, de Ommati, antecipem completamente os sentidos atribuídos aos valores ou princípios morais. Minha objeção à busca por uma teleologia objetiva já desde sempre presente no texto normativo, portanto, poderia ser defendida por um alexyano ou por um dworkiniano. Ainda assim, tenho sérias objeções à Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, como expliquei amplamente em (DUARTE, 2012, p. 146 et. seq.).

É óbvio que nenhum analista esportivo empreendeu uma análise tão aprofundada quanto a que promovi ao avaliar as *objeções* 1 e 2. Contudo, a grande parte deles estava convencida de que a argumentação delineada na decisão (supostamente técnica) era insuficiente.

2.2 As objeções (3) e (4): são elas realmente procedentes?

As *objeções* 3 e 4 são dirigidas contra a decisão final do STJD pela suposta descon sideração de precedentes que serviriam de parâmetro para a solução do “caso Portuguesa” e, ainda, pela falta de amplitude argumentativa da justificação atinente aos efeitos da condenação.

Em meu sentir, ambas as *objeções* devem ser consideradas apenas parcialmente procedentes. Antes de explicar esse diagnóstico, é preciso analisar os argumentos delineados na decisão questionada, inicialmente em relação mais direta com a temática da *objeção* 3:

É, portanto, incontroverso, o fato de que a punição deva ser cumprida na mesma competição em que se consumou a infração já que o artigo 214 do CBJD é explícito que os critérios devam ser aqueles previstos no regulamento da competição, donde, concluímos que a infração ao artigo 214 faz parte do regulamento da competição.

Neste ponto, inclusive, **este mesmo pleno do STJD julgou processos idênticos retirando pontos de outras agremiações, em competições de pontos corridos e em competições eliminatórias como a Copa do Brasil (sic). Nas competições de pontos corridos aplicamos sempre a perda de pontos na mesma competição como prevê o artigo 214, caput e parágrafo primeiro, e nas competições eliminatórias aplicamos a desclassificação da equipe infratora com base no parágrafo quarto do mesmo artigo.**

O parecer da Procuradoria nos trás este levantamento:

Note-se que somente em 2013, além dos escassos precedentes invocados pela Recorrente, foram julgados mais oito casos, todos condenando o Clube e todos transitados em julgados, gerando um total de 9 casos de condenação do clube por infração ao artigo 214, uma absolvição transitada em julgado (caso Duque de Caxias com comprovação documental de erro da CBF) e os três casos pendentes de julgamento dos recursos pelo Pleno, de Portuguesa, Flamengo e Cruzeiro. Confira-se abaixo:



RELAÇÃO DE PROCESSOS - ARTIGO 214 DO CBJD – 2013

- ☐ 036/2013 Clube Esportivo Naviraiense multa e perda de 6 pontos
- ☐ 042/2013 Clube Esportivo Naviraiense multa e perda de 6 pontos
- ☐ 026/2013 Clube Esportivo Naviraiense multa e perda de 6 pontos
- ☐ 008/2013 Roraima Clube multa e perda de 3 pontos
- ☐ 098/2013 Atlético Clube Goianiense multa e perda de 3 pontos
- ☐ 109/2013 Associação Atlética Francana multa e perda de 4 pontos
- ☐ 073/2013 Clube de Regatas Vasco da Gama (categoria amadora) multa e perda de 6 pontos
- ☐ 051/2013 Paragominas Futebol Clube multa e perda de 6 pontos
- ☐ 099/2013 Goytacaz Futebol Clube multa e perda de 3 pontos
- ☐ 131/2013 Paraná Clube multa e perda de 4 pontos
- ☐ 125/2013 Brusque Futebol Clube/ Hercílio Luz / Concórdia Atlético Clube Absolvido – Atleta Homônimo
- ☐ **084/2013 Duque de Caxias Futebol - Clube Absolvido**
- ☐ **040/2013 Duque de Caxias Futebol – Clube Absolvido**
- ☐ **041/2013 Duque de Caxias Futebol – Clube Absolvido**
- ☐ **175/2013 Cruzeiro Futebol - Clube Absolvido [Em andamento]**
- ☐ 153/2013 Associação Portuguesa de Desportos R\$1.000,00 e perda de 4 pontos [Em andamento]
- ☐ 154/2013 Clube de Regatas do Flamengo R\$1.000,00 e perda de 4 pontos [Em andamento]

Como se vê, a jurisprudência esmagadora desta corte não tolera a escalação de atletas irregulares (...) (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p.42-44 – grifos acrescentados).

A leitura desse trecho torna nítido o esforço de justificação externa da decisão proferida no “caso Portuguesa” pela referência a alguns precedentes do STJD. O problema é que há uma menção apenas ao resultado dos julgamentos, sem uma análise mais contundente dos argumentos centrais que tornavam os casos decididos nesses precedentes semelhantes ou distintos à situação da Portuguesa.

Na realidade, quem lê o voto do relator fica por entender porque o Duque de Caxias e o Cruzeiro Esporte Clube foram absolvidos, a despeito de denunciados por ofensa ao mesmo art. 214 do CBJD. As diferenças entre esses casos e o da Portuguesa simplesmente não são exploradas na decisão.



Tampouco há *uma narrativa* dos casos que resultaram nas condenações dos clubes pela ofensa ao aludido artigo. Assim, fica apenas implícita a semelhança entre os aludidos casos e o “caso Portuguesa”.

Esse déficit argumentativo tem uma explicação: no Brasil, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, apenas recentemente os operadores do Direito começaram a ser treinados a lidar com precedentes⁴⁹. O problema é que, por aqui, a prática corriqueira e tradicional de análise de programas normativos foi simplesmente transportada para o estudo de precedentes. Resultado? Uma subversão completa da tradição dos países de *common law*, com o esquecimento das especificidades do caso e um foco cego às ementas das decisões, ou, o que é mais comum, aos enunciados de súmula firmados a partir das decisões reiteradas. A decisão do “caso Portuguesa” atesta bem essa tendência.

Não há uma investigação dos casos citados como parâmetro para a decisão do “caso Portuguesa”. Não são investigados os argumentos centrais (*holding*) alinhavados nesses casos. Não há uma diferenciação dos argumentos anteriores em relação às considerações marginais delineadas ao longo desses julgados (*dicta*). Não há um mínimo de esforço de explicar as semelhanças e diferenças entre as peculiaridades que marcavam os casos citados e o “caso Portuguesa”. Com isso, não há um mínimo de preocupação com a necessidade de *distinguish* ou com a possibilidade de *overruling*.⁵⁰

⁴⁹ Os contributos da Escola Fluminense do Direito constitucional para a construção de *standards argumentativos*, cujo intento é racionalizar a justificação das decisões judiciais, podem ajudar a impulsionar esse comportamento. No entanto, essa estratégia é relativamente recente. Se eu não estiver enganado, os primeiros textos no Brasil a fazer menção a esses parâmetros foram publicados entre idos de 2005 e 2008. Como exemplo, cito (BARROSO, 2008, p. 897-902), (SARMENTO, 2008, p. 569-585), (SOUZA NETO, 2008, p. 534-546) e (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 525-526). No entanto, o texto mais elucidativo sobre como devem ser construídos *standards argumentativos*, em meu sentir, foi escrito por um constitucionalista da nova geração da Escola Fluminense, atualmente orientando de Doutorado de Cláudio Pereira de Souza Neto, que tive o prazer de conhecer em Governador Valadares. Trata-se de Siddharta Legale Ferreira, que no texto “Standards: o que são e como criá-los”, dá lições importantes sobre o tema. Conquanto eu tenha minhas ressalvas teóricas a alguns dos pressupostos de Ferreira, o texto é interessantíssimo. Para mais detalhes, vide (FERREIRA, 2012, p. 2-30).

⁵⁰ “A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do common law, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida



O mérito da *objeção 3* é exatamente escancarar esse problema na decisão do Pleno. Infelizmente, no *site* do STJD, não se encontram disponíveis para consulta os resultados de julgamento e os acórdãos do Tribunal anteriores a 2014. Isso me impede, neste momento, de proceder uma análise mais aprofundada dos casos Duque de Caxias e Cruzeiro Esporte Clube, julgados em 2013.⁵¹

No entanto, há dois precedentes, além de uma situação que não resultou em denúncia, que, por terem sido intensamente debatidos por juristas e comentaristas esportivos à época do julgamento do caso Portuguesa, merecem minha atenção⁵². Um desses casos, que envolve também o Duque de Caxias, foi citado por vários jornalistas esportivos como o principal precedente com potencial de “salvar a Portuguesa”. Os outros dois, por envolverem o Fluminense, beneficiado indiretamente pela decisão final do Pleno no “caso Portuguesa”, também merecem ser comentados.

Nesse ponto, transcendendo a simples análise da validade argumentativa da decisão do Pleno do STJD no caso Portuguesa. Minha preocupação passa a ser, igualmente, denunciar aquilo que se tentava esconder por detrás de um

seja a aderência ao precedente judicial, mais frequente será o seu emprego. Como vimos, o *distinguish* pode ser descrito como uma judicial departure que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência” (BUSTAMANTE, 2012, p. 470).

⁵¹ Tive acesso apenas a notícias jornalistas sobre os dois casos, as quais não me habilitam a comentá-los juridicamente. Em minhas pesquisas, não tive acesso a maiores comentários e informações sobre os motivos que motivaram as referidas absolvições. As notícias jornalistas a que me refiro encontram-se disponíveis nos seguintes sites: <http://globoesporte.globo.com/futebol/times/cruzeiro/noticia/2013/12/stjd-absolve-cruzeiro-que-nao-perde-pontos-por-suposta-escalacao-irregular.html>; e <http://globoesporte.globo.com/rj/serra-lagos-norte/noticia/2013/09/duque-e-absolvido-no-pleno-do-stjd-e-se-livra-da-perda-de-pontos.html>. Acesso em: jan. 2015.

⁵² Alguns desses debates foram travados em programas esportivos que discutiram a decisão da 1ª Câmara Disciplinar, bem como as questões que deveriam ser consideradas pelo Pleno, quando da decisão final. Um deles foi de grande valia para este artigo, pois dele participaram o advogado do Fluminense, Mario Bittencourt, e o especialista em Direito Desportivo Luiz Roberto Martins Castro. Esse debate pode ser acompanhado em <https://www.youtube.com/watch?v=Ms0WZoTBsek>; https://www.youtube.com/watch?v=f_HUmOShw-0. Acesso em: jan. 2015.



discurso muitas vezes ancorado em uma pretensa busca por moralidade. Refiro-me, especificamente, ao misto de simpatia e antipatia que conduziu alguns jornalistas esportivos e juristas a subverter as particularidades que permeavam as três situações anteriormente referidas, a fim de justificar, “a qualquer preço”, uma decisão favorável à Portuguesa. *Simpatia à Portuguesa e antipatia ao Fluminense*. Sentimentos que habitavam permanentemente o debate do caso e que, na maior parte das vezes, eram velados por um discurso bem elaborado (inclusive, repita-se, com invocações à moralidade).

Evidentemente, não estou a dizer que o inverso não existisse. Muitos perseguiram avidamente a condenação da Portuguesa por *simpatia ao Fluminense*. Inclusive, não foram poucas as acusações de que as decisões da 1ª Câmara Disciplinar e do Pleno do STJD só resultaram em condenação ao clube paulista para salvar o clube carioca. Isso irritou tanto o procurador Paulo Schmitt, que formulara a denúncia contra a Portuguesa, quanto os Auditores do STJD. Por conta disso, aliás, na sessão de julgamento, tanto o primeiro quanto os últimos foram tão incisivos na defesa da idoneidade dos membros do Tribunal. A leitura de alguns trechos do acórdão deixa nítida a irritação do relator quanto à acusação a que acabo de me referir. Tudo isso, sem sombra de dúvidas, influiu na decisão, assim como em sua manifestação⁵³.

Ressalto, portanto, que a análise a seguir depreendida pretende resgatar “algo perdido” durante os debates travados *anteriormente e posteriormente* às decisões da 1ª Câmara Disciplinar e do Pleno do STJD. “Fragmentos” que poderiam constar do acórdão que estou a analisar, seja porque alguns deles foram expressamente levantados durante as sustentações orais manifestas da

⁵³ A manifestação da decisão é aquilo a que todos tem acesso. É o que se encontra no papel. A decisão, no sentido a que estou me referindo neste parágrafo, consiste no momento que antecede a explicitação de argumentos, mas em que já se tomou uma posição sobre o caso. Muitas vezes, a manifestação da decisão tenta dar ares de racionalidade àquilo que foi decidido “com o fígado”. Eis o ponto. As teorias da argumentação e da decisão mais conhecidas se preocupam basicamente com a manifestação da decisão. A decisão, e tudo que a envolve antes da explicitação de argumentos tendentes a justificá-la, fica simplesmente esquecida. Para mais detalhes sobre o assunto, sugiro a leitura do excepcional texto de Cruz e Wykrota, *Nos Corredores do Direito*. Em especial, sugiro a leitura de (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 32-47).



tribuna do STJD, seja porque estavam intimamente relacionados com o objeto dos autos.

Antes de proceder essa investida, entretanto, é conveniente responder às seguintes indagações: para quê ir tão longe? Se a decisão explorou de forma minimamente aprofundado todos os programas normativos relacionados ao caso, isso já não bastaria como “justificação”? Seria realmente necessário aprofundar essa “justificação (narrativa)”?

Essas indagações são bastante usuais, e tornaram-se as “perguntas da moda” principalmente após a crítica formulada em *Interpretation and Institutions*, artigo escrito em coautoria por C.Sunstein e A.Vermeule, no ano de 2002. As objeções lançadas nesse artigo se voltaram principalmente contra “a idealização da figura do intérprete”, alegadamente comum à maioria das teorias clássicas e contemporâneas atinentes à interpretação jurídica (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 2-3/46-48).

Preocupados com as *capacidades institucionais* dos órgãos responsáveis pelas decisões, e, ainda, com os efeitos sistêmicos decorrentes dos equívocos que poderiam ser causados pela desconsideração dessa questão, esses autores sugeriram uma postura muito mais “humilde e realista” dos julgadores: em casos a envolver questões eminentemente técnicas ou uma grande divergência moral, seria preferível a adoção de uma postura formalista (algo como o apego a uma interpretação literal) (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 24/47).

Anos antes, C.Sunstein havia defendido uma *teoria incompleta*, dentro da qual os *casos difíceis* não deveriam ser decididos a partir de complexas e profundas elocubrações mentais, mas a partir do simples *recurso à analogia*, um método mais usual, fácil e conhecido pelos aplicadores do Direito (SUNSTEIN, 1996).

Sob essa ótica, toda minha investida ignoraria frontalmente as objeções de Sunstein e Vermeule. Eu estaria em busca de uma “narrativa justificativa” incompatível com as *capacidades institucionais* dos Auditores do STJD. Minha exigência talvez fosse acertada se dirigidas a filósofos jurídicos, mas não a



aplicadores “práticos” do Direito. Minha exigência implicaria, no fim das contas, uma grande perda de tempo, “à qual os Auditores do Tribunal não poderiam se dar ao luxo”.

Minha resposta é a seguinte: a ascensão justificadora (ou narrativa) que estou a propor decorre diretamente da *objeção 3*, dirigida contra a decisão do Pleno do STJD. Mesmo que os Auditores do Tribunal não sejam filósofos, eles podem perfeitamente *argumentar com base nas peculiaridades do caso*⁵⁴. São justamente essas peculiaridades que demandam o aprofundamento dos argumentos alinhavados para justificar (narrativamente) a decisão proferida. São, pois, as insistentes divergências que marcaram o “caso Portuguesa” que exigem dos Auditores uma argumentação mais profunda. Esse é um compromisso que eles possuem *consigo mesmo e com a alteridade*, a saber, o *outro* que é afetado direta ou indiretamente pelas suas decisões⁵⁵.

É à luz dessa concepção, e não de uma leitura “idealizada da figura dos julgadores”, que defendo a *possibilidade* de fortalecimento da *objeção 3* a partir de sua vinculação, por exemplo, à *teoria da integridade* de R. Dworkin. Essa teoria, por sua toada interpretativa, holística e reflexiva, representa em meu sentir uma das contribuições mais monumentais apresentadas durante o século XX.⁵⁶

⁵⁴ “Certamente, alguns insistirão: “um juiz comum não será capaz de exercer um juízo desse tipo”; “ele não tem tempo e, algumas vezes, nem habilidade para tanto”; “como ser humano, ele não conhece todos os programas normativos”; “é preciso, pois, facilitar o seu trabalho”; “é preciso reconhecer esses déficits”; “por isso, nosso discurso estaria desconectado da prática”... Contra essas insistentes colocações, só nos resta fazer algumas ponderações: em última instância, nossa busca por um direito que vá além do positivismo jurídico está a exigir algo muito simples, a saber, que as pessoas competentes para a tomada de decisões sejam capazes de argumentar em favor de seus pontos de vista, mas estejam cientes das complexidades e limites atrelados a esse processo. O tempo cronológico, sempre escasso, e a inexorável falibilidade humana não são capazes de infirmar essas exigências. A teoria crítica defende a constante busca por aprendizado, por melhoramento, por correção/legitimidade dos juízos normativos, não a mediocridade, incapaz de perceber questões simples, quais sejam, que as decisões por vezes operam pela *associação conceitual* que produz decisões instantâneas, ou que argumentos escritos em sentenças velam valores humanos pela simples crença dogmática: “o juiz subsumiu o fato à norma”.”(CRUZ; DUARTE, 2013, p. 239-240).

⁵⁵ Para mais detalhes, imprescindível se faz a leitura de (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 172-180) e de (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 1-49).

⁵⁶ A equiparação de Dworkin dos juízes a autores e críticos literários, e, ademais, a suposição



Nesse sentido, conquanto os membros do STJD não sejam juízes, a *objeção 3* ganha ainda mais consistência se para eles for aplicada a exigência *contrafática*⁵⁷ de consideração das decisões passadas, mas não uma vinculação estrita aos argumentos nelas delineados. Ela adquire ainda mais envergadura se essas decisões passadas forem consideradas pelos julgadores dos casos presentes como uma parte da longa história que estes estariam compelidos a interpretar e continuar. Afinal, assim, a *decisão correta* exigiria uma empreitada refinada, pautada na necessária interação hermenêutica entre *passado, presente e futuro*⁵⁸, a qual não passaria ao largo de considerações afetas à *moralidade*.

Por *levar a sério* essas exigências é que, finalmente, passo à análise dos casos a que antes me referi.

de que, tal como os dois últimos, os primeiros estivessem imbuídos em um projeto de construção coletiva de um romance, não é apenas original, mas ousada. Também considero muito positiva a tentativa de explicar como esse complexo processo interpretativo se entrelaçaria com questões afetas à moralidade política. Afinal, é justamente esse enlace que permite a Dworkin explicar como os juízes poderiam perseguir a difícil tarefa de justificar a veracidade das proposições normativas alinhavadas em suas decisões. Nesse contexto, faz todo o sentido sustentar que os juízes precisariam admitir, na medida do possível, que o Direito fosse estruturado por um conjunto coerente de princípios (DWORKIN, 1999 p. 292). Evidentemente, não aqueles princípios entendidos como padrões fixos e patamares incontroversos, mas como conceitos que comportariam inúmeras concepções (DWORKIN, 2007, p. 211 *et. seq.*). Afinal, isso evidencia o teor interpretativo do conceito de direito, pois, assim, as decisões corretas podem ser desenhadas como aquelas que, a cada caso, *melhor* se justificam, em termos de moralidade política, com o *melhor* andamento a ser dado à história que os juízes ajudam a construir (DWORKIN, 1999, p. 275-276/286).

⁵⁷ “Assim, é possível entender porque as metáforas dworkinianas de Hércules e de Minerva assumem a condição de um ideal contrafático de regulação. A busca pela exaustão de *todas* as variantes de sentido das normas supostamente adequadas para a solução do caso, bem como de *todas* as especificidades atinentes ao litígio, na tentativa de encontrar o *sentido normativo adequado*, não deve ser entendida como algo que só pode ser alcançado por um intérprete idealizado, mas como *uma noção* que deve nortear a compreensão de pessoas necessariamente falíveis. Da mesma forma, é possível entender por que sua exigência por uma fundamentação mais elaborada em algumas decisões é contrafática. Ela não está assentada em um simples programa normativo inserido na nossa Constituição, mas em uma questão mais profunda. Os intérpretes possuem uma responsabilidade de fundamentar as suas decisões da forma mais reflexivamente possível. Essa responsabilidade é uma questão *ek-sistencial*; uma responsabilidade para com nós mesmos e com os outros, algo inafastável da vivência intersubjetiva. A “resposta correta” e a “pretensão de correção” se manifestam pela fundamentação holística e coerentemente estruturada, e estão necessariamente atreladas a essa responsabilidade” (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 240-241).

⁵⁸ É nítida, aqui, a influência dos influxos da hermenêutica filosófica sobre a concepção dworkiniana. Para mais detalhes sobre o assunto, recomendo a leitura de Gadamer (2002).



O primeiro caso, decidido em 2010, envolve o “**Duque de Caxias**”. Segundo esclareceu Paulo Schmitt⁵⁹, procurador do STJD que formulou a denúncia contra a Portuguesa, ele teve as seguintes peculiaridades: o Duque de Caxias escalou o atleta Leandro Chaves, que vinha de transferência do Ipatinga, em partida contra o Icasa, por ocasião do Campeonato Brasileiro da Serie B. O problema é que o atleta, quando da transferência, encontrava-se com um cartão amarelo recebido quando ainda atuava pelo Ipatinga. Já atuando pelo Duque, Leandro recebeu dois cartões e, em vista disso, acumulou três cartões amarelos. Automaticamente, o jogador encontrar-se-ia suspenso no jogo contra o Icasa, mas foi escalado para a partida. Isso levou à denúncia do Duque, por escalação de jogador em situação irregular, com base no artigo 214 do CBJD.

Esse artigo é o mesmo que fundamenta a denúncia da Portuguesa. Seu texto diz o seguinte:

Art. 214. Incluir na equipe, ou fazer constar da súmula ou documento equivalente, atleta em situação irregular para participar de partida, prova ou equivalente. (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009).

PENA: perda do número máximo de pontos atribuídos a uma vitória no regulamento da competição, independentemente do resultado da partida, prova ou equivalente, e multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (NR).

§ 1º Para os fins deste artigo, não serão computados os pontos eventualmente obtidos pelo infrator. (NR).

§ 2º O resultado da partida, prova ou equivalente será mantido, mas à entidade infratora não serão computados eventuais critérios de desempate que lhe beneficiem, constantes do regulamento da competição, como, entre outros, o registro da vitória ou de pontos marcados. (NR).

§ 3º A entidade de prática desportiva que ainda não tiver obtido pontos suficientes ficará com pontos negativos.

⁵⁹ Tamanha foi a divergência em torno do “caso Portuguesa” que, na tentativa de esclarecer algumas de suas declarações, Paulo Schmitt dirigiu uma carta aberta ao jornalista esportivo Paulo Vinícius Coelho, reconhecido nacionalmente por sua seriedade e espírito de investigação jornalístico. Essa carta esmiuçou peculiaridades do “caso Duque/2010” e da “situação Tartá/2010”. As informações nela delineadas foram de muita valia para a reconstrução alinhavada no corpo deste artigo. O conteúdo da carta encontra-se disponível em: <http://espn.uol.com.br/post/376391_o-procurador-paulo-schmidt-da-sua-versao-do-caso-duque-de-caxias-em-2010-nao-e-jurisprudencia>. Acesso em: jan. 2015.



§ 4º Não sendo possível aplicar-se a regra prevista neste artigo em face da forma de disputa da competição, o infrator será excluído da competição. (NR) (BRASIL, 2009).

A decisão proferida pelo STJD foi a de que o Duque deveria ser absolvido. Entendeu-se que a despeito de *os cartões acompanharem o atleta*, na ocasião, não havia como *o Duque ter ciência que quantas advertências o jogador recebera* quando ainda atuava por outra equipe. Desde então, firmou-se o entendimento de que *as informações referentes à situação do atleta em termos de cartão deveriam constar do documento de transferência do jogador*. Eis as questões centrais decididas no “caso Duque/2010”.

Esse caso, de fato, teria o potencial de “salvar a Portuguesa”? Não, uma vez que no “caso Portuguesa” *a suspensão do atleta decorria de punição do STJD*, cuja *decisão era de inteira ciência da agremiação paulista*. Logo, diferentemente do “caso Duque”, a Portuguesa fora *negligente* ao escalar o seu atleta na partida contra o Grêmio, visto que havia sido devidamente intimada, *na própria audiência*, por meio de seu advogado, da decisão punitiva.

Assim, *não seria moralmente correto* aplicar o mesmo raciocínio aos dois casos, porquanto eles envolviam situações substancialmente diferentes. No “caso Portuguesa”, simplesmente não era admissível a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Afinal, no caso, era plenamente exigível a conduta contrária àquela praticada pelo clube paulista. Além disso, o *próprio* motivo que ocasionara a suspensão dos atletas era diferente: no “caso Duque/2010”, acúmulo de cartões; no caso Portuguesa, *descumprimento de decisão condenatória do STJD*.

Por sua vez, no suposto “**caso Tartá/2010**”, o atleta, que estava emprestado pelo Fluminense ao Atlético/PR, quando ainda atuava pelo clube paranaense, levou dois cartões amarelos. O empréstimo terminou e o atleta voltou ao Fluminense, quando, então, levou mais um amarelo. A dúvida suscitada, então, era referente à suspensão ou não do atleta. O entendimento que prevaleceu foi o de que a punição acompanhava o atleta, como decidira o



STJD no “caso Duque”. Em vista disso, o Fluminense não escalou o jogador na partida subsequente.⁶⁰

Logo, o atleta Tartá cumpriu a suspensão automática, que, repita-se, decorria de acúmulo de cartões. *Por isso mesmo, o Fluminense nem sequer foi denunciado, uma vez que inexistia irregularidade.* Esse é o ponto chave, que diferencia claramente a situação em comento do “caso Duque” e do “caso Portuguesa”.

Surge então a dúvida: porque a situação do Tartá foi tantas vezes invocada, e de forma tão veemente, por jornalistas esportivos que debatiam o “caso Portuguesa”? Alguns responderiam: simplesmente por **antipatia** ao Fluminense. Outros, por sua vez, argumentariam que o “caso” fora invocado apenas por **desinformação**. Nas duas situações, *aquilo que geralmente não é dito* parece imperar [...]

Ocorre que a dúvida tinha, pretensamente, uma razão de ser. Alguns juristas e jornalistas esportivos argumentavam que após retornar ao Fluminense, e cumprir a suspensão acima relatada, o atleta voltou a jogar e, nas partidas seguintes, tomou mais dois cartões amarelos. Diante disso, dizia-se que o atleta Tartá deveria ter cumprido suspensão, visto que acumulara três cartões amarelos no clube carioca. O raciocínio, portanto, desprezava os cartões tomados pelo atleta quando ele ainda atuava pelo Atlético/PR.

Qual era o problema do raciocínio? Ele contrariava o precedente firmado no “caso Duque”, segundo o qual *os cartões acompanhavam o atleta*. Logo, não seria válido desconsiderar os cartões acumulados pelo atleta Tartá quando ainda atuava pelo Atlético/PR. Por essa razão, os dois cartões que este veio a tomar no Fluminense, após cumprir a suspensão, não o impediam de atuar em jogos oficiais. O atleta simplesmente não estava suspenso, uma vez que contava (apenas) com dois cartões amarelos, e não com três⁶¹. Nesse sentido, o “caso Duque” não podia ser invocado como justificativa para questionar a

⁶⁰ Vide <<https://www.youtube.com/watch?v=Ms0WZoTBsek>>. Acesso em: jan. 2015.

⁶¹ Em algumas competições futebolísticas, devido ao número global de jogos, dois cartões são suficientes para ocasionar a suspensão do atleta. Não é o caso, entretanto, do Campeonato Brasileiro de Futebol.



falta de denúncia contra o Fluminense. Afinal, nesta última hipótese, o atleta cumprira devidamente a punição automática decorrente do acúmulo de cartões.

Finalmente, cumpre analisar o “**caso Felipe/2013**”, invocado pelo advogado do Fluminense em sua sustentação oral no processo da Portuguesa. Esse caso possui relevância por dois motivos, segundo o representante do clube carioca: (i) nele, o atleta Felipe fora apenado com a mesma punição do atleta da Portuguesa no julgamento proferido pela 4ª Câmara Disciplinar; (ii) por envolver decisão condenatória, valeria para o caso do atleta da Portuguesa o mesmo raciocínio deste caso (*obrigação de cumprimento da punição no fim de semana subsequente à punição*); (iii) aplicar uma interpretação distinta do art. 133 do CBJD, no “caso Portuguesa”, seria um atentado à isonomia e, portanto, moralmente incorreto.

No referido caso, assim como o atleta da Portuguesa, o jogador Felipe havia sido denunciado por infração ao art. 243-F do CBJD. No entanto, em ambos os casos, a defesa dos atletas⁶² convenceu os Auditores do STJD de que a conduta praticada deveria ser desclassificada para a hipótese descrita no art. 258 do CBJD. Assim, Felipe foi apenado com dois jogos de suspensão, assim como “Heverton”, o atleta da Portuguesa que viria, posteriormente, a ser indevidamente escalado contra o Grêmio. O detalhe adicional: *tanto no primeiro, quanto no segundo caso, a decisão condenatória foi imposta numa sexta-feira.*

Diante da condenação, em respeito ao disposto no **art. 133 do CBJD**, o atleta Felipe cumpriu o primeiro jogo de suspensão já na partida do domingo seguinte à decisão. O mesmo não aconteceu com o jogador Heverton, relacionado e escalado pela Portuguesa na partida do fim de semana subsequente à condenação. O problema? Com essa conduta o clube paulista violou o preceito segundo o qual:

Art. 133. Proclamado o resultado do julgamento, a decisão produzirá efeitos imediatamente, **independentemente de publicação ou da presença das partes ou de seus procuradores**, desde que

⁶² Feita pelos advogados dos respectivos clubes.



regularmente intimados para a sessão de julgamento, **salvo na hipótese de decisão condenatória, cujos efeitos produzir-se-ão a partir do dia seguinte à proclamação.** (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009) (BRASIL, 2009).

Ora, a literalidade desse programa normativo indica que a decisão condenatória produz efeitos no dia imediatamente seguinte à sua proclamação. Evidentemente, sempre poderão surgir situações excepcionais, *no momento de concretização da norma*, a demandar uma superação do disposto neste programa normativo⁶³. O âmbito da norma, como antes afirmei, jamais pode ser desconsiderado no caminho da concretização normativa. No entanto, *em regra*, prevalece o disposto na norma processual, porquanto os elementos pragmáticos advindos do caso concreto precisam ser suficientemente fortes para justificar a superação do sentido acima noticiado.

Simples assim? Caso de subsunção? *In claris cessat interpretatio*? Por tudo o que eu disse no tópico anterior, é *impossível* defender essa hipótese. No caso, a Portuguesa invocou o disposto nos arts. 34 e 35 do Estatuto do Torcedor, tanto em primeira, quanto em segunda instância, para afastar a aplicação do disposto no art. 133 do CBJD. Nesse sentido, invocou a exigência de publicidade das decisões para sustentar que, *apenas após publicadas*, poderiam elas efetivamente gerar efeitos.

O argumento da Portuguesa foi veementemente rebatido na decisão do Pleno do STJD. De forma acertada, o relator do processo infirmou a indevida associação conceitual, pelo equívoco de equiparar publicidade, publicação e intimação. Ademais, disse que a situação regulada pelo Estatuto do Torcedor não se confundia com a regulada pelo CBJD (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p. 6-13). Convém, pois, avaliar os programas normativos acima referidos:

Art. 34. É direito do torcedor **que os órgãos da Justiça Desportiva, no exercício de suas funções, observem os princípios** da impessoalidade, da moralidade, da celeridade, **da publicidade** e da independência.

⁶³ Sobre a superabilidade das normas jurídicas, sugiro a leitura de Bustamante (2005).



Art. 35. As decisões proferidas pelos órgãos da Justiça Desportiva devem ser, em qualquer hipótese, motivadas **e ter a mesma publicidade que as decisões dos tribunais federais.**

§1º Não correm em segredo de justiça os processos em curso perante a Justiça Desportiva.

§2º **As decisões de que trata o caput serão disponibilizadas no sítio de que trata o §1º do art. 5º.**

Art. 36. São nulas as decisões proferidas que não observarem o disposto nos arts. 34 e 35 (BRASIL, 2003).

É cediço que a publicidade é também um princípio (ou *standard*) constitucional, que pode sofrer *delimitações* legais. Evidentemente, uma das formas de viabilizá-lo é por meio da publicação das decisões. Disso, entretanto, não decorre que as decisões só possam gerar efeitos após previamente publicadas. É certo que as partes devem ter *ciência* de uma decisão para que esta possa gerar efeitos. Contudo, *não é correto supor que essa ciência decorra necessariamente da publicação da decisão.*

Como bem destacou o relator do acórdão no “caso Portuguesa”, há inúmeros casos no âmbito do processo penal e civil, assim como no campo do direito eleitoral e do processo trabalhista, em que a só presença da parte na audiência é suficiente para a sua *imediata* intimação, quando nesta for proferida a sentença. Com a imediata *intimação*, conseqüentemente, tem-se a abertura do prazo para eventuais recursos. Logo, a decisão gera efeitos, ainda que não publicada no Diário Oficial, porquanto a parte já possui *ciência* do quanto foi decidido. Por essa razão, neste caso, sou levado a concordar que o equívoco da defesa da Portuguesa está em associar conceitualmente *intimação, publicação e publicidade* (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p.6/13).

Essa afirmação, no entanto, conduz a outra indagação: seria correto supor que a decisão condenatória do STJD, caso proferida numa sexta-feira, não pudesse produzir efeitos a partir do dia seguinte à sua proclamação? Penso que não. A especialidade da justiça desportiva, assim como ocorre, por exemplo, na Justiça Eleitoral, impõe prazos mais exíguos e a geração de efeitos das decisões inclusive nos fins de semana. Particularmente na Justiça Desportiva, não fosse assim, clubes punidos na sexta-feira com a suspensão



de seus atletas poderiam escalá-los sem maiores problemas nos jogos do fim de semana subsequente. Isso seria um total contrassenso.

Assim, os programas normativos invocados pela Portuguesa não justificavam o afastamento da aplicação do art. 133 do CBJD. Isso fica ainda mais evidente pelo fato de que, conquanto o texto do aludido artigo não condicione a geração de efeitos das decisões do STJD à presença das partes e de advogados na sessão, o clube paulista esteve presente no dia da condenação, promoveu a defesa do atleta, e, conseqüentemente, tinha plena ciência do quanto ficou decidido.

Portanto, tratando-se de matéria de índole processual, foram cumpridos todos os requisitos para que a decisão começasse a gerar efeitos no dia seguinte àquele em que foi proferida. Com isso, conclui-se que não havia, *in concreto*, peculiaridade que justificasse a superação do programa normativo do art. 133 do CBJD.

Em sendo assim, se o jogo subsequente à suspensão do atleta Heverton aconteceu no domingo, estava ele impedido de ser selecionado e escalado contra o Grêmio. Nessa partida, deveria ter cumprido um dos jogos de suspensão impostos pelo STJD, por infração ao disposto no art. 258 do CBJD. Tal qual no “caso Felipe”, essa era a conduta a ser seguida pela Portuguesa⁶⁴.

Por tudo isso, a *objeção 4* só é defensável apenas pela ausência de menção, no acórdão questionado, ao “caso Felipe”. Afinal, esse caso atesta a *correção* tanto da interpretação dada pelo STJD ao disposto no art. 133 do CBJD, quanto da admissão da denúncia contra a Portuguesa.

Logo, o acerto das *objeções 3 e 4* encontra-se na exigência de ascensão justificadora⁶⁵, deixando claramente escancarada parte da cegueira

⁶⁴ O curioso é que a Portuguesa teve outro atleta suspenso na mesma semana, o qual não atuou contra o Grêmio [...].

⁶⁵ “[...] mesmo que exista um amplo consenso sobre o alcance de determinados programas normativos, entre outras coisas, por já existirem precedentes assentados pelos Tribunais indicando o âmbito da norma comumente atrelado a esse ponto de partida, nunca poderemos saber até quando esse posicionamento perdurará. Sempre estaremos sujeitos a nos deparar com argumentos novos, que inspiram o aplicador/intérprete do Direito a refletir sobre a necessidade de superar o posicionamento anteriormente pacífico (*overruling*), ou sobre sua inaplicabilidade para a resolução do caso particularmente analisado



de Sunstein e Vermeule. Elas atestam, nesse sentido, quão frágil pode ser uma decisão mal (ou rasteiramente) fundamentada, por dificultar o resgate discurso das razões que a embasaram⁶⁶. Por isso mesmo, elucidam porque *a forma da “narrativa justificadora” é particularmente importante*, conquanto um mesmo resultado possa ser atingido a partir de recursos argumentativos distintos, pautados em concepções muitas vezes antagônicas⁶⁷. A esse ponto, retornarei no último tópico deste artigo.

2.3 O equívoco das objeções (5) e (6): uma questão de “princípios”

As últimas duas objeções são, igualmente, um atestado de que o modo de *“narrativa justificadora”* é importante. No entanto, elas não são suficientemente consistentes para infirmar o resultado a que chegou o Pleno do STJD no “caso Portuguesa”.

(*distinguishing*). Nesse sentido, jamais poderemos antecipar, de modo preciso, quais casos exigem e quais dispensam uma maior justificação” (CRUZ; DUARTE, 2013, p.). No mesmo sentido, (DWORKIN, 2010, p. 77-78).

⁶⁶ Recentemente, foi aprovado no Brasil o Novo CPC. O programa normativo de seu art. 489 adensa ainda mais o conteúdo do art. 93, IX, da Constituição da República. Ele demanda exatamente uma fundamentação ampla e consistente, expressando, inclusive, uma reação contra o entendimento do STF e do STJ sobre o assunto. Confira-se: “ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. **§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.** § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, 2015).

⁶⁷ Assim, não é suficiente vincular a legitimidade de uma decisão apenas ao seu resultado. O dispositivo da decisão não é independente da fundamentação que visa a alicerçá-lo.



De acordo com a *objeção 5*, seria necessário levar em consideração o artigo 2º do CBJD, bem como o Código Disciplinar da FIFA, para que o STJD pudesse chegar a uma *decisão* (moralmente) *correta*.

Por sua vez, a *objeção 6*, intimamente vinculada à anterior, afirma que a *sanção* prevista no art. 214 CBJD *não se justificaria no “caso Portuguesa”*, entre outros motivos, por *ofensa ao princípio da proporcionalidade, diante do fator rebaixamento*.

Durante o processo, a Portuguesa de Desportos apresentou algumas teses de defesa intimamente relacionadas a essas duas objeções. Na avaliação a seguir delineada, pretendo abordar algumas dessas teses.

Começo, pois, pela análise do texto do art. 2º do CBJD:

Art. 2º A interpretação e aplicação deste Código observará os seguintes princípios, sem prejuízo de outros: I - ampla defesa; II – celeridade; III - contraditório; IV - economia processual; **V - impessoalidade;** VI – independência; **VII - legalidade;** VIII - moralidade; **IX - motivação;** X - oficialidade; XI – oralidade; **XII – proporcionalidade;** XIII - publicidade; **XIV - razoabilidade;** XV - devido processo legal; (AC). **XVI - tipicidade desportiva; (AC).** **XVII – prevalência, continuidade e estabilidade das competições (pro competition); (AC).** XVIII – espírito desportivo (fair play). (AC) (BRASIL, 2009 – grifos acrescentados).

Destaco, igualmente, o teor do programa normativo do art. 30 do Código Disciplinar da FIFA, o qual, aliás, foi profundamente discutido na decisão do Pleno do STJD: *“Dedução de pontos. Um clube pode ter pontos deduzidos daqueles já alcançados no campeonato atual ou em campeonato futuro”*.⁶⁸

O que esses programas normativos têm a ver com o caso? Simples; eles abrem *margem* para o questionamento da aplicação da punição do art. 214 do CBJD à Portuguesa, ao menos no Campeonato Brasileiro de 2013. De um lado, poder-se-ia argumentar que alguns dos princípios elencados no art. 2º do CBJD, se corretamente interpretados sob a ótica de uma *comunidade de*

⁶⁸ “First Title, Chapter 1, General Part - Artigo 30: A club **may have points deducted from those already attained in the current or a future championship**”. Disponível em: <<http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/discoinhalte.pdf>>.



*princípios*⁶⁹, justificariam a superação da necessidade de imposição da sanção de perda de pontos.

Poder-se-ia dizer, nesse sentido, que a “falta de má-fé do clube paulista”, aliada à “insignificância da partida e da atuação do atleta”, no caso concreto, justificariam uma leitura de que, à luz dos “princípios da moralidade, pro competitive, fair play, entre outros”, seria “injusto interpretar o regulamento e as normas do CBJD de forma tão rigorosa”. Mais coerente, “inclusive com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, seria “aplicar o Código Disciplinar da FIFA e postergar a punição para o próximo campeonato”.

Essa linha de argumentação, que claramente combina o conteúdo das *objeções* 5 e 6, foi exatamente a estratégia de defesa da Portuguesa⁷⁰. A aparente coerência desses argumentos conduz às seguintes perguntas: quais teriam sido os motivos que levaram o STJD a decidir contrariamente à pretensão da Portuguesa? Uma “*questão simpatia ao Fluminense e antipatia à Portuguesa*”, como alguns jornalistas esportivos argumentaram? Ou algum outro motivo, *jurídico-moralmente* embasado? Ou um pouco dos dois? Antes de maiores avaliações, convém conferir alguns trechos da decisão:

No depoimento em primeira instância, **o advogado interno da Portuguesa, Dr. Valdir Rocha da Silva, foi claro ao afirmar que o advogado Osvaldo Sestário, trabalhava para o clube há 9 anos e esclarecendo quando indagado, que durante todo este tempo as informações sempre foram passadas da mesma forma.** Além disso, foi categórico em dizer que foi avisado do julgamento do atleta de nome Gilberto que julgado na mesma semana, aguardava o pedido de efeito suspensivo. **O curioso, é que o atleta Gilberto não atuou contra o Grêmio, mas Héverton foi relacionado e utilizado na partida em questão. Julgando contrariamente às regras previamente estabelecidas, o que será dos clubes que cumpriram o regulamento e as decisões do Tribunal? O que será daqueles advogados que de forma diligente, intentaram pedidos de efeitos suspensivos para seus clientes? E aqueles que não conseguiram e tiraram do campo na rodada seguinte ao julgamento seus atletas mais importantes? Deixaremos de aplicar as regras e as normas do CBJD para atender ao clamor**

⁶⁹ Faço alusão expressa à conhecida expressão de Dworkin (1999).

⁷⁰ Obviamente, tentei “dourar” a argumentação com uma roupagem “supostamente dworkiniana”.

público e prejudicar os outros 18 clubes que disputaram o campeonato? Deixaremos aberta a possibilidade de uma enxurrada de ações nesta casa pleiteando a aplicabilidade da isonomia? (...) A FIFA prevê punições até mais severas do que as previstas no CBJD e em casos idênticos, não só retira os pontos, como atribui ao adversário a vitória ocorrida dentro do campo. Não há, portanto, que se falar em discrepância de nossa norma com as normas da FIFA, lembrando ainda, que a normas do Código Disciplinar daquela entidade só podem ser aplicadas em caso de omissão em nossa legislação, algo que não ocorre no caso em tela. Muito pelo contrário. Ainda com relação às normas da FIFA, também foi levantado no curso deste processo hipótese de se transferir uma possível punição de perdas de pontos para o campeonato do ano seguinte. Na visão deste relator, nada mais antidesportivo e prejudicial às competições. Primeiro, porque a se pensar deste modo, estaríamos abrindo a possibilidade de que um clube qualquer, interessado, por exemplo, num resultado na última rodada, pudesse colocar em campo um atleta com a clara intenção de burlar a regra, sabendo que tal punição somente seria cumprida no campeonato do ano seguinte. (...) E mesmo que a irregularidade ocorresse no meio da competição, os clubes também poderiam pleitear o cumprimento em outro campeonato, trazendo revolta àqueles que disputam a competição onde ocorreu a infração. (...) O Código Disciplinar da FIFA faculta à entidade retirar pontos em campeonatos futuros quando a irregularidade ocorre já no curso de nova competição e mais, apenas em competições organizadas pela FIFA, não se referindo a aplicação de tal regra nas federações e confederações pelo mundo. (...) Além disso, a CBF marcou o jogo da Portuguesa na rodada de domingo, no mesmo horário de todos os outros jogos, o que reafirma o critério de isonomia do campeonato, isonomia esta, que vem sendo descartada por parte da mídia e de alguns torcedores, ao querer que se aplique neste caso, algo totalmente diferente do que vem aplicando este Tribunal e mais, algo totalmente diferente do que prevê o regulamento da competição. (...) Julgando contrariamente às regras previamente estabelecidas, o que será dos clubes que cumpriram o regulamento e as decisões do Tribunal? (...) Deixaremos de aplicar as regras e as normas do CBJD para atender ao clamor público e prejudicar os outros 18 clubes que disputaram o campeonato? Deixaremos aberta a possibilidade de uma enxurrada de ações nesta casa pleiteando a aplicabilidade da isonomia? Seria sem dúvida alguma o caos jurídico desportivo do país. (...) (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p.23/27 – grifo nosso).

Na decisão, o relator ainda dá prosseguimento à sua *narrativa* com uma análise dos princípios invocados pela Portuguesa:

Em primeiro lugar o princípio do *pro-competitione* deve ser aplicado na mesma competição. Ora querer empurrar a punição para 2014 é ofender a competição do ano que vem. Para se utilizar do *pro-competitione*, no mínimo se espera que não haja uma ilegalidade, como cometeu a



Portuguesa. A Portuguesa escalou um atleta irregular. Fechar os olhos para esta irregularidade é atentar contra o que se denomina de *pro-competitione*. (...) Por fim, a pá de cal definitiva. O artigo 30 consta no rol de disposições cuja adoção não é obrigatória nos exatos termos do código da FIFA, diferente do que ocorre com os artigos listados no item 2 do art. 146. Além disso, mesmo que o art. 30 e o art. 55 (que trata da escalação irregular) encontrem-se no rol de artigos que devam ser adotados pelas associações, o item 3 do artigo 146 é expresso quanto a liberdade para sua definição e de suas penas, ou seja, exatamente o que ocorre com o artigo 214 do CBJD (...) **É moral não cumprir o regulamento?** (...) Socorro-me ainda ao Parecer da Procuradoria que diz: (...) **há a equivocada invocação do princípio da moralidade para se tentar imputar ao resultado do julgamento a pecha de imoral.** (...) Ora, o erro grotesco da Recorrente nunca atenderia ao princípio da eficiência e da qualidade, sendo que a defesa tenta afastar a responsabilidade de seus dirigentes pelo próprio erro. (...) **Por tais motivos, como invocar o “fair play” com o intuito de livrar dirigentes incompetentes de seus erros? É um absurdo e uma ofensa grave a tal princípio.** Mais grave ainda é distorcer o “*pro competitione*”. (...) **E falando em moralidade, nunca é demais reiterar que durante todo o ano, e nas décadas anteriores, os atletas punidos na sexta-feira cumpriram suas punições no final de semana, assim como os punidos terça a noite cumpriram na quarta-feira,** e simplesmente por que uma agremiação comete um erro grosseiro, por não considerar importante um jogo de futebol, erro que pode mudar sua situação na tabela, agora se cria uma comoção, com pseudo especialistas, inventando que a decisão deve ser publicada para ter validade e eficácia, quando nem na Justiça Comum é assim (STJD, Pleno, Proc. nº. 320/2013, acórdão, p.30/34/39-41 – grifo nosso).

Nos trechos acima destacados vislumbra-se: (i) a invocação às especificidades do caso, notadamente o depoimento dos advogados da Portuguesa, a fim de atestar que a agremiação teve ciência inequívoca do teor do julgamento que suspendera o atleta Herverton; (ii) argumentos atreláveis a um *consequencialismo fraco*, notadamente, a consideração prognóstica dos riscos de uma decisão contrária ao entendimento pacífico do STJD e, consequentemente, ao dever de trato isonômico de todas as equipes; (iii) uma contestação veemente à racionalidade sistêmica da aplicação do Código Disciplinar da FIFA ao referido caso concreto; (iv) argumentos no sentido de



REPATS

que a pretensão da Portuguesa seria moralmente indefensável, entre outras coisas, por violar uma leitura adequada dos princípios do *pro competitione*, do *fair play* e da própria moralidade.

Em meu sentir, essa última narrativa é mais *coerente* com uma *visão holística* dos programas normativos invocados. Ela parece atribuir-lhes *um sentido mais adequado*, à luz das especificidades do caso concreto. Além disso, parece ser uma leitura mais consistente com uma perspectiva igualmente preocupada com *macro e microjustiça*⁷¹.

A despeito de tudo isso, alguém poderia persistir na *objeção 6* e, com isso, continuar a atacar a suposta falta de *razoabilidade e proporcionalidade* da penalidade imposta à Portuguesa. Isso indica que a *narrativa justificadora* merecia uma depuração ainda maior, notadamente neste ponto.

Certamente, não há uma única concepção em relação ao que seja *razoável* ou *proporcional*. De igual modo, há grande divergência em determinados casos acerca de qual o conteúdo normativo da *isonomia*⁷². Para se ter uma noção, autores divergem sobre a possibilidade de associar a razoabilidade à *racionalidade*, ao *bom senso*, à *coerência interna*, à *proporcionalidade* e a muitos outros sentidos historicamente atribuídos a este conceito⁷³. Nesse aspecto, a tolerância de uns não é tão grande quanto a de outros.⁷⁴

O mesmo pode ser dito em relação à proporcionalidade. Conquanto a maioria esmagadora da doutrina a vincule às *máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, bem como às noções de *proibição de excesso* e de *vedação de proteção insuficiente*⁷⁵, há quem coadune apenas com o emprego dessas duas últimas dimensões no âmbito

⁷¹ Isto é, que não desconsidera a importância da análise do caso *sub judice* (microjustiça), mas está igualmente atenta às repercussões da decisão para além da situação concreta a ser solucionada (macrojustiça). Para mais detalhes, sugiro a leitura de (DUARTE, 2012, p. 281-333).

⁷² Para um aprofundamento sobre o assunto, sugiro a leitura de (CRUZ; ANDRADA, 2015b, p. 117-129).

⁷³ Vide, nesse sentido, (SAMPAIO, 2003).

⁷⁴ Vide, por exemplo, a concepção defendida por Cruz (2007).

⁷⁵ Por todos, vide (PULIDO, 2008, p.)



dos *discursos de aplicação*. No entanto, estou ciente de que alguns autores são terminantemente contrários ao emprego da proporcionalidade, seja no primeiro, seja no segundo sentido, por sua histórica ligação a “uma” *jurisprudência dos valores*.

Como já expliquei em minhas obras anteriores, não sou favorável ao emprego da *máxima da proporcionalidade* em sua face pré-ordenada (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). No entanto, sou favorável ao seu emprego como *proibição de excesso* e como *vedação de proteção insuficiente*⁷⁶. Penso que, no primeiro caso, a argumentação fique instrumentalizada pelo método, como se a racionalidade da decisão pudesse ser buscada apenas no emprego das etapas da proporcionalidade.⁷⁷

Ainda que a concepção majoritária no Direito admita (e até *aplauda*) o emprego da mencionada máxima, concebendo-a como algo *sine qua non* à pretensão de justificação da decisão, a ponto de “levá-la para dentro dos códigos”⁷⁸, *já há um recuo considerável em relação a essa concepção, inclusive entre alguns de seus tradicionais adeptos*.⁷⁹

Entendo que a faceta pré-ordenada da *máxima proporcionalidade* se preste ao *velamento* (e não ao esclarecimento) das razões que, ao menos em tese, se destinam a *justificar narrativamente a manifestação da decisão*. Assim, as etapas da adequação, da necessidade e da ponderação, em alguma medida, limitam de modo ilegítimo o resgate discursivo dos argumentos alinhavados nessa “narrativa”. No entanto, seus problemas não se restringem a essa questão.⁸⁰

⁷⁶ Sigo, aqui, a proposta de Cruz (2007).

⁷⁷ Para uma crítica contundente a essa suposição, vide (CRUZ; GUIMARÃES, 2015, p. 130-131).

⁷⁸ Vide, por exemplo, o disposto no art. 156, I, do CPP.

⁷⁹ Isso fica nítido, por exemplo, em (SARMENTO, 2008, p. 553-586), (BINENBOJM; CYRINO, 2008, p.997-1017) e (FERREIRA, 2012, p.1-30), seja pela adesão à temática da virada institucional proposta por Sunstein e Vermeule, seja pela proposição de *standards argumentativos* como forma de contribuir para a racionalização da *ponderação*.

⁸⁰ Para mais detalhes sobre minhas críticas à máxima da proporcionalidade, sobretudo na concepção defendida por Alexy, sugiro a leitura de (DUARTE, 2012, p. 125-151). Para um aprofundamento ainda maior nas críticas à visão do autor alemão, vide (CRUZ; GUIMARÃES, 2005, 114-181).



Ao admitir uma diferença *tênue* entre discursos de fundamentação e de aplicação⁸¹, sou compelido a defender uma *limitação argumentativa* de outra ordem para o aplicador do Direito. Aquele que decide, ainda que contribua para a reconstrução dos sentidos emanados de discursos de fundamentação, deve buscar razões que se sustentem no *interior do jogo que está a jogar*. No âmbito de um discurso de aplicação, não será possível manejar argumentos “ao estilo” de um legislador.

Assim, ainda que a virada hermenêutico-linguístico-pragmática deixe nítida a permanente possibilidade de o intérprete ampliar ou restringir conceitos, *elastecer* o domínio da norma e, assim, em alguma medida, *reinventar o Direito a cada novo caso*, alguns argumentos simplesmente não podem ser aceitos em sede de discursos de aplicação. Afinal, se eles forem admitidos nessa busca pela **adequação narrativa**⁸², subverteriam o discurso de aplicação em um novo (e anômalo) discurso de fundamentação.⁸³

Em minha ótica, devemos rejeitar recursos argumentativos que se adéquam bem a discursos de fundamentação, mas subvertam a segunda modalidade discursiva. Nesse sentido, além da pretensão metodológica envolta à faceta pré-ordenada da proporcionalidade, o fato de ela permitir um *livre trânsito argumentativo* na pretensa busca por justificação da decisão parece-me um problema.

Justamente por isso, as análises de adequação “de um meio para atingir um fim”, assim como as avaliações da “intensidade da gravosidade daquele para o alcance deste”, escondem não apenas o acontecer da decisão. Essas etapas padronizam a avaliação do aplicador, como se uma decisão pudesse ser compartimentada, dando ares de segurança a uma reconstrução narrativa “completamente desenfreada”.

⁸¹ Esse é um pressuposto básico da argumentação que passo a desenvolver a seguir. Para mais detalhes sobre a dicotomia discursiva, vide (GÜNTHER, 2004). Contra essa dicotomia, vide (ALEXY, 2001) e, (ALEXY, 2009, p.125-126).

⁸² Para mais detalhes, vide (CRUZ; DUARTE, 2013) e (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 35-47)

⁸³ Para mais detalhes, vide (CRUZ; DUARTE, 2013) e (DUARTE, 2012).



O pior, no entanto, fica por conta da “etapa da ponderação” (proporcionalidade em sentido estrito), uma vez que, aqui, além da análise do Direito cair em uma *lógica utilitarista de custo e benefício*⁸⁴, nem mesmo a seleção dos princípios envolvidos fica isenta de uma escolha (completamente) aleatória⁸⁵. Opera-se, paradoxalmente, um esquecimento dos programas normativos envolvidos, e uma aposta num caminho obscuro de “avaliação da satisfação de um princípio em detrimento da não satisfação de outro”. Tudo acaba resumido a uma *lógica dual, de contraposição* (sempre) *de dois princípios*, como se a resolução do caso se resumisse a saber o que seria *preferível*, “a publicidade ou a segurança jurídica”, “a celeridade ou o devido processo legal”, “a supremacia da constituição ou o excepcional interesse social”, “a intimidade ou a liberdade de imprensa”, e assim sucessivamente.

Não creio que esse tipo de lógica possa contribuir para a legítima solução de casos concretos. Por isso, discordo veementemente daqueles que acreditam que o “caso Portuguesa” possa ser legitimamente resolvido nesses termos.

Do mesmo modo, não sou favorável ao emprego da razoabilidade como *bom senso*, sobretudo porque, em uma sociedade plural, não há um parâmetro médio para medir o que se compatibiliza (e o que não se coaduna) com o *bom senso*. O que pode ser razoável para mim, pode não ser para o outro (pelo menos, se tomarmos razoável como *bom senso*). Admito, no entanto, que a razoabilidade seja empregada como exigência de *coerência interna* do sistema jurídico, seguindo, neste ponto, mais uma vez os ensinamentos de Cruz (2007).

Portanto, em meu sentir, a aferição da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* da penalidade imposta no “caso Portuguesa”, no âmbito do discurso de aplicação, deve assumir uma toada diferente da propugnada pela doutrina majoritária. Ela há de perpassar por uma *narrativa* com preocupações

⁸⁴ Para uma crítica levinasiana mais ampla ao emprego da lógica utilitarista no Direito, vide CRUZ; SALDANHA, 2015, p. 52-110)

⁸⁵ É incrível como aqueles que estão treinados no emprego da máxima da proporcionalidade não enxergam (ou não querem enxergar) esse problema. Para mais detalhes sobre a crítica, vide (DUARTE, 2012, p.)



holísticas e reflexivas, cujo intento seja *dizer, do modo mais coerente possível*, se a penalidade extrapolou a *proibição de excesso*.

Diante disso, ao invés de embrenhar pelas etapas pré-ordenadas da proporcionalidade, penso que, no caso Portuguesa, a *narrativa justificadora* precisaria encarar de forma mais incisiva as seguintes indagações: é excessivo aplicar a pena prevista no art. 214, mesmo diante do flagrante erro cometido pela Portuguesa, em virtude do fato de que a sua imposição, *in casu*, implicaria o rebaixamento do time paulista? É possível desconsiderar as especificidades concretas, assim como os precedentes firmados pelo STJD em casos análogos, para defender a postergação da penalização? Se a Portuguesa tinha plena ciência de sua condenação, seria coerente deixar de submetê-la à aludida penalidade?

A resposta dessas perguntas demanda uma análise holística do caso. Em alguma medida, tudo o que já se disse neste artigo corrobora para uma narrativa desse tipo. Por essa razão, seria não apenas simplório, mas *ilegítimo*, limitar a narrativa justificadora da decisão por meio de um enquadramento dessas indagações no repertório metodológico pré-ordenado da máxima proporcionalidade.

Sob essa perspectiva, seria muito simples interromper a argumentação na etapa da necessidade, para defender que, a despeito de adequada para atingir o fim colimado, a perda de pontos seria demasiadamente gravosa, no caso Portuguesa, diante do *fator rebaixamento*. Nesse diapasão, qualquer alternativa seria preferível à perda de pontos, *até mesmo a postergação dessa penalidade*.

O grande problema é o flagrante casuísmo dessa interpretação. Ela olvida peculiaridades determinantes do caso Portuguesa, principalmente, (i) o fato de que o clube paulista tinha plena ciência da punição de seu atleta, assim como (ii) a longa história de precedentes pacíficos, a indicar a penalização com perda de pontos em situações análogas.

Pensem um pouco no caso de Ben Johnson nas Olimpíadas de Seul. Será que a sua punição por uso de substâncias proibidas foi excessivo por ter



alterado o resultado da prova em favor do segundo colocado? A resposta negativa é quase intuitiva. Pensemos no caso das injúrias raciais contra o goleiro Aranha, desferidas pela torcida do Grêmio e que culminaram na *eliminação* da equipe gaúcha da Copa do Brasil de 2014. Essa penalidade foi desproporcional? Assim como no caso de Ben Johnson, a resposta é negativa.

Se nesses casos coaduna-se com a “alteração do resultado”, fica evidente que esse não pode ser um entrave à imposição da penalidade de perda de pontos no caso Portuguesa. Não há uma violação intrínseca à moralidade quando, em vista da imposição de uma penalidade, altera-se o resultado de uma competição. Caso contrário, ninguém poderia se desclassificado por *doping*.

Portanto, a aplicação de penalidades em casos como esses não é, *a priori*, moralmente indefensável. Ela se mostra excessiva, entretanto, se fica comprovado que o atleta ou a equipe não possuíam condições de conhecer a irregularidade. Como já se disse, foi essa a questão determinante para a absolvição do Duque de Caxias em 2010.

Ocorre que a Portuguesa sabia da punição. Esse é um fator que, de tão relevante, ecoa na argumentação delineada na decisão do Pleno do STJD. Houve, portanto, no mínimo negligência da equipe paulista no ato de relacionar e, posteriormente, escalar o atleta suspenso pelo Tribunal no jogo de encerramento do Campeonato.

Diante disso, estaria eu a defender que seria *moralmente correto* impor a pena de perda de pontos à Portuguesa, conquanto isso resultasse em seu rebaixamento? Pelos argumentos até aqui delineados, fica nítido que a resposta é afirmativa. Aqui, mais uma vez é necessário fazer algumas digressões antes de levar adiante meus argumentos.

Em meu sentir, a tradução dos influxos da Moral para o Direito é uma condição de validade (legitimidade) deste último. Nesse sentido, acredito em uma relação de complemento entre Moral e Direito, o que acaba por afetar a



minha leitura acerca do que deva ser entendido por Moralidade e Legalidade⁸⁶. Quero dizer, com isso, que o discurso voltado para a construção de programas normativos precisa levar a sério a indagação moral atinente à validade universal de uma proposição normativa. No entanto, um programa normativo poderá ser legitimamente defendido não apenas por seu aporte moral, mas também por razões pragmáticas e/ou éticas, desde que estas sejam discursivamente justificáveis e passíveis de ser aceitas por todos os (potenciais) integrantes do discurso de fundamentação.⁸⁷

É certo que os filósofos discutem ardentemente acerca do que seria um comportamento moralmente correto. Sob esse prisma, o mesmo debate certamente envolveria a moralidade de um argumento ou uma decisão. Seria moral, seguindo a trilha de Kant, apenas o que passasse pelo teste formal do imperativo categórico? Ou a moral estaria atrelada àquilo que é bom para todos os potenciais integrantes do discurso? A moralidade seria acessível internamente, ou estaria relacionada à consideração acerca de como devemos tratar as outras pessoas? Não há consenso quanto a essas questões [...]

Por essa razão, preciso ser sincero ao reconhecer que estou a aderir a uma determinada concepção de moralidade ao defender como moral *aquilo que é bom para todos*. Moralmente defensável, sob esse prisma, é apenas aquele comportamento, argumento ou decisão que pode ser aceito por *todos*. É algo que leva na devida conta exigências de *reciprocidade e tratamento isonômico*. Evidentemente, essa concepção influi diretamente no resultado de minha avaliação.

É no contexto dessa complexa reflexão que avalio a adequação da punição aplicada à Portuguesa. Em meu sentir, a aplicação da pena do art. 214 do CBJD se justificar, no caso concreto, não apenas como uma forma de preservação das competições, mas como uma manifestação de *igual consideração e respeito por todas as equipes*, sem qualquer tipo de favorecimentos. Sob essa perspectiva, a pena de perda de pontos se justifica

⁸⁶ Para mais detalhes, sugiro a leitura de (DUARTE, 2012, p.56 et. seq.)

⁸⁷ Essa é a visão de Habermas (2003).



independentemente da equipe que esteja a ser penalizada, desde que as especificidades concretas atestem a correção de sua imputação.

Se o Fluminense estivesse na posição da Portuguesa, haveria alguém a argumentar pela inaplicabilidade do supracitado dispositivo legal? Será que a lógica interna do sistema jurídico não é simplesmente subvertida quando, a despeito de consubstanciadas todas as especificidades que apontam para a adequação da punição, a mesma deixa de ser aplicada, no fundo por questões de *antipatia*? É nítida a retórica por detrás dessas perguntas. Por isso, elas não precisam ser explicitamente respondidas.

Entretanto, alguém poderia esbravejar que eu estaria a esquecer, propositalmente do já mencionado artigo 30 do Código Disciplinar da FIFA. Em resposta, na trilha da *narrativa depreendida na decisão do Pleno do STJD acerca dessa questão*, eu diria que, *se incorporado ao ordenamento brasileiro*, a “suposta antinomia” entre os programas normativos do art. 133 do CBJD e do art. 30 do CDFIFA deveria ser solucionada pela compatibilização dos dois textos.

Assim, em meu sentir, a leitura mais adequada do programa normativo do art. 30 do CBJD é a de que ele não proíbe a dedução de pontos no mesmo ano, mas permite que essa subtração se dê na presente ou em futuras competições. Ora, se o CBJD diz que a decisão condenatória gera efeitos no dia seguinte àquele em que foi proferida, no mínimo temos que considerar que, no Brasil, optou-se por punir na mesma competição. Portanto, não estou a desconsiderar parte da *objeção 5* para tornar a minha avaliação defensável.

3 Conclusão: por que o caminho argumentativo é importante?

Neste breve artigo, tentei empreender uma análise crítica da decisão do Pleno do STJD no caso Portuguesa. Ao longo de minha exposição, perpassei por várias objeções dirigidas contra essa decisão, a fim de discutir os méritos e os equívocos da *narração justificativa* empreendida pelo STJD.



Como expliquei, meu principal intuito era *atestar* a importância de uma *justificação narrativa legítima* de todas as decisões jurídicas proferidas em sede de discursos de aplicação. Por essa razão, tendo como pano de fundo a decisão do caso Portuguesa, expus vários motivos que justificavam uma *maior depuração* argumentativa da narrativa justificadora depreendida no caso Portuguesa.

Minha estratégia foi explorar as principais objeções dirigidas contra o aludido julgado, porquanto elas testificavam a exigência de *ascensão justificadora* que eu estava a defender. Como tentei explicar, esse era o principal mérito das referidas objeções.

Entretanto, ao longo do texto, não deixei de perpassar por algumas teorias alinhavadas no campo da filosofia do Direito, atinentes às exigências e dificuldades atreladas à busca de uma resposta adequada para a solução de casos concretos. A partir desse recurso, pude explorar algumas questões atuais que habitam o debate em torno da possibilidade (ou impossibilidade) de uma resposta correta em sede de discursos de aplicação.

Perpassei, nesse sentido, por alguns aspectos ligados às vertentes clássicas do positivismo, além de explorar pontos de divergência entre a teoria da integridade dworkiniana, a visão neoinstitucional defendida por Sunstein e Vermeule e a permanente discussão atinente aos limites da aplicação do princípio da proporcionalidade.

No fim, expus as razões pelas quais eu concordava com o *dispositivo* da decisão do STJD, conquanto tivesse inúmeras ressalvas à *fundamentação* alinhavada para justificá-lo. Eis o ponto que gostaria de discutir rapidamente nas próximas linhas, com o intuito de encerrar minhas reflexões acerca da *importância do caminho argumentativo*.

Estou ciente de que essa estratégia não é usual em um artigo científico. Certamente, a lógica cartesiana exigiria de minha parte uma parada neste ponto da conclusão. No entanto, em nome da visão de ciência que defendi juntamente com Cruz em *Além do Positivismo Jurídico*, recusar-me-ei a encerrar minhas reflexões neste momento. Assim, contrariando em parte uma



lógica linear e ordenada de pensamento, encerrarei minha avaliação com mais uma breve reflexão.

Virou moda, recentemente, afirmar que as teorias da argumentação e da decisão escondem uma verdade inegável: argumentos e técnicas distintas podem conduzir a um mesmo resultado⁸⁸. Como eu disse em outros pontos deste artigo, não discordo da correção dessa afirmação, a despeito de ainda acreditar na *imprescindibilidade de uma depuração argumentativa em sede de discursos de aplicação*.

Alguém poderia indagar sobre a necessidade de uma “tal” depuração. Os “práticos” não se cansam de questionar reflexões mais depuradas, sustentando-se exatamente nesse pressuposto. Insistem que, se ao final, o simples apego ao texto legal e à dogmática consolidada pelo menos há um século *podem* conduzir o intérprete a uma resposta “satisfatória”, não existem razões para investir tempo em reflexões mais profundas, na busca pela melhor solução de casos concretos⁸⁹. A perplexidade que os atormenta é sincera.

Se um “silogismo simples” conduz ao mesmo resultado que uma rebuscada investida argumentativa, por que, então, optar pela última alternativa? Por que continuar a investir em complexas teorias da argumentação e da decisão? Por que não abraçar a comodidade e a praticidade? Todas essas indagações já foram respondidas nos tópicos anteriores. No entanto, nesta conclusão eu gostaria de enfatizar novamente

⁸⁸ Os argumentos que passo a expor neste momento dirigem-se, principalmente, às críticas menos sofisticadas daqueles que chamaremos de práticos. Entre eles estão não apenas acadêmicos de grande envergadura, como F. Shauer, mas também muitos aplicadores do direito que, diariamente, lidam com a desafiante tarefa de analisar casos concretos e sobre eles exarar suas conclusões.

⁸⁹ Os adeptos dessa visão certamente não compreendem porque gastar tanto tempo em questões filosóficas. Muitos estão tão **certos de seus pressupostos** que nem ao menos se dão ao trabalho de **levar a sério** a maioria das críticas alinhavadas pelos que chamam de “teóricos”. Alguns até admiram os trabalhos de autores estrangeiros que seguem a toada que estou a propor, mas não compreendem bem a utilidade de tudo o que esses pensadores estão a dizer. Quando, então, todos esses que acabo de mencionar de modo genérico se deparam com uma concepção ainda mais radical, defendida por autores brasileiros, acabam por se agarrar a seus portos seguros para bradar aos sete cantos: “isso que vocês estão a dizer não serve para nada”, ou, “isso não possui aplicabilidade prática”. Por isso chamaremos os adeptos dessa concepção de “os práticos”. Para mais detalhes sobre o assunto, vide (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 219-247).



que há muito mais que simples silogismos por detrás de uma decisão aparentemente simples⁹⁰. Há muita coisa *além da manifestação da decisão*.⁹¹

Por que insistir na possibilidade de uma depuração argumentativa? Por que defender uma *narrativa justificadora* que intente ir *além do positivismo*? A resposta está na responsabilidade existencial que deriva da Ética Primeira de E. Lévinas⁹². O que nos conduz a estar sempre dispostos a refletir melhor, a colocar em cheque argumentos que passam a nos incomodar, a, enfim, questionar aquilo que parece não mais se sustentar tal como se apresenta diante de nossos olhos é essa responsabilidade para com o outro. Essa responsabilidade nos constitui. Ela faz com que nossa humanidade possa ser sempre (e repetidamente) colocada “à prova” em nossas respostas dirigidas à *alteridade*. Somos, em alguma medida, aquilo que respondemos aos outros. Se negarmos à alteridade uma consideração mais sincera, já aí estaremos a dizer quem somos⁹³. Nesse ato aparentemente simples, nossa responsabilidade ecoará. “Afim, aquele que vira o rosto é responsável por esta atitude”.⁹⁴

Tudo isso deve ser dito para que os eventuais leitores deste texto compreendam a fonte de minha preocupação com a possibilidade de uma ascensão justificadora. Minha preocupação com a possibilidade de uma argumentação mais depurada em casos “como o da Portuguesa” transcende a simples busca pelo convencimento do outro a partir do melhor argumento (o que, por vezes, revelar-se-á uma verdadeira “desculpa logocêntrica”).

A responsabilidade que deriva da Ética Primeira leva-me a acreditar que o “caminho”, isto é, a “forma de argumentação e o tipo dos argumentos empregados” são, de fato, verdadeiramente importantes para a *reconstrução narrativa* de uma decisão. Sob essa perspectiva, o caminho trilhado sempre

⁹⁰ O emprego repetido da palavra “simples” não é casual, mas proposital.

⁹¹ Sobre o assunto, sugiro novamente a leitura de (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 32-47).

⁹² Sobre o assunto, a referência a Cruz é obrigatória. Para mais detalhes sobre a influência da Ética Primeira para um repensar do Direito, sugiro a leitura de (CRUZ, 2011); (CRUZ; DUARTE, 2013); (CRUZ; 2105a) e (CRUZ, 2015b).

⁹³ Nesse parágrafo, emprego a primeira pessoa do plural conscientemente.

⁹⁴ Agradeço expressamente a Cruz por pacientemente me explicar essa noção de Responsabilidade.



altera (de algum modo) o resultado alcançado. Daí a minha afirmação de que não é suficiente vincular a legitimidade de uma decisão apenas ao seu resultado. O dispositivo da decisão não é independente da fundamentação que visa a alicerçá-lo.

Para ilustrar o que acabo de dizer, convém recorrer a um rápido exemplo. Imaginemos um filho que indaga ao pai o porquê de estar sendo disciplinado. Seria a resposta do pai importante em termos educacionais? Caso a resposta a essa pergunta seja positiva, outra vem a calhar: seria, então, qualquer resposta suficiente? Se, em algumas situações, uma resposta simples como “estou fazendo isso porque sou seu pai” resolver o problema, estará encerrado o problema? Essa resposta será sempre satisfatória? Um pai que explique ao filho a razão da correção não terá feito algo realmente diferente?⁹⁵ O resultado, em ambos os casos, será realmente o mesmo? Todas essas indagações são retóricas. Em minha visão, o pai que explique ao filho a razão da correção conseguirá *ir além do que fez o “primeiro pai”*.

Sob essa perspectiva, vale muito à pena argumentar com profundidade, quando o caso assim exigir. Nem sempre isso será necessário, visto que nossa prática diária sempre tenderá a simplificar e padronizar as respostas para os casos repetidos. Entretanto, a Ética Primeira nos demanda uma atenção redobrada: um caso que se tornou simples pode sempre vir a se complicar por conta de novos argumentos e objeções. Algumas vezes será simplesmente impossível continuar a apostar na resposta padrão, pelo simples fato de que seus argumentos parecer-nos-ão insuficientes para o devido trato do caso.

Mesmo que, em nome de uma pseudo-eficiência, guiados principalmente pelo excesso de serviço, muitos continuem a apostar na praticidade do modelo pronto, nessas situações essa estratégia revelará que tipo de responsabilidade o aplicador do direito possui em relação à alteridade.

Portanto, se alguém insistir na necessidade de depuração argumentativa em decorrência das especificidades apresentadas por um determinado caso,

⁹⁵ Eis uma indagação que eu gostaria de ver explorada pela neurociência. Lanço esse desafio ao meu colega e amigo Leonardo Martins Wykrota.



como aconteceu na situação que envolveu a Portuguesa, justificada estará a ascensão justificadora. Nessas situações, “o meio argumentativo inexoravelmente atestará o grau de legitimidade da decisão manifesta”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. Os Direitos Fundamentais e a Democracia no Paradigma Procedimental do Direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org). **Jurgen Habermas, 80 anos. Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. O Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem único do Fiador em Contratos de Locação. Limites à Revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. Disponível em: <http://legado.cbb.com.br/noticias/Novo_CBJD.PDF>. Acesso em: jan. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Desportiva. Pleno, Proc. nº. 320/2013, Acórdão. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/12/art20131230-05.pdf>>. Acesso em: jan. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem: a Teoria do Discurso e a Justificação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

COELHO, Paulo Vinícius. **Carta do Procurador Paulo Schmitt**. Disponível em: <http://espn.uol.com.br/post/376391_o-procurador-paulo-schmidt-da-sua-versao-do-caso-duque-de-caxias-em-2010-nao-e-jurisprudencia>. Acesso em: jan. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico na Modernidade: O Conceito de Paradigma é Aplicável ao Direito?** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. **Desafios Contemporâneos do Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 2, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. Nos Corredores do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 1, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SALDANHA, Fernanda Monteiro. Por uma Interpretação não Utilitarista do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 1, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Ana Carolina Pinto Caram. Regras e Princípios: uma visão Franciscana. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 1, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. Igualdade e Discriminação. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 2, 2015.



DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação.** Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERREIRA, Siddharta Lagale. Standards: o que são e como criá-los? **Revista de Direito dos Monitores da UFF.** Ano 3, n. 8, Maio-Agosto de 2012, p. 1-30.

FIFA DISCIPLINARY CODE. Disponível em: <<http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/discoinhalte.pdf>>. Acesso em: jan. 2015.

GADAMER, **Verdade e método.** Trad. Flávio Paulo Meurer, revisão Enio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, **Verdade e método II.** Trad. Enio Paulo Giachini, revisão Marica Sá Cavalcante-Shuback. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIBSON, Sérgio Armanelli. **O administrativismo contemporâneo:** pela leitura paradigmaticamente adequada de suas premissas científicas frente aos ganhos da virada linguístico-pragmática. 2008. 223 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

GLOBO ESPORTE. **Notícias.** Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/julgamento-portuguesa-flamengo/cobertura/>>. Disponível em: jan. 2015.

GLOBO ESPORTE. **Notícias.** Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/cruzeiro/noticia/2013/12/stjd-absolve-cruzeiro-que-nao-perde-pontos-por-suposta-escalacao-irregular.html>>; e <<http://globoesporte.globo.com/rj/serra-lagos-norte/noticia/2013/09/duque-e-absolvido-no-pleno-do-stjd-e-se-livra-da-perda-de-pontos.html>>. Acesso em: jan. 2015.



GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:** Justificação e Aplicação. Trad. Claudio Molz; Coordenação, revisão técnica e introdução à edição brasileira por Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichker – UGF. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.

JULGAMENTO DO STJD. **Veredicto.** YouTube, 16 dez. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_iAWMCdZ3e8>. Acesso em: jan. 2015.

JULGAMENTO MINUTO A MINUTO. **ESPN BRASIL.** Disponível em: <http://espn.uol.com.br/noticia/376855_veja-como-foi-minuto-a-minuto-o-julgamento-de-portuguesa-e-flamengo-no-stjd>. Acesso em: jan. 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma do Direito:** Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009b.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PROGRAMA ARENA SPORTV (Parte 1). YouTube, 17 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ms0WZoTBsek>>. Acesso em: jan. 2015.

PROGRAMA ARENA SPORTV. YouTube, 17 dez. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f_HUmOShw-0>. Acesso em: jan. 2015.

PROGRAMA BATE BOLA. **ESPN Brasil.** [YouTube], 13 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FGqRPaLe0jg>>. Acesso em: jan. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O Retorno às Tradições: a Razoabilidade como Parâmetro Constitucional. Democracia, constituição e realidade. In: Idem. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional:** Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Paulo. **Sustentação oral.** [YouTube], 13 de jan. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QZbOkA4WdbA>>. Acesso em: jan. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). **Direitos Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions** (July 2002). Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: jul. 2012.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict.** New York: Oxford University Press, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Abril Cultural, 1975.

