

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
HELIO DOS SANTOS DIAS**

**A MOTIVAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: DO FORMALISMO À TUTELA DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA  
2016**

**HELIO DOS SANTOS DIAS**

**A MOTIVAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: DO FORMALISMO À TUTELA DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial para a obtenção do título  
de *Bacharel em Direito* pela Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Paraná.**

**Professor Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz  
Arenhart**

**CURITIBA**

**2016**

Aos(as) Professores(as) da Educação Básica, em especial, os da rede pública de ensino – pode não parecer, e muitas vezes duvidamos, mas o futuro passa pelas salas de aula – há que se ter maestria e aprender com o tempo e com vida.

Aos(as) Alunos(as) – grato pelo constante aprendizado e, como não sentir o pulsar pelo caminho, da renovada confiança no que virá!

## Agradecimentos

A todos que de alguma forma possibilitaram, direta e indiretamente, chegar ao final de minha segunda graduação numa universidade pública, minha gratidão.

Aos professores(as) e funcionários(as) que trabalham na Faculdade de Direito e na Universidade Federal do Paraná (UFPR) e que tornam realidade e oportunidade única estudar numa faculdade de referência e respeitabilidade nacional e internacional.

A toda minha família, na pessoa de Araci, minha mãe, patrona e exemplo de vida - demonstrou que quando se vai à luta e a causa é válida pode-se mudar o mundo.

Ao Professor Sérgio Arenhart, por sua produção intelectual, vocação, integridade profissional e pessoal - foi um privilégio ter sido seu aluno e orientando.

A sociedade brasileira e a maioria da população que a mantém, considerando que uma opção política de manutenção do ensino público, gera a responsabilidade de quem o frequenta, de zelo profissional e de tornar os serviços públicos acessíveis.

## ***The Tempest***

**Mira.** Abhorred slave,  
Which any print of goodness will not take,  
Being capable of all ill! I pitied thee,  
Took pains to make thee speak, taught  
Thee each hour One thing or other.  
When thou didst not, savage,  
know thine own meaning, but wouldst gabble like  
A thing most brutish,  
I endow'd thy purposes  
With words that made them known.  
But thy vile race.  
Though thou didst learn, had that in't  
Which good natures Could not abide to be with;  
therefore wast thou  
Deservedly confin'd into this rock, who hadst deserv'd  
more than a prison.

**Cal.** You taught me language,  
and my profit on't  
Is, I know how to curse.  
The red plague rid you  
For learning me your language!

**Pro.** Hag-seed, hence!  
Fetch us in fuel. And be quick, thou'rt Best,  
To answer other business.  
Shrug'st thou malice?  
If thou neglect'st, or dost unwillingly  
What I command, I'll rack thee with old cramps,  
Fill all thy boner with aches, make thee roar,  
That beasts shall tremble at thy din.

*(William Shakespeare – The complete works.  
Compact Edition. General Editors - Stanly Wells and  
Gary Taylor. With Introductions by John Jowett (The  
Tempest). Clarendon Press-oxford)*

## Resumo

Um processo civil e direito sob a plenitude da lei pela simples aplicação, silogismo judicial e lógica dedutiva, seguindo uma divisão de poderes na qual previa um juiz “boca da lei”: assim era o formalismo processual, o qual, em boa medida, coincidiu temporal e doutrinariamente com o positivismo jurídico e o Estado liberal. O transcorrer do século XX significou a crise desse modelo e o reconhecimento de que o direito está submetido a escolhas interpretativas e a juízos de valor. A crise do silogismo jurídico e da simples aplicação da lei levou a considerações sobre as teorias da norma jurídica e da jurisdição, e quais as funções da interpretação das normas diante dos casos concretos e do juiz no exercício da atividade jurisdicional. Direito e processo civil passam a ser considerados como mutuamente influenciados por cultura e sociedade, e na perspectiva comparada de modelos de solução de controvérsias no processo civil, a exemplo de especificidades internas às tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*. O processo civil, para evitar desequilíbrios e iniquidades, pode ser praticado e interpretado como um modelo garantista e de tutela de direitos, os quais sejam efetivos e assegurem direitos fundamentais e tutela de direitos materiais, com base em justificação racional e legalidade constitucional. Processo civil garantista combina igualdade formal e substancial, participação das partes consideradas individual e/ou coletivamente e com efetiva capacidade de influência no exercício da atividade jurisdicional, incluindo pleno contraditório e o direito a serem consideradas as provas submetidas ao processo. A verdade sobre os fatos é produzida consensual, argumentativa e objetivamente, e não mais considerada como uma “verdade absoluta”. Diante da crise do formalismo, um modelo retórico passa a ser considerado insuficiente. A motivação no processo civil implica raciocínio dialético-prático decisório e justificativo, racionalização de escolhas valorativas e legitimação da jurisdição civil, via tutela de direitos, argumentação jurídica e estabelecimento de mecanismos de controle democrático do poder jurisdicional. Assim considerada, a motivação é justificação racional das decisões judiciais, aberta e heterogênea, com diferentes níveis e técnicas de argumentação, e a jurisdição, submetida a controles democráticos, é asseguradora de igualdade, direitos e liberdades fundamentais.

Palavras-chave: *Motivação judicial. Racionalização das decisões. Garantismo processual. Verdade e raciocínios processuais. Jurisdição e direitos fundamentais.*

## Abstract

A civil and legal process by the fullness of the law by simple application, judicial syllogism and deductive logic, following a division of powers in which a judge "words of law" predicted: this was procedural formalism, which, to a large extent, coincided Temporal and doctrinally with legal positivism and the liberal state. The passing of the twentieth century signified the crisis of this model, and the recognition that law is subject to interpretive choices and value judgments. The crisis of the legal syllogism and the simple application of the law led to considerations about theories of the legal norm and jurisdiction, and what the functions of the interpretation of the norms before the concrete cases and the judge in the exercise of the jurisdictional activity. Law and civil procedure are considered as mutually influenced by culture and society, and in the comparative perspective of dispute settlement models in civil proceedings, such as specifics internal to the common law and civil law legal traditions. The civil process, to avoid imbalances and inequities, can be practiced and interpreted as a guarantor model and of rights protection, which are effective and secure fundamental rights and protection of material rights, based on rational justification and constitutional legality. Civil procedural guarantor combines formal and substantial equality, participation of the parts considered individually and / or collectively and with effective capacity to influence in the exercise of the jurisdictional activity, including full contradictory and the right to be considered the evidence submitted to the process. Truth about facts is produced consensually, argumentatively and objectively, and no longer regarded as an "absolute truth." Faced with the crisis of formalism, a rhetorical model is considered insufficient. The motivation in the civil process implies dialectical-practical reasoning and justificatory justification, rationalization of valuation choices and legitimation of the civil jurisdiction by guardianship of rights, legal argumentation, establishment of mechanisms of democratic control of the jurisdictional power. Thus, motivation is rational justification of judicial decisions, open and heterogeneous, with different levels and techniques of argumentation, and the Jurisdiction, subject to democratic controls, ensures equality, rights and fundamental freedoms.

*Key-words: Judicial motivation. Rationalization of decisions. Related searches. Truth and procedural reasoning. Jurisdiction and fundamental rights.*

## Sumário:

1. <b>Introdução</b> .....	p.8
2. <b>Formas processuais e o direito positivo</b> .....	p.10
2.1. Insuficiência das formas processuais e o princípio da legalidade.....	p.10
2.2. Jurisdição e teoria da norma.....	p.15
3. <b>O processo civil a partir do garantismo e da tutela de direitos</b> .....	p.34
3.1. Garantismo e procedimento na tutela dos direitos fundamentais.....	p.34
3.2. Igualdade processual sob as perspectivas do direito e da cultura.....	p.53
4. <b>Motivação, Direito e processo civil</b> .....	p.66
4.1. As insuficiências do formalismo e do discricionarismo na motivação.....	p.66
4.2. A motivação judicial e seus destinatários.....	p.85
5. <b>Conclusão</b> .....	p.101
6. <b>Referências</b> .....	p.103

## 1. Introdução:

A motivação no processo civil tem relação direta com a crítica ao formalismo e envolve em torno de dois séculos de prática e teoria do direito. A questão a ser enfrentada é sobre qual perspectiva propõe-se a crítica a esse formalismo. Uma perspectiva legítima é pensar em tutela de direitos, o que requer uma combinação de efetividade, participação democrática, garantias processuais e garantias constitucionais.

Motivação como justificação das decisões judiciais a partir de direitos fundamentais requer atribuir sentido à norma jurídica, ou seja, reconhecer que escolhas e valorações integram essas decisões. Ainda que haja superação na questão do formalismo, certamente será de caráter provisório e de incompletude. Contudo é um modo de se ver o que se passa pelo direito e pela realidade da sociedade, o qual se entende mais adequado a enfrentar os imensos desafios postos ao processo civil e ao direito.

Com a expansão do formalismo e codificações desde o século XIX, em associação ao positivismo jurídico, constata-se progressiva e reiteradamente a disfunção com a realidade da simples aplicação da lei e subsunção do fato à norma. Das insuficiências do formalismo surgem vários dilemas e possibilidades, diante das quais se procurará respostas no direito comparado e na própria teoria geral do direito, algumas das quais serão objetos de estudo nos três capítulos a seguir.

No primeiro capítulo, serão delineadas as insuficiências das formas processuais a partir das crises do silogismo judicial, da lógica dedutiva e da consideração da lei como uma norma geral e abstrata. Com isso, o direito passa a ser produto de interpretação, sujeito a juízos de valor e distinção entre direito e moral. Assim, o princípio da legalidade modifica-se, o que leva a considerações sobre as teorias da norma e da jurisdição.

O segundo capítulo apresenta dois encaminhamentos possíveis ao processo civil: o primeiro aponta que o garantismo processual envolve a igualdade de participação, a colaboração como direito efetivo de influência, a prova como inerente à participação e qualificação jurídica dos fatos; o segundo, retrata a herança cultural do “jeitinho” como uma “exceção a regra”, criadora de desigualdade e imprevisibilidade do direito perante o cidadão.

O terceiro capítulo inicia-se com uma reflexão crítica sobre a motivação judicial. A esta não basta o discricionarismo surgido da crise do silogismo e da lógica dedutiva ou a simples lógica persuasiva. Na sequência, salienta-se a importância da motivação como ferramenta utilizada no processo civil e no direito, pois esta fundamenta e justifica as decisões judiciais, legitimadas pelo controle democrático e jurisdição constitucional.

A partir dessas considerações enfatiza-se que o controle da atividade jurisdicional por parte de seus participantes é um direito, que incumbe participação e colaboração, inclusive como forma de superar incertezas e incompletudes. Assim, a motivação de decisões judiciais e da atividade jurisdicional é um complemento indispensável, uma forma de controle e busca de efetiva tutela de direitos.

## **2. Formas processuais e o direito positivo:**

### **2.1. Insuficiência das formas processuais e o princípio da legalidade.**

A teoria e a prática do direito são constantemente desafiadas a dar respostas as mais diversas situações e problemas da realidade. Por vezes, ao menos intuitivamente, aqueles que se veem em meio a demandas e necessidades de respostas jurídicas e os seus operadores, pressupõem que existirão essas respostas e que as mesmas virão de um sistema mais ou menos organizado e lógico. E mais, as intuições do ordenamento jurídico também pressupõem que deve haver leis e regras que deem respostas às questões suscitadas.

O pensamento e a prática jurídica propiciaram diferentes respostas às questões suscitadas acima, bem como produziram instituições e ordenamentos jurídicos que atender essas demandas. Compreender um ordenamento jurídico envolve o conteúdo de suas normas, contexto em que esse ordenamento ocorreu e verificar a sua efetividade<sup>1</sup>.

Na modernidade, há momentos de continuidades, crises e rupturas, no que se refere ao que é o direito, às hegemonias de escolas de pensamento ou modelos de ordenamento jurídico. Os seus significados são constantemente revistos de acordo com essas conjunturas e momentos históricos.

O ponto de partida deste estudo retrata um momento de afirmação de uma nova ordem: o racionalismo e o positivismo jurídicos do século XIX. Nesse contexto, o formalismo caracterizava-se pela equivalência entre lei e direito, por uma ciência composta de silogismo, lógica dedutiva, relação sujeito-objeto, processo civil apenas declaratório e jurisdição voltada a preservar a autonomia da vontade das partes envolvidas no processo.

---

<sup>1</sup> “O estudo da evolução desse Direito permite fornecer os fundamentos sociais, políticos, econômicos e culturais que nortearam a conduta desse conglomerado humano, estabelecendo, também, os motivos que causaram as periódicas transformações na sua legislação. Ao se aprofundar no tema, Helmut Coing afirmou que quem quiser compreender qualquer ordenamento jurídico, deverá desdobrar o seu estudo em várias etapas: deverá dirigir sua atenção para o conteúdo de suas normas e instituições; para as condições temporais em que esse ordenamento jurídico surgiu; e para a questão da efetividade desse ordenamento na sociedade que lhe corresponde: isto é, deverá certificar-se de que aquelas normas e instituições ainda se encontram atuantes; se não, porque deixaram de prevalecer; ou ainda, porque não exercem a sua influência com igual intensidade”. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. Lições de história do processo civil romano. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

Já ao longo do século XX, o direito passa a ser percebido como produto de interpretação e escolhas, passando pelo garantismo processual e busca de tutela efetiva de direitos. Paulatinamente, torna-se possível a legitimação da prática jurídica, a partir da motivação, do raciocínio jurídico justificado e da argumentação jurídica. Uma trajetória que tem como referência atual a publicação da Lei 13.105/2015 e a conseqüente rediscussão da lei processual e de institutos jurídicos. Daí a reconstrução histórica e um novo olhar para o futuro do processo civil e do direito.

Historicamente, o Estado Liberal de Direito erigido pós-revoluções burguesas teve sua consolidação no século XIX, e com ele, o princípio da legalidade passou a compreender a lei como uma forma de limite à liberdade individual, em um momento revolucionário contra o absolutismo do antigo regime. O direito da jurisprudência e das teses dos doutores de períodos anteriores passa, com o princípio da legalidade com base na lei codificada, a ser produto do Estado legislativo. Este vai produzir uma norma apartada da justiça, pois decorre de autoridade competente e o judiciário somente poderá aplicar a lei sem interpretá-la – uma atividade meramente cognitiva e logicista<sup>2</sup>.

Dessa forma, a criação do direito seria apenas legislativa. Ao Estado legislativo caberia controlar os abusos da administração e da jurisdição. O primado da liberdade política seria a “certeza do direito”. As leis e códigos deveriam ser claros e completos fornecendo uma única interpretação, e o ordenamento jurídico teria sua coerência fundada na sistematicidade e plenitude do direito, cujas lacunas seriam resolvidas pela interpretação sistemática e analógica. A ciência jurídica tem sua objetividade e experimentação derivadas dos métodos das ciências naturais<sup>3</sup>. O direito resumido à lei é incorporado pelo positivismo jurídico: os procedimentos são lógicos (verdade ou falsidade

---

<sup>2</sup> “O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito: o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. Nessa linha, Ferrajoli qualifica o princípio da legalidade como metanorma de reconhecimento das normas vigentes, acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção. Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular... Para Montesquieu... o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de ‘direitos novos’”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 30.

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 30-34.

da lei); a norma é observada e descrita; a descrição é diferente da atividade de produção do direito; não cabe ao positivismo preocupação com o conteúdo da norma e o raciocínio jurídico é por simples dedução<sup>45</sup>.

De acordo com o positivismo clássico, o uso de categorias lógicas seria o essencial do raciocínio do juiz, assim entendidos tanto no *civil law* como no *common law*. A “lógica do juiz” necessária à função jurisdicional, a rigor daria pouca atenção à lógica do juízo de fato cujo modelo de análise do juízo era o do silogismo. No *civil law* da Europa continental, a concepção sistemática e conceitual do ordenamento e o seu respectivo modelo lógico de raciocínio judicial, considera as decisões produto de dedução de uma norma geral e abstrata. Nos sistemas de *common law* consistiria numa combinação de indução e dedução<sup>6</sup>. Uma das reações ao “logicismo” positivista foi o antilogicismo ou irracionalismo, pois o modelo lógico de raciocínio do juiz no positivismo jurídico clássico era ligado a

---

<sup>4</sup> “O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses. Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a ideia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juizes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-se a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária. Isso significa que o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia. Nessa dimensão, passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 37.

<sup>5</sup> “O aparente mistério que se oculta sob essa ‘naturalização’ do Direito, a que se torna possível aplicar o método das ciências de medir, pesar e contar, decorre do fato de serem, ao parecerista, irrelevantes as questões probatórias. Ele as recebe já resolvidas na consulta, de modo que sua tarefa resume-se a uma simples operação de lógica dedutiva, análoga ao raciocínio matemático. Através desse artifício, é que se tornou possível não só generalizar do *caso* para a *regra*, como tornar abstrato e formal o raciocínio jurídico. O ‘caso’ apresentava-se já *formalizado* e sem vida ao parecerista... Está aí esse estranha ‘geometrização’ do direito descoberta por Savigny no Direito Romano. A solução do caso concreto acabava sendo encontrada, não pelo magistrado que presidia a causa, mas pelo parecerista. Este método de resolução de conflito, generalizou-se no direito medieval, a ponto de, em muitos casos, limitar a função do juiz a subscrever o parecer do sábio a quem ele o encomendara, em geral o professor de alguma Universidade. Como se vê, as doutrinas do ‘direito puro’, enquanto *norma*, distante do *fato*, têm ascendência ilustre”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 40.

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 133.

premissas científicas e metodológicas<sup>7</sup>. Para Taruffo, o equívoco estaria na pretensão de exaurir na lógica todo o raciocínio do juiz, pois este dispõe de um conjunto heterogêneo de instrumentos<sup>8</sup>.

O método positivista no momento de sua afirmação na história do direito passou a considerar a ciência jurídica a partir do positivismo científico<sup>9</sup> - a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, dedução e aplicação das normas jurídicas se dariam exclusivamente pelo sistema, sem a influência de valores externos ao ordenamento. Os Códigos<sup>10</sup> dessa época buscaram atender aos pressupostos clareza, caráter popular e

---

<sup>7</sup> “Retratar a história de sobrevivência de semelhantes orientações para além dos momentos históricos que as geraram até os nossos dias significaria retratar a história de toda a cultura jurídica, bem como da ideologia do direito. Todavia, a constatação de que o modelo lógico de raciocínio do juiz nascido do positivismo jurídico clássico tenha permanecido, especialmente nos países de direito codificado, como uma espécie de categoria geral, nada obstante as suas ligações com as respectivas premissas científicas e metodológicas tenham sido rompidas, torna ainda atual a sua discussão. Contra o ‘logicismo’ positivista colocam-se as várias doutrinas antilogicistas...”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 134.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 141.

<sup>9</sup> “Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática... Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo... Esta ciência jurídica estava baseada na perspectiva do direito do *positivismo científico*, o qual deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas. ‘Considerações de carácter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais’ dizia, ainda em 1884, um clássico desta corrente positivista da craveira de Windscheid... A fundamentação ética desta convicção foi extraída por Savigny e pelos seus contemporâneos da teoria jurídica de Kant, segundo a qual a ordem jurídica não constitui uma ordem ética, mas apenas a possibilita, tendo portanto, uma ‘existência independente’. Esta fundamentação filosófica deveria, na verdade, atenuar-se nas gerações seguintes”. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. A. M. B. Hespanha. 2ª ed. Rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 491-492.

<sup>10</sup> “Foi nas novas universidades do iluminismo que o jusracionalismo foi transmitido às futuras camadas burocráticas dirigentes do absolutismo e penetrou, portanto, desde cedo na administração e legislação... Na ciência jurídica técnica e nos tribunais superiores, ele estabeleceu-se de forma mais lenta mas igualmente eficaz... O Código é, quer do ponto de vista do conteúdo, quer do ponto de vista estilístico, a expressão de uma cultura evoluída e isto não apenas segundo o padrão dos critérios da época. Nesse ponto quase único na história da legislação europeia, ele apresenta um plano global da construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade humana... impregnou o último jusracionalismo a partir de Thomasius e Montesquieu. Agora já não se tratava de conceitos gerais, mas da apreensão da realidade objetiva... Os limites desta lei residem... na sua crença acrítica na razão, na sua desconfiança em relação à auto-responsabilidade dos cidadãos e na sua imagem já antiquada da sociedade. É precisamente a crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável”. WIEACKER, Franz. História do direito privado... *Op. cit.*, p. 356-379.

apreensão objetiva da realidade, tal como o juracionalismo (herdeiro do jusnaturalismo e do iluminismo dos séculos XVII e XVIII).

Na verdade, esses códigos eram expressões revolucionárias de uma nova ordem. O positivismo jurídico do século XIX foi incorporado pela burguesia liberal que, segundo Wieacker, representou uma unidade e compreensão fechada do direito privado, historicamente datada, e impossibilitada no transcorrer do século XX<sup>11</sup>.

Na luta contra o antigo regime, a lei genérica e abstrata do Estado legislativo supunha “homens livres e iguais”. Mas no Estado liberal é a burguesia que hegemoniza o parlamento. A superação das imagens de homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei (como forma jurídica e fonte única do direito) são prenúncios de crises e novas perspectivas<sup>12</sup>.

Afirma-se que a lei assim como a prova são fundamentais na prática, no estudo do processo e do direito. No entanto, a confiança em ambos é cultural, socialmente referenciada, tal como compreende Oscar Chase, em sua análise dos mecanismos e meios institucionais de resolução de litígios admitidos em uma dada cultura, seja ela do *common law*, do *civil law* ou dos Azande no continente africano. De acordo com Chase, a transição do formalismo para o pragmatismo na cultura jurídica dos Estados Unidos levou

---

<sup>11</sup> “O positivismo da ciência jurídica do séc. XIX tinha, com a formação de um sistema fechado de direito privado e de uma teoria geral do direito civil, não apenas imposto pela primeira vez no direito positivo as exigências metodológicas do juracionalismo... O direito privado e a teoria do direito civil da pandectística tornaram-se assim em modelos mesmo para as restantes disciplinas da ciência jurídica, nomeadamente para o direito penal e para o direito político. Nos anos 20, a civilística deixou de ser capaz de manter esta supremacia. A destruição dessa antiga imagem da sociedade foi anunciada com a dissolução da unidade sistemática do direito civil através da autonomização em domínios particulares precisamente dos campos socialmente mais significativos do direito civil. Por detrás daquela unidade tinha estado, como ficara claro na pré-história da codificação durante o primeiro parlamento do Império, a aspiração da unidade da burguesia liberal, que então se tinha a si mesma como a representante da sociedade nacional no seu conjunto”. WIEACKER, Franz. *Historia do direito privado... Op. cit.*, p. 628.

<sup>12</sup> “A emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadearam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, ‘determinarão a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte de direito, que vinha ocupando no Estado legislativo’. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões a que se vê submetido o ordenamento jurídico dadas a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo... (Écio Oto Ramos Duarte, *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, p. 46)”. *Apud*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso... Op. cit.*, p. 55.

a dramática constatação, naquela cultura, da discricionariedade presente nos Tribunais<sup>13</sup> e na prática jurídica. O abalo no formalismo é o abalo na crença da primazia da lei<sup>14</sup>.

No entanto, a ponderação das certezas e incertezas da lei ocorre em um espaço de contradição, que a torna mais próxima à realidade, incorporando interpretação, juízo de valor e moral como influências no direito. Esse cenário remete às considerações a seguir.

## 2.2. Jurisdição e teoria da norma.

A queda da primazia da lei como único instrumento legítimo de normatização do sistema jurídico leva ao tema da jurisdição. Essa remete ao sistema jurídico e a seus possíveis elementos: sofisticação técnica, amplo corpo de conhecimento, burocracia, faculdades de direito e raciocínio abstrato (valores)<sup>15</sup>. Assim considerados, norma jurídica e jurisdição são partes do que se entende por ordenamento ou sistema jurídico. Todavia, o que os diferencia e lhe atribui funções são as premissas pelas quais são considerados. Uma dessas premissas foi abordada no item anterior onde se reconhece os limites do

<sup>13</sup> “Adotando como perspectiva a análise cultural, devemos questionar o porquê da valorização da discricionariedade, como raciocínio pautado pela eficiência e pela técnica, ter sido o caminho eleito. A possibilidade de esta alternativa ser hoje a única aparentemente razoável e ‘lógica’ demonstra apenas que estamos analisando a problemática a partir das mesmas premissas que levaram a esta resposta. A explicação cultural, porém, leva-nos a relacionar a técnica jurídica com valores, crenças e símbolos mais amplos. E, sob este ponto, acredito que a virada do formalismo para o pragmatismo teria ocorrido após 1900 mesmo caso a pressão e as críticas contra o Poder Judiciário inexistissem, é revelador constatar que quando Roscoe Pound se voltou contra o formalismo, em 1906, a quantidade de demandas propostas diante da Justiça Federal estava em declínio”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 124.

<sup>14</sup> “Aceitar a leitura realista representaria não apenas acatar que um ‘Direito’ nos moldes concebidos pelo formalismo não mais subsiste, mas reconhecer que ele jamais existiu. E, considerando a importância assumida na política norte-americana pela crença na primazia da lei, um abalo nesta confiança irremediavelmente originaria ansiedade tanto para os profissionais da área jurídica (cuja posição de destaque é justificada exatamente pela sua importância para o Estado de Direito) quanto para a comunidade em geral. Menos evidente, porém, é como este fenômeno se relaciona com a expansão da discricionariedade”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 128.

<sup>15</sup> “Estes pilares dos sistemas modernos de solução de litígios... A sofisticação técnica, um amplo corpo de conhecimento e a burocracia que lhes sustenta são atributos indispensáveis de um sistema jurídico moderno. Em contrapartida, o conjunto de instituições e de pessoas treinadas que é necessário ao funcionamento deste modelo exige um conjunto subjacente de outros arranjos sociais, como faculdades de Direito, e de valores, como a importância do raciocínio abstrato, que são inescapavelmente culturais. O Direito, sem o qual o Estado moderno não existiria, produz então fatos sociais que são identificados com a vida nesse Estado... Não é demais observar que o sistema econômico moderno, complexo e extremamente produtivo, é também determinado pelo Direito”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p.70.

formalismo, o qual considerava a completude do ordenamento jurídico a partir da lei e da lógica dedutiva e silogismo jurídico.

O controle da lei, diante de suas imperfeições, permite sua limitação e adequação a princípios de justiça, algo impensável para o formalismo o qual considerava a lei somente em seus aspectos “formais” de formação e aplicação. A lei supera a legitimação formal diante da obrigatória referência aos direitos fundamentais positivados na Constituição<sup>16</sup>.

Disso decorre uma legalidade que passa a ser substancial em lugar de ser apenas formal e o Judiciário, de acordo com essa concepção, passa a interpretar a lei a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Ao jurista cabe a reconstrução da norma constitucional e de seus efeitos jurídicos, vinculando e dando efetividade à Constituição<sup>17</sup>. Evidente que essa interpretação está sujeita a limites linguísticos, por regras interpretativas e pela comunidade interpretativa<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> “Por consequência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava (*formalismo, estatalismo e legalismo jurídicos*). Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão de forças dos vários grupos sociais... Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais. Mas, essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípios da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 56-57.

<sup>17</sup> “Segundo certa doutrina, as Constituições não são mais que um ‘manifesto’ político cuja concretização constitui tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato -, mas apenas as normas que são afirmadas pelas leis. Pois bem, *um dos elementos do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da ideia oposta, ou seja, da ideia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos*” (Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 53 *Apud*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 59.

<sup>18</sup> “Para explicar a fonte da limitação da interpretação da lei, faz-se necessário introduzir dois conceitos adicionais: um é a ideia das regras disciplinadoras, que impõem restrições ao intérprete, constituindo os padrões com base nos quais a exatidão da interpretação deve ser julgada; o outro é a ideia de uma comunidade interpretativa, que reconhece essas normas como dotadas de grande autoridade. A ideia de interpretação objetiva acomoda o papel criativo do leitor. Torna possível assumir que o significado de um texto não reside nele, como um objeto pode residir num espaço físico ou como pode ser dito de um elemento presente em um composto químico, pronto para ser extraído, se alguém souber o processo correto”. FISS, Owen. Um novo processo civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.

Nesse sentido, a crise de uma concepção “científico-cognoscitiva” da interpretação jurídica faz emergir a compreensão da norma como enunciado de estrutura semântica aberta. O problema da interpretação, assim considerado, não está no juiz conhecer a norma, mas qual escolha fará para interpretá-las. É o processo interpretativo que condiciona a escolha da norma aplicável. O juiz, partindo de enunciados normativos e, por sucessiva interpretação, chega ao critério de decisão<sup>19</sup>. A escolha interpretativa não se exaure em um único ato imediato de determinação do significado “verdadeiro” da norma<sup>20</sup>.

---

Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 280.

<sup>19</sup> “É, portanto, uma atividade que o juiz efetiva no âmbito da formulação de cada um dos modelos de decisão que entram no processo de escolha da *ratio decidendi* final, descrita sub a). Isto é, trata-se daquilo que é indicado comumente como ‘interpretação da norma’ (no sentido específico de interpretação-atividade), realizada para encontrar um critério adequado de resolução da controvérsia. A crise da concepção científico-cognoscitiva da interpretação jurídica e a cada vez mais clara emersão do conceito de norma como enunciado de estrutura semântica aberta convergem no sentido de afastar a ideia que a interpretação possa ser conceituada como a descoberta do ‘único’ significado ‘verdadeiro’ ou ‘real’ da norma. Isso vale, com maior razão, quando a interpretação não é realizada com finalidade teórica, mas é dirigida a um fim concretamente aplicativo, ou seja, para qualificação jurídica de um caso concreto em especial”. TARUFFO, Michele. *A motivação...* Op. cit., p. 208.

<sup>20</sup> “Da questi rilevamenti – come da molti altri che potrebbero farsi – appare che a) vi è un’area semantica comune di ‘interpretazione’ e ‘applicazione’, ma non vi è coincidenza totale; b) tale area semantica comune è particolarmente evidente quando i vocaboli sono usati con riferimento all’attività di giudici o di funzionari amministrativi: tanto da far sorgere il sospetto che, allorquando si parla non di interpretazione della legge in generale bensì di interpretazione della legge da parte di soggetti ufficiali cui è demandata l’individualizzazione delle leggi e la loro applicazione concreta (come appunto i giudici e i funzionari amministrativi), l’area semantica dei vocaboli dell’interpretazione e l’area semantica dei vocaboli dell’applicazione coincidano... All’origine di entrambe queste credenze sta la doutrina della scuola storica del diritto, ed in particolare di Savigny, secondo cui da un lato l’interpretazione del diritto è un sottoprodotto della ‘scienza’ del diritto, e dall’altro lato la natura del soggetto interprete è irrilevante ed il giudice quando applica diritto compie la stessa attività ‘intellettuale’ che è – in primo luogo – propria dello scienziato del diritto... Hans Kelsen qualifica l’applicazione del diritto da parte degli organi come creazione di diritto e qualifica il prodotto dell’applicazione con il nome di ‘norma’ (e precisamente di ‘norma individuale’)... Herbert Hart, e con lui molti di indirizzo analitico-linguistico, esplica il rapporto tra l’attività interpretativa ed il prodotto dell’applicazione ricorrendo alla teoria di J. L. Austin sulla funzione operativa del linguaggio,... Alf Ross qualifica come ‘diritto valido’ il prodotto della ‘applicazione come il diritto *tout court*; egli però – a condizionante ai documenti legislativi oggetto dell’interpretazione, ed elabora di quest’ultima una particolare teoria... Tutte queste teorizzazioni pongono l’accento sul fatto che le attività degli organi dell’applicazione del diritto sono attività creative di diritto nuovo e - in quanto attività creative - non riducibili a mero fenomeno intellettuale né a mera attribuzione di significato a documenti. Tutte però - ad eccezione di quella di realisti americani - mirano a rilevare come le attività di applicazione implicano l’interpretazione di documenti precostituiti”. TARELLO, Giovanni. *L’interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 43-47.

Com isso, não mais se considera que exista uma “interpretação autêntica”<sup>21</sup>, ideologia esta que expressava a ideia de separação de poderes e a limitação da jurisdição a declarar a “vontade da lei”. Julgava-se ilegítima qualquer “interpretação autônoma” do juiz sobre um duplo aspecto: poderia significar um reavivar do *ancien régime*, e, dessa forma, contrariar a nova ordem buscada pelas revoluções burguesas, concretizada nos Códigos e leis produzidas pelo Parlamento<sup>22</sup>.

Parte da mudança que levou a superar o período histórico retratado no parágrafo anterior, está o questionamento da lógica dedutiva e sua suposta suficiência em ser um único instrumento idôneo a dar conta de todo o raciocínio do juiz. Os valores passam a ser considerados como parte do raciocínio do juiz e das decisões judiciais. Assunto que será abordado no capítulo 3, ao apresentar o problema dos valores quando considerado o raciocínio e decisão judiciais, o que não decorre numa “abertura total” a qualquer procedimento e decisão.

O entendimento do silogismo judicial a partir dos pressupostos completude do ordenamento, solução lógico-cognitiva de antinomias e lacunas e deslocamento de valoração da prova para o plano das “questões de direito”, constata-se exercer uma função ideológica associada a um modelo abstrato e ideal. Dessa forma, conclui-se que o

---

<sup>21</sup> “All'origine del dibattito sulla ‘natura’ delle leggi interpretative nella cultura giuridica moderna stanno , come è ovvio, le diverse organizzazioni giuridiche dei vari Stati nella loro evoluzione storica, e gli interessi alla conservazione o alla modificazione di tali organizzazioni dei quali le scuole giuridico-dottrinali (a partire dalla scuola dell'esegesi e dalla scuola storica) si fecero di volta in volta portatrici. Questa realtà è in parte oscurata nostra tradizione dottrinale, elemento caratteristico il cui ‘stile’ è quello di trattare i problemi come quello della legge interpretativa o della ‘interpretazione autentica della legge’ come problemi concettuali e dogmatici, schierando le opinioni degli autori (prescindendo dalla loro collocazione cronologica) in partiti contrapposti sul così individuato problema concettuale e dogmatico...”. TARELLO, Giovanni. L'interpretazione... *Op. cit.*, p. 248-249.

<sup>22</sup> “Durante la Rivoluzione, una delle versioni prevalenti della ideologia della separazione dei poteri fu quella secondo cui alla chiarezza della legge farebbe riscontro la preclusione ai giudici del potere di ‘interpretarla’ attesoche tale potere significherebbe inevitabilmente quello di applicare la legge a casi dalla legge stessa non previsti. In accordo con questa particolare versione dell'ideologia della separazione, il decreto organico del 16-24 agosto 1790 vietò (titolo II, art. 10) ai giudici di interpretare ‘in via generale’ le leggi, prescrivendo loro di ‘rivolgersi al Corpo legislativo tutte le volte che riterranno necessario di interpretare una legge’ (titolo II, art. 12). Alla facoltà di rivolgersi al Corpo legislativo i giudici, timorosi di dispiacere ai vertici politici dai quali dipendevano di fatto e di diritto, ricorsero con frequenza, determinando una notevole frequenza delle ‘interpretazioni autentiche’ della legge”. TARELLO, Giovanni. L'interpretazione... *Op. cit.*, p. 249.

modelo de silogismo herdado do positivismo jurídico não abrange a atividade essencial que é a fixação de premissas pelo juiz<sup>23</sup>.

Se o texto é diferente da norma por ser produto do intérprete, há que se refletir sobre a função a ser exercida pela *jurisdição*. Esta pode exercer um papel significativo na outorga de unidade ao direito, dissipar dúvidas interpretativas e desenvolver o direito de acordo com as necessidades sociais do Estado constitucional<sup>24</sup>. A norma como interpretação é reconstrução de significados que integra legislador, juiz e doutrina e cujos raciocínios jurídicos (especialmente sobre fatos) utilizados fazem uso das lógicas dedutiva, indutiva e abdutiva.

A jurisdição não está mais restrita a reparação ao dano pelo equivalente, que desconsiderava a tutela preventiva e desprezava a tutela de direitos fundamentais<sup>25</sup>. Esta é uma transição significativa, posto que no processo civil a escola chiovendiana, mesmo reconhecendo a natureza publicista do processo (autonomia conceitual da ação em face do direito subjetivo material), procurou legitimar um modelo institucional adaptado ao

---

<sup>23</sup> “A segunda categoria das distorções que derivam do uso impróprio da lógica dedutiva atine ao fato de que, quanto mais a motivação é estruturada de acordo com o método silogístico, tanto menos emergem traços essenciais na justificação de uma decisão que se assume não ser o resultado automático de uma série de passagens formais. Inicialmente, tendem a ser deixados de lado os momentos de escolha, tanto ligadas a escolhas interpretativas e cognitivas em geral, quanto atinentes à fixação das premissas de que decorre a decisão final ou a solução das questões que nessa influenciam. Aquilo que em verdade é a adesão do juiz a uma entre várias alternativas possíveis, é apresentada, ao invés, como uma passagem inevitável de uma cadeia lógica governada por regras de natureza determinista, de modo que transparece como necessário aquilo que é apenas possível. Em segundo lugar, tende-se a excluir do raciocínio justificativo a enunciação de juízos de valor e da mesma forma valorações subjetivas do juiz. Trata-se de valorações que ou não são expressas ou são enunciadas na forma de constatações objetivas, de dados absolutos ou de lugares comuns indiscutíveis, idôneos para formar o objeto de uma inferência logicamente cogente”. TARUFFO, Michele. *A motivação...* *Op. cit.*, p. 156-157.

<sup>24</sup> “A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), e com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos). A norma é resultado de um processo que visa a *reduzir a equivocidade do texto e concentrar o seu significado*. Daí a razão pela qual texto e norma não se confundem e nem há entre os mesmos uma correspondência biunívoca. As normas são *vagas*... E se tudo isso é verdade, então parece igualmente evidente que a jurisdição também tem um papel de outorga de unidade ao direito, *dissipando-se dúvidas interpretativas e desenvolvendo o direito de acordo com as necessidades sociais, não sendo apenas um meio para resolução de casos concretos*. Nessa perspectiva, obviamente que os conceitos de jurisdição apegados à tradição oitocentista não têm condições de definir de forma adequada aquilo que a jurisdição faz no Estado Constitucional”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* *Op. cit.*, p. 52.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso...* *Op. cit.*, p. 38-46.

Estado de Direito liberal. Não preocupado com a tutela de direitos, a influente escola chiovendiana separava o processo do direito material e considerava a jurisdição como meramente declaratória<sup>26</sup>. As insuficiências desse modelo ou de perspectivas assemelhadas fizeram surgir propostas e práticas alternativas em diferentes épocas e tradições jurídicas presentes no mundo moderno, a exemplo do que se encontra na “reforma estrutural” abordada por Owen Fiss e seus impactos na jurisdição dos Estados Unidos<sup>27</sup>.

Nos termos de Owen Fiss, o modelo de “solução de controvérsias” predominou por mais tempo quando comparado ao modelo de “reforma estrutural”. Quanto ao primeiro, segue a ideia clássica do contrato social - no estado de natureza predominavam interesses individuais, liberdade de iniciativa e a formação de uma terceira parte (Estado), significando a proteção e a manutenção dessas mesmas relações privadas e da autonomia da vontade.

---

<sup>26</sup> “Contudo, não se pode obscurecer que a doutrina de Chiovenda deu origem a uma escola que desvinculou o processo do direito material, manchando-se com características que a diferenciaram da escola exegetica. Porém, os princípios básicos da escola chiovendiana – sobre os quais, aliás, formaram-se a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira, especialmente aquela ligada à formação do Código Buzaid de 1973 – foram inspirados no modelo institucional do Estado de Direito de matriz liberal, revelando, de tal modo, uma continuidade ideológica em relação ao pensamento dos juristas do século XIX. A mudança que se verificou em relação à natureza do processo, que de algo posto a serviço dos particulares passou a ser visto como meio pelo qual se exprime a autoridade do Estado, nada teve a ver com o surgimento de uma ideologia diversa da liberal, e muito menos com uma tentativa de inserção do processo civil em uma dimensão social, constituindo apenas o resultado da evolução da cultura jurídica. Deixe-se claro que a escola chiovendiana, ainda que preocupada com a investigação das raízes históricas dos institutos processuais, bem como com uma maior problematização da dogmática processual civil, jamais chegou a questionar, por exemplo, o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário e a efetividade dos procedimentos para atender aos direitos das classes desprivilegiadas. Como está claro, a escola chiovendiana, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 42.

<sup>27</sup> “As características peculiares da reforma estrutural podem ser melhor compreendidas quando comparadas a um modelo de adjudicação que há muito tem dominado a literatura e nosso pensamento, o que é geralmente utilizado como padrão para a constatação da legitimidade de todas as formas de adjudicação. Esse modelo é denominado ‘solução de controvérsias’ e está associado à história na qual duas pessoas em estado de natureza disputam uma única porção de terra. Elas discutem o problema, chegam a um impasse e, então, volta-se para uma terceira parte – estranha àquela disputa – para resolvê-lo. As cortes foram consideradas a institucionalização desse ‘estranho’ e a adjudicação o processo pelo qual o poder judicial é exercido. Não obstante essa história não seja utilizada como argumento para a defesa da primazia da solução de controvérsias, mas somente como uma ilustração, ela reflete as várias premissas das quais o modelo depende. A reforma estrutural questiona essas premissas”. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo processo civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 108.

Fiss faz um recorte histórico que vai da década de 1950 até o início dos anos 1970 nos Estados Unidos. Nesse período, a Jurisdição teve papel efetivo no modelo de reforma estrutural, e pode ser relacionado ao que ocorreu nos Estados Unidos na época do *New Deal* e entendimento de que o Estado é legitimado a fornecer serviços essenciais.

A “reforma estrutural” surge nos anos 1950 a partir do caso *Brown vs. Board of Education*, no qual a Jurisdição, por meio de ação efetiva de suas Cortes, buscava a igualdade a partir dos valores constitucionais<sup>28</sup>. A reforma estrutural seria a expressão de um novo processo judicial (o qual não deixava de apresentar problemas), adequado aos tipos de litigância presentes na sociedade contemporânea, reforçando a importância de perceber a jurisdição a partir de uma premissa importante: a dimensão pública do poder judiciário (valores constitucionais).

Uma das preocupações de Owen Fiss ao fazer a defesa da reforma estrutural como procedimento e como expressão de valores públicos presentes na Constituição diz respeito a sua legitimidade enquanto modelo. Entre as críticas feitas ao modelo de reforma estrutural destaca-se a ideia de excessivo poder aos juízes. Uma das teorias surgidas apontou a falha legislativa<sup>29</sup>: aos juízes era legítimo atuar em casos de legislações com violações constitucionais (a exemplo de leis que negassem o voto a minorias) ou em casos de ausência legislativa.

---

<sup>28</sup> “Como gênero de litígio constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte norte-americana estava sob a presidência de Earl Warren e realizou-se um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no caso *Brown vs Board of Education*. Esse esforço exigiu das cortes uma transformação radical do status quo, na verdade, uma reconstrução da realidade social. As cortes tiveram de superar a mais intensa resistência e, ainda mais problematicamente, precisaram intervir e reestruturar organizações de grande porte, os sistemas de educação pública”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo processo civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27-28.

<sup>29</sup> “A teoria da falha legislativa identifica ocasiões para o uso pesado e independente do poder judicial, mas não prescreve o que deve ser feito com esse poder. Se existe uma restrição ao direito de voto, a função judicial pode ser suficientemente clara: restabelecer esse direito. O majoritarismo é, dessa forma, perfeito. Entretanto, não existe maneira simples de entender a função judicial, quando a falha é provocada por outras causas, como, por exemplo, pelo fato de uma minoria determinada e isolada estar sendo vitimada... A função do juiz não é falar pela minoria ou aumentar sua expressividade, mas dotar os valores constitucionais de significado, o que é feito por meio do trabalho com o texto constitucional, história e ideais sociais. Ele procura o que é verdadeiro, correto ou justo, não se tornando um participante nos interesses das políticas de grupo”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 35-36.

O problema visto por Fiss em teorias como a da falha legislativa é seguir uma lógica própria ao legislativo e a sua submissão às preferências da população. Isso não seria adequado ao papel a ser exercido pelo Poder Judiciário, o qual teria função própria na estrutura de poder do Estado, legitimado pelos valores constitucionais.

Frente a esses espaços de atuação cabem aos litígios estruturais a sua proteção<sup>30</sup>, os quais em geral não se encontram textualmente proibidos. Destaca-se aqui, um importante raciocínio desenvolvido por Fiss, que considera que as garantias constitucionais quando atribuídas valores públicos não necessitam de conteúdos específicos nas leis para que tenham incidência e proteção a esses valores.

Dessa forma, o controle sobre a atividade do juiz, segundo Fiss, dar-se-ia por reformas legislativas ou mesmo emendas constitucionais que definissem a atividade judicial. É claro que o autor em questão, não parte da premissa de que os valores públicos presentes na Constituição dos Estados Unidos (ou de qualquer outra) possuem sentido unívoco ou venha a tê-lo algum dia. Daí a necessária justificação e fundamentação da atividade judicial.

Retoma-se aqui, uma questão levantada anteriormente sobre a crítica ao “excesso de poder” do juiz. Dessa crítica surge a “solução” de considerar o juiz como “boca da lei”, alguém que exerce sua função de forma “neutra” por simplesmente aplicar a lei. No entanto, essa imparcialidade é ilusória se decorrida de uma suposta “neutralidade”, quando o que está por trás é propriamente uma intenção não declarada de controle das decisões judiciais por parte do modelo de solução de controvérsias.

Na visão de Fiss, os valores constitucionais transcendem os fins privados inerentes ao modelo de solução de controvérsias (o qual procura pautar e limitar a função do Estado e da Jurisdição), pois tem uma função de moralidade pública. Um processo judicial estrutural tem por bases: igualdade, liberdade, ausência de punições cruéis ou incomuns,

---

<sup>30</sup> “Essa consideração do papel judicial no domínio do textualmente específico, somada a um entendimento da função judicial em casos de falha legislativa, é suficiente para questionar a própria teoria da falha legislativa. Tais fatores implicam uma ponderação acerca da função judicial que não é facilmente acomodada e sugerem que as cortes não são, na verdade, instituições ineficientes, bem como que seu lugar legítimo na organização estatal não depende da falha de outra instituição, seja esta legislativa ou executiva. Sugerem, outrossim, que as cortes sejam vistas como uma fonte coordenada do poder estatal com esfera de influência própria, definida a partir da unificação da ocasião e da função do exercício do poder. O papel judicial é limitado pela existência de valores constitucionais e a função das cortes é conferir significado a esses valores”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 38.

devido processo legal, segurança do indivíduo e liberdade de expressão<sup>31</sup>. O que se destaca é que o Judiciário tem sua legitimidade por meio do processo a partir de pressupostos como a independência do juiz e sua idoneidade daí decorrente para aplicar a lei. Ao juiz cabe a promoção de um diálogo especial sobre os valores constitucionais<sup>32</sup>.

Nessa perspectiva, métodos heterocompositivos como o da arbitragem, muito lembrados diante do volume de demandas e morosidade do Poder Judiciário (não somente no caso brasileiro como em vários países) podem ser úteis em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, e em geral atende aos interesses de litigantes com elevado poder econômico<sup>33</sup>. No entanto, não substituem ou podem ser vistos como um modelo jurisdicional - o seu exercício não decorre da independência do juiz (árbitro) e seu objetivo não visa promover valores constitucionais essenciais ao exercício da jurisdição. Pelo contrário, o “modelo heterocompositivo” representado pela arbitragem levaria a Jurisdição a priorizar os fins privados, sobretudo os patrimoniais, seguindo a lógica de um “Estado mínimo”<sup>34</sup>, a exemplo do modelo de Estado liberal afirmado após as revoluções burguesas.

---

<sup>31</sup> *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 111.

<sup>32</sup> *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 115-116.

<sup>33</sup> “Outra forma heterocompositiva admitida no direito brasileiro é a arbitragem. Essa forma de resolução de conflitos apareceu frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos, ocasionando a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais. Essa tendência foi sedimentada com a promulgação da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996), que afirmou, logo no seu art. 1º, que ‘as pessoas *capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*’... Além disso, tal lei deixou claro que a decisão do árbitro não precisa ser homologada pelo Judiciário e não pode ser nele novamente posta em discussão... Ocorre que a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional... A regra que reconhece a inafastabilidade da jurisdição (‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, art. 5º, XXXV, da CF)...”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 174.

<sup>34</sup> “A arbitragem, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, é idealizada para direitos pertencentes a uma classe bastante restrita da população – que pode pagar pelos seus custos -, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados por peculiaridades próprias, geralmente desconhecidas pelo juiz estatal. De modo que a arbitragem não é apenas preocupada com direitos patrimoniais disponíveis relativos aos negócios dos grandes empresários, como também trata de conflitos que dependem, para sua solução, do simples manejo de conhecimentos técnicos específicos... Perceba-se que, embora a afirmação do Estado se imponha especialmente quando se pensa na necessidade de uma força superior (estatal) para dar solução aos conflitos entre particulares – e isso seja aceito pelos partidários da ideia de Estado mínimo -, determinados sujeitos particulares não desejam que o Estado interfira nos seus negócios e nos seus conflitos e, sob o argumento da necessidade de encontro de uma pessoa (árbitro) especialmente capacitada

A tutela que se busca com o processo estrutural defendido por Owen Fiss não é propriamente individual, ao menos na forma de interesses individuais privados como o fim buscado pela solução de controvérsias. No processo estrutural, um de seus instrumentos é a *injunction*. Esta confere poder ao juiz para adotar medida em caso estrutural sem a exigência de um julgamento sobre ato ilícito. Como o processo estrutural visa grupos e não indivíduos isolados e as ações tendem a ser preventivas, a ilicitude advém em geral, de ações realizadas posteriormente a propositura da ação, justamente em caso de desobediência às ordens judiciais<sup>35</sup>.

Já o modelo de solução de controvérsia (hegemônico enquanto modelo de solução de litígios na maior parte do tempo na sociedade moderna e contraposto ao modelo de reforma estrutural), além de buscar isolar institucionalmente o judiciário, possui as seguintes características: pressupõe que sem a intervenção das Cortes a sociedade estaria em harmonia; a função da adjudicação seria restaurar o *status quo* (o interesse individual violado); prioriza o indivíduo e não grupos sociais; o juiz é um árbitro passivo e submetido às questões postas pelas partes de acordo com os interesses individuais; não tem como objeto a realidade da sociedade moderna, pois decorre de uma visão que privatiza todos os fins; o conceito minimalista de Estado segue a teoria do contrato social do ‘Estado vigia noturno’ – o principal fim do Estado é a segurança proporcionada aos indivíduos particulares<sup>3637</sup>.

---

para lidar com eles, na verdade pretendem excluir a jurisdição do seu controle. A ausência de controle estatal, até mesmo sobre a regulação dos conflitos caracteriza o projeto neoliberal... E essa lógica pode fazer surgir duas classes de justiça – a ‘justiça privada’ e a ‘justiça pública’ -, ambas igualmente servindo à mesma classe social, em um local preocupada com a efetividade e com a tempestividade e no outro apostando na inefetividade e na demora”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 178-180.

<sup>35</sup> “Partindo da perspectiva de certas medidas judiciais, tais como sanções criminais e indenizações, essa conclusão pode causar espanto. Essas medidas são retrospectivas, pelo fato de exigirem como condição necessária um erro passado. Elas requerem um julgamento valorativo sobre a conduta nociva do réu, nos termos das normas preexistentes. Porém, a medida em questão em um caso estrutural é a *injunction* e esta não exige um julgamento sobre o ato ilícito, passado ou futuro. O processo judicial estrutural procura erradicar a ameaça continuada aos valores constitucionais norte-americanos e, nesse contexto, a *injunction* pode servir como o mecanismo formal por meio do qual a corte emite diretivas acerca de como esse objetivo deve ser alcançado. Isso tem um sentido futuro. A qualificação prospectiva da *injunction*, aliada ao fato de que confere poder ao juiz, explica a preeminência dessa medida na reforma estrutural”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 56-57.

<sup>36</sup> *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 111-118.

Além dos motivos elencados para o ressurgimento do modelo de solução de controvérsias, Owen Fiss adiciona mais um motivo para o recuo do modelo de reforma estrutural (o qual também ocorre por suas próprias falhas): a burocratização do Judiciário. Em seu entender, esse fenômeno tem três causas principais: sobrecarga de trabalho, necessidade de conhecimento especializado e desejo do juiz de isolar-se da investigação e críticas públicas.

Contudo, não seria adequada uma transferência da reforma estrutural para os órgãos administrativos: o envolvimento das Cortes não é devido à capacidade técnica, pois sua idoneidade especial consiste em dar significados aos valores constitucionais e promover a sua tutela, ao que Fiss denomina de racionalidade substantiva<sup>38</sup>. Aos órgãos administrativos falta-lhes independência (a exemplo das agências reguladoras e seu vínculo com os poderes majoritários), algo essencial para expressar valores constitucionais<sup>39</sup>.

O que aproxima a “reforma estrutural” como modelo de solução de controvérsias com o processo civil brasileiro e o exercício da Jurisdição é a busca de tutela dos direitos coletivo, difusos e individuais homogêneos, presentes na Constituição (art. 5º, XXXV, CF/88), na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), e na doutrina<sup>40</sup>. Assim como na reforma estrutural, a tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos tem como uma de suas principais características propiciarem as igualdades processual e material.

---

<sup>37</sup> “Desde que, como tenho sugerido, consideremos as cortes uma fonte coordenada do poder estatal, não seria de todo surpreendente encontrarmos o Judiciário sujeito às forças que estão afetando todas as formas de poder estatal e isso, de fato, tem ocorrido. O ressurgimento do modelo de solução de controvérsias não é um fenômeno isolado, as ocorre dentro de um contexto político mais amplo, caracterizado por um renovado interesse na economia de mercado e nas teorias ‘*laissez-faire*’ e, de forma mais geral, por uma reafirmação da teoria do contrato social. No centro de cada fenômeno está uma crença no caráter privado de todos os fins”. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 118.

<sup>38</sup> *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 72.

<sup>39</sup> *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 73.

<sup>40</sup> Conforme: ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; VENTURA, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007; OSNA, Gustavo. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Como observado por Fiss, uma concepção de Estado diferente da individualista já ocorreu em diferentes momentos na história dos Estados Unidos no século XX, o que também contraria muito do que foi o processo civil desde sua autonomia, em várias perspectivas e tradições jurídicas e continentes<sup>4142</sup>. Após a crise de 1929, surgem no *New Deal*, a legitimação do Estado como fornecedor de serviços essenciais, a própria litigância da reforma estrutural nos anos 1960 e a defesa de um Estado intervencionista, a partir da *igualdade* como centro do processo judicial desse período<sup>43</sup>. Temas como igualdade (no

---

<sup>41</sup> “O dono de uma coisa argumenta que outro a ocupa sem título, mas o segundo, na maioria das vezes, alega que o tem. O credor afirma que não recebeu o valor, mas e se estiver mentindo? Conforme se pode ver, antes do carcereiro ou do oficial judiciário, entra em jogo outra figura: o *juiz*, que é verdadeiramente uma figura de primeiro plano. Assim, ao lado da lei, coloca-se o juízo como um dos institutos fundamentais do direito. Em vez de juízo, a ciência moderna prefere falar de processo. Sem me deter na comparação entre essas duas palavras e em seus respectivos conceitos, para a exposição elementar que estou fazendo é razoável atribuir a uma e outra o mesmo significado. O processo, pois, divide-se em duas fases, que se chamam de *cognição* e de *execução*. Ademais, segundo a distinção entre direito penal e civil, também o processo se bifurca em *processo penal* e *processo civil*... Responsável por levar os juristas a considerar a insuficiência da lei, a experiência do homem os tem induzido a descobrir, acerca da lei, a equidade, a que um grande mestre italiano do direito chamou de justiça do caso singular, com uma fórmula que permite compreender que a justiça não se deixa aprisionar em uma lei. Ao comparar a equidade à régua lésbia, que, feita de chumbo, adaptava-se a sinuosidade da matéria que devia ser medida, Aristóteles já tinha expressado a ideia de que a rigidez da lei não se adapta, como deveria, às formas imprevisíveis do caso concreto”. CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito. Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 80-109.

<sup>42</sup> “Chiovenda considerava a ação cautelar uma ‘ação mera’, na verdade, uma ‘ação do Estado’, uma vez que, dizia ele, tendo existência atual, ‘quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe’, não se poderia atribuir ao réu uma obrigação de cautela, já existente ‘antes do despacho do juiz’, (Seria ‘despacho’, ou sentença!?)... Se a jurisdição, segundo essa doutrina, deve ser apenas declaratória, então a lide haverá de dizer respeito a relações jurídicas pretéritas, nunca conflitos projetados para o futuro. Como dissera Chiovenda, a ‘obrigação’ a respeito da qual o juiz deve pronunciar-se terá de nascer ‘antes da sentença’. Isto torna impossível conceber um ‘dever de segurança’ destinado a proteger conflitos inexistentes no momento de ter início o litígio. Não foi por outra razão que Calamandrei, num conhecido ensaio, comparou o labor do juiz ao do historiador, enquanto ambos se dedicam a investigar o passado. Este é o núcleo da tenaz resistência oposta contra a existência de um ‘direito substancial de cautela’. Isto fica visível na dificuldade encontrada por Chiovenda em conceber uma tutela preventiva”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo... *Op. cit.*, p.107-108.

<sup>43</sup> “... a reforma estrutural e o Estado intervencionista moderno baseiam-se em uma teoria política comum. Ambos consideram as realidades sociológicas, refletem um ceticismo com relação à justiça do status quo e representam um uso afirmativo do poder estatal. Ambos são baseados em uma crença na existência e importância dos valores públicos e no reconhecimento da necessidade de que eles sejam transportados para a realidade social por meio da utilização do poder estatal. A igualdade era a peça central do processo judicial dos anos 60... Atualmente, as dúvidas acerca da existência dos valores públicos são crescentes; tudo é interesse individual ou, quando muito, moralidade individual e o modelo de solução de controvérsias, assim como o ‘Estado vigia noturno’, acomoda tais dúvidas. Ambos fornecem fácil asilo para aqueles que ignoram ou minimizam o papel dos valores públicos na nossa vida social e a necessidade do poder estatal para concretização desses valores. O problema consiste em aceitarmos a privatização de todos os fins ou negarmos ao Estado o poder para a concretização dos referidos valores, os quais podem ser merecidamente considerados públicos, empobreceremos nossa existência social e minaremos importantes

processo e buscada por meio do processo) e o papel do constitucionalismo na motivação judicial serão desenvolvidos nos capítulos seguintes. Por ora, a Jurisdição pode ser vista como um tema relacionado a vários outros, entre os quais, destacam-se dois: *norma jurídica* e *motivação*. A relação com a motivação será abordada posteriormente.

A jurisdição pode ser vista como um exercício de poder “colegiado”. Não é um exercício do poder do Estado autônomo em relação à sociedade. Dito de outra forma: ciência, doutrina, comunidade de operadores e pensadores do Direito, partes ou jurisdicionados representados, legislações, grupos e classes sociais, e *norma jurídica*, todos compõem e significam aquilo que será a Jurisdição real e efetivamente existente. E procurando estabelecer o que seja a norma jurídica da qual se vale a Jurisdição, busca-se ao menos aproximações dos conceitos de direito.

Tal como visto anteriormente, superada a ideia de que o texto da Lei basta como entendimento e aplicação do Direito, inicia-se em verdade um longo caminho, partindo da constatação de que o texto da lei é interpretado e valorado para só então chegar-se à norma jurídica. Apesar do incômodo inicial para alguns, essa constatação não leva a uma “anomia” do sistema jurídico. Ao contrário, ordenamentos jurídicos existem formalmente e traduzem significados e relações de poder exercidos via Jurisdição. Para a teoria do ordenamento jurídico, tem-se uma importante contribuição com Herbert L. A. Hart e seu livro *O Conceito de Direito* cuja primeira edição data de 1962.

Hart parte de um pressuposto básico para o desenvolvimento de sua teoria do direito: o exercício desse poder não pode ser reduzido a um valor supremo e denominador comum, expresso pelo poder de coação e hábitos de obediência. Ou seja, o Direito não pode ser reduzido ao seu poder de coerção<sup>44</sup>. Das críticas desta concepção de direito,

---

planos institucionais. O Judiciário restaria sem os meios necessários à proteção contra as ameaças impostas pelas burocracias do Estado moderno e a Constituição degradada”. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 119-120.

<sup>44</sup> “A teoria que equipara o direito a ordens coercitivas enfrenta, desde o início, a objeção de que existem, em todos os sistemas, variedades do direito que não se adéquam a essa descrição, sob três aspectos principais. Em primeiro lugar, mesmo uma lei penal positivada, que é a que mais se aproxima da descrição, tem frequentemente um âmbito de aplicação diferente daquele das ordens dadas a outros indivíduos; pois uma lei como essa pode impor deveres tanto a outros quanto àqueles que a elaboram. Em segundo lugar, outras leis positivadas diferem das ordens na medida em que não exigem que as pessoas façam alguma coisa, mas conferem-lhes poderes para isso; não impõem deveres, mas obedecem dispositivos para a livre criação de direitos e deveres jurídicos dentro da estrutura coercitiva do direito. Em terceiro lugar, embora a promulgação de uma lei seja de certa forma análoga a uma ordem, algumas normas do direito têm origem

surge a defesa do direito como coerção com o acréscimo de outros fundamentos, tais como a ameaça de dano ou “sanção” foi acrescida da nulidade como “sanção”; normas que outorgam poderes não são propriamente jurídicas; a noção de ordem é ampliada de verbal para sua manifestação tácita. Para Hart, o modelo de ordens como ameaça é parte da tentativa de uniformização da variedade de leis existentes, e isso seria um erro, pois uma das características do direito é a ocorrência da fusão de diferentes tipos de normas<sup>45</sup>.

Para Hart, existem normas que não têm como principal característica o exercício de coerção, pois existem as normas secundárias que outorgam poderes. A aceitação de uma norma é um processo complexo, o que torna inadequada a ideia de soberania de produção da norma jurídica (lei) imune a limitações jurídicas inadequadas para a compreensão do poder legislativo, até por limitações constitucionais a esse poder. As dificuldades teóricas originadas diante dessas considerações podem ser assim resumidas: o poder legislativo está sujeito a limitações jurídicas; a ideia simples de ordem, hábitos e obediência não pode ser apropriada à análise do direito e a noção de norma que outorga poderes a pessoas com qualificações para legislar desde que observem procedimentos<sup>46</sup>.

A distinção entre normas primárias (praticar ou abster-se de certos atos) e normas secundárias (normas que outorgam poderes para fazer, dizer, ou para extinguir ou modificar normas antigas) e sua complexa interação, a criação de órgãos de controle sobre violação de normas, ou a identificação de norma de reconhecimento<sup>47</sup> são características da existência de um sistema jurídico complexo. Isto inviabiliza a teoria do direito como exercício de simples coação, do direito como ordens coercitivas (obrigatórias e não opcionais) em obediência habitual da maioria, às ordens apoiadas por ameaças.

Algo essencial em um sistema jurídico segundo Hart é a norma de reconhecimento que raramente é positivada, mas os participantes desse sistema a usam e sua aceitação é

---

no costume e não devem seu status jurídico a qualquer ato deliberado de criação do direito”. HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, revisão da tradução de Marcelo Brandão Cipolla, revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 65.

<sup>45</sup> HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 65-66.

<sup>46</sup> HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 94-101.

<sup>47</sup> HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 105-148.

uma necessidade, pois uma norma é válida quando satisfaz os critérios da norma de reconhecimento, algo que na realidade é análogo às regras de contagem de pontos em um jogo, a exemplo dos gols no futebol: juízes e jogadores a usam e raramente a enunciam como regra geral<sup>48</sup>.

Sendo assim, são bases de um sistema jurídico: 1) seus critérios de validade que são dados por uma norma última de reconhecimento, e 2) o sistema não mais advém de um soberano juridicamente ilimitado. E da norma de reconhecimento tem-se: sua existência é um fato; só existe como uma prática complexa, com critérios para identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados<sup>49</sup>. O essencial é que nos tribunais a função do juiz seja exercida seguindo padrões públicos e comuns para se chegar à decisão judicial, não sendo este produto de comportamento meramente pessoal. Normas de reconhecimento jurídico e normas de modificação/julgamento devem ser aceitas como padrões públicos<sup>50</sup>.

A existência de um sistema jurídico não significa que o mesmo possa estar imune a mudanças. Ao contrário, existem momentos de transição. Um exemplo trazido por Hart é o momento em que as ex-colônias passam a contar com uma norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos de validade para seus sistemas jurídicos, não mais seguindo as leis promulgadas pelo Parlamento de Westminster. Considerar um “mesmo sistema jurídico” não obsta que existam dualidades entre núcleo de certeza e dúvida ao acomodar situações particulares às normas gerais. Essa “textura aberta” leva críticos a considerarem que o direito como normas, destaca Hart, é uma teoria questionável para a elucidação do

---

<sup>48</sup> “No cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma. Na Inglaterra, os tribunais podem ocasionalmente declarar em termos gerais a posição relativa de um critério jurídico diante de outro, como quando afirmam a supremacia das leis aprovadas pelo Parlamento sobre outras fontes ou supostas fontes de direito. Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 131.

<sup>49</sup> “Nesse aspecto, entretanto, como em outros, a norma de reconhecimento é diferente das outras normas do sistema. A afirmação de que existe só pode ser um enunciado factual externo. Pois, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 142.

<sup>50</sup> HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 149-150.

conceito de direito em razão de normas<sup>51</sup>. Ao final de seu livro (*O conceito de direito*), Herbert Hart faz referências explícitas às suas diferenças em relação à teoria desenvolvida por Ronald Dworkin e sua teoria interpretativa do Direito.

Consciente de suas polêmicas com Dworkin e com a forma que o sistema jurídico incorpora a justiça ou a moral, Hart não apenas distingue Direito e moral ao criticar o Positivismo então existente, como classifica o formalismo e o ceticismo que também lhe contrapõe como grandes exageros da teoria do direito. Em suas considerações sobre justiça e moral, Hart identifica a complexidade da ideia de justiça em expressões como “*tratem-se os casos iguais de forma igual*”, a qual entende ser vazia quando considerada em si, necessitando de posterior complementação. Nesse sentido, aplicar com justiça a mesma lei a casos diferentes (relação entre justiça e procedimentos) não significa identificar justiça à simples obediência ao direito. E a constatação de que diferenças fundamentais (moral e política) podem levar a divergências irreconciliáveis na avaliação do direito justo ou injusto, da mesma forma que não é impossível conceber uma moral que justifique a discriminação e as desigualdades<sup>52</sup>.

Embora Hart afirme não querer apresentar uma definição de “direito”, mas um conceito, apresenta uma proposta teórica situada entre o que chamou de extremos jurídicos. Seria a teoria número três diante de duas teorias jurídicas já postas: 1) direito como ideia de uma ordem sustentada por ameaças; 2) direito como noção complexa de moral, e, o que propõe, 3) direito como união entre normas primárias e secundárias (múltiplas relações entre direito, coerção e a moral)<sup>53</sup>. Em seu conjunto, essas teorias

---

<sup>51</sup> “O início de uma cisão desse tipo (sobre os critérios últimos a serem usados para a identificação do direito) ocorreu por ocasião das crises constitucionais na África do Sul, em 1954... Até que a população ficasse dividida e a ‘lei e a ordem’ entrassem em colapso, seria equivocado dizer que o sistema jurídico original cessaria de existir: pois a expressão ‘o mesmo sistema jurídico’ é ampla e elástica o suficiente para que não seja preciso postular que um consenso oficial unificado a respeito de *todos* os critérios originais de validade jurídica é condição necessária para que o sistema jurídico permaneça ‘o mesmo’... Nada pode eliminar a dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou ‘textura aberta’, o que pode afetar tanto a norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados para a identificação do direito quanto uma lei específica. Sustenta-se frequentemente que esse aspecto do direito demonstra que qualquer elucidação do conceito de direito em razão das normas será fatalmente equivocada”. HART, H. L. A. *O conceito...* *Op. cit.*, p. 157-159.

<sup>52</sup> HART, H. L. A. *O conceito...* *Op. cit.*, p. 204-210.

<sup>53</sup> HART, H. L. A. *O conceito...* *Op. cit.*, p. 275.

representam questões e dilemas decorrentes da passagem da sociedade simples ao mundo jurídico (com poder legislativo, tribunais, autoridades e sanções centralmente organizadas), cujo custo apresenta vantagens (adaptabilidade, certeza e eficiência) e certo risco (risco de opressão).

Diante dos riscos advindos da formação de um sistema jurídico complexo e dos riscos do exercício de poder discricionário e opressivo, cuja notoriedade histórica havia sido a Alemanha nazista, não seria legítimo uma necessária conformação do direito à moral, o que excederia ao que Hart denominou de conteúdo mínimo do Direito Natural, um limite às conexões entre direito e moral<sup>54</sup>. Não há que se conformarem exigências de justiça básicas quando da aplicação de normas, a exemplo de ser inteligível e ao alcance de todos (princípio da legalidade), com uma obrigatoriedade do vínculo entre direito e moral, o que pode resultar em iniquidades<sup>55</sup>.

Essa forma de aproximação entre direito e moral leva a distinguir o lugar que as sanções devem ocupar num sistema de direito: atender a objetivos mínimos da vida em sociedade e oferecer uma resposta à tese positivista, a qual “o direito pode ter qualquer

---

<sup>54</sup> “A reflexão sobre esse aspecto das coisas revela uma verdade que merece nossa atenção: a passagem de uma forma simples de sociedade, na qual as normas primárias de obrigação são o único meio de controle social, ao mundo jurídico, com seu poder legislativo, tribunais, autoridades e sanções centralmente organizados, traz benefícios palpáveis mas tem um certo custo. As vantagens são a adaptabilidade às mudanças, a certeza e a eficiência, e são imensas; o custo é o risco de que o poder centralmente organizado seja usado para a opressão de um grande número de pessoas de cujo apoio pode prescindir, de uma maneira que o regime mais simples, baseado em normas primárias, não poderia fazer. Como esse risco já se materializou no passado e pode voltar a se concretizar, a alegação de que o direito *deve* conformar-se à moral de alguma outra maneira, além daquilo que já demonstramos ser o conteúdo mínimo do Direito Natural, merece exame muito cuidadoso”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 261.

<sup>55</sup> Aspectos ulteriores dessa forma mínima de justiça, que bem pode ser chamada de ‘natural’, se tornarão perceptíveis se estudarmos aquilo que de fato está em pauta em qualquer método de controle social – sejam regras de jogos ou o direito – que consista principalmente em padrões gerais de condutas comunicados a classes de pessoas, das quais se espera então que compreendam e obedeçam às normas sem nenhuma orientação oficial ulterior. Para que essa espécie de controle social funcione, as normas devem satisfazer a certas condições: devem ser inteligíveis; sua obediência deve estar ao alcance de todos; e, em geral, não podem ser retroativas, embora possam sê-lo excepcionalmente. Isso significa que aqueles que são finalmente punidos pela violação das normas terão tido, em sua maioria, a capacidade e a oportunidade de obedecer. Essas características do controle pela norma têm evidentemente uma relação íntima com as exigências de justiça que os juristas chamam de princípios da legalidade. Com efeito, um crítico do positivismo viu, nesses aspectos do controle através das normas algo que configuraria um vínculo necessário entre o direito e a moral, e sugeriu que eles fossem chamados de ‘a moral interna do direito’. Mais uma vez, se é isso o que significa a ligação necessária entre o direito e a moral, podemos aceitá-la. Infelizmente, esse vínculo é compatível com grandes iniquidades”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 267.

conteúdo”<sup>56</sup>, mesmo porque, como salienta Hart, um sistema jurídico (incluindo uso ou ameaça de uso da força) necessita de aceitação voluntária das normas e comportamentos simples de aceitação destas<sup>57</sup>.

Por fim, são importantes no sistema jurídico: estabilidade, decisão aceitável, e previsibilidade. A estabilidade depende em parte de sua correspondência com a moral, posto que os juízes em suas decisões frequentemente façam escolhas entre valores morais. Uma decisão é aceitável quando a sua imparcialidade é justificada pelos fatos. E valendo-se de normas, o direito cumpriria uma de suas funções típicas, a de oferecer certeza e previsibilidade, facilitar a prova e avaliação de pretensões, sem exceder por “legalismo”<sup>58</sup>.

Cabe lembrar a reconhecida dificuldade de definir direito e sistema jurídico a partir da norma, ao mesmo tempo em que também não se desconhece a importância da norma e ordenamento jurídico para a compreensão do direito. Tendo por referência a teoria da norma, o que se quer é estabelecer algumas premissas que, a partir do conceito de direito e da teoria da *norma jurídica* de Herbert Hart, proporcionem aproximações junto aos temas *motivação* no processo civil e exercício de poder via *Jurisdição*.

Uma tentativa de síntese dessas premissas: 1) normas de coerção existem, mas não é a base efetiva de um sistema jurídico, pois existem as que delegam poderes, por exemplo, os quais não são obrigatoriamente exercidos sob coação; 2) normas de reconhecimento (no sentido da norma fundamental kelseniana) são essenciais ao ordenamento jurídico e raramente são positivadas; 3) a passagem a um sistema jurídico complexo agrega normas que vão além da imposição de obrigações, tornando-o mais

---

<sup>56</sup> “Por outro lado, precisamos realmente distinguir o lugar que as sanções devem ocupar num sistema de direito interno para que este possa atender aos objetivos mínimos de seres como os homens. No contexto dos fatos e objetivos naturais, que tornam as sanções tanto possíveis quanto necessárias num sistema interno, podemos dizer que isso é uma *necessidade natural*; e precisamos também de alguma expressão desse tipo para expressar o *status* das formas mínimas de proteção à pessoa, à propriedade e aos compromissos que são características igualmente indispensáveis do direito interno. É assim que devemos responder à tese positivista de que ‘o direito pode ter qualquer conteúdo’. Pois essa é uma verdade importante: para descrever adequadamente não só o direito mas muitas outras instituições sociais, deve-se reservar um lugar, além das definições e das afirmações factuais comuns, para uma terceira categoria de afirmações – aquelas cuja veracidade depende de que os seres humanos e o mundo em que estes vivem retenham suas características mais evidentes”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 258.

<sup>57</sup> HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 260.

<sup>58</sup> HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 264-296.

eficiente e adaptado a mudanças; 4) o vínculo entre direito e moral deve ser restrito a um entendimento comum e básico sobre a justiça quando da aplicação de normas (princípio da legalidade); 5) o direito tem sua imparcialidade justificada pelos fatos; 6) normas fornecem ao direito – previsibilidade, mas sua consideração em excesso leva ao “legalismo”.

### 3. O processo civil a partir do garantismo e da tutela de direitos:

#### 3.1. Garantismo e procedimento na tutela dos direitos fundamentais.

O termo garantismo abarca necessariamente o direito material e o direito processual. Esse é um pressuposto básico e que leva a considerar criticamente temas abordados no capítulo anterior como jurisdição e norma jurídica. Problematizar assuntos como igualdade processual e tutela de direitos conduz a reconhecer um necessário papel ativo da jurisdição, e também corroborar com um pressuposto ético inerente à prática jurídica e ao Estado de Direito.

Se, como já considerado anteriormente, as garantias constitucionais incidem nas leis; a imparcialidade do exercício jurisdicional é ilusória; as insuficiências do modelo de solução de controvérsias podem ser vistos tanto por sua opção ideológica - de que cabe ao “Estado vigia noturno” restaurar uma suposta harmonia turbada, quanto por suas dificuldades enquanto modelo de administração da justiça. Se tudo isso é correto, então cabe pensar a tutela jurídica e a efetividade de direitos fundamentais de maneira diferente.

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli propõe um *garantismo* com inúmeras similaridades com o modelo de *reforma estrutural* proposto por Owen Fiss, ambos são críticos a uma concepção puramente liberal da Jurisdição e do Estado, a despeito de estarem em tradições jurídicas diferentes. Em seu livro *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, Ferrajoli, além de considerar o garantismo de modo específico aplicado ao direito penal, propõe na quinta e última parte do livro uma teoria geral do garantismo, possibilitando um diálogo profícuo com um garantismo aplicado ao processo civil.

O garantismo de Ferrajoli tem por objetivo um modelo racional de justificação e constitucional de legalidade, uma revisão de um modelo garantista de legalidade herdado do projeto iluminista, diante do qual o moderno Estado de Direito passa a conviver com a incoerência estrutural entre princípios normativos superiores e práticas efetivas inferiores, sobretudo quando direitos fundamentais passam a ser objeto de tutela (“direito a”), acrescidos aos direitos de liberdade (“direitos de” ou “da”) e suas garantias negativas<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1ª ed. italiana de Norberto Bobbio. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 17-21.

Ao lado disso, está o processo civil quando garantidor de tutela de direitos<sup>60</sup>, e sua consideração para além de uma concepção tradicional<sup>61</sup>. Ressalta-se aqui, uma consideração do capítulo anterior, que salienta que a norma jurídica não se resume a simples hábitos de coerção e hábitos de obediência e o direito não pode ser reduzido ao domínio da moral. Ferrajoli deixa claro, que seu modelo crítico da situação existente não parte da moral e assim nega legitimidade a modelos autoritários, que em geral são baseados em concepções estritamente morais do direito<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> “O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e *possibilidade* de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela de direitos... Entretanto, a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela de direitos... As sentenças (condenatória, mandamental etc.) são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos. Mas, quando se pensa em termos de ‘tutela de direitos’, é preciso verificar se o processo está conferindo a sua devida e adequada tutela, e para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade, as sentenças refletem apenas o ‘*modo*’ (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos. Ademais, para a prestação de uma determinada espécie de tutela jurisdicional do direito, importam também os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para tanto, isso para não se falar no procedimento e na cognição... A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. *Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado*”. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 119-121.

<sup>61</sup> “Pode-se fixar como premissa fundamental a ideia de que a tutela dos interesses individuais homogêneos, no ordenamento brasileiro, tinha duas finalidades essenciais: a) racionalizar o trabalho judiciário, tornando desnecessário que cada indivíduo lesado tivesse que buscar a tutela jurisdicional do Estado para si, em demanda própria; b) tratar de forma isonômica os interesses individuais de massa, diminuindo, na medida do possível, os riscos de decisões conflitantes a respeito do mesmo tema... Em alguns países – especialmente aqueles ligados à *common law* – os instrumentos de tutela coletiva de interesses individuais são muito conhecidos e bastante empregados. Certamente, a sua experiência contribui muito para examinar os acertos e erros cometidos, de modo que se possa criar, no Brasil, um sistema adequado à realidade nacional. Porém, há também em países vinculados à tradição do *civil law* mecanismos de proteção coletiva de interesses individuais, com resultados interessantes, e que também podem ser pensados para as necessidades brasileiras... O requisito da identidade de questões (*commonality*) talvez seja o ponto que aqui mais interessa, pois é aquele que apresenta maiores similaridades com a figura da ‘origem comum’ exigida pelo direito brasileiro para a caracterização dos chamados direitos individuais homogêneos... O fundamento, portanto, para a caracterização desse elemento está na racionalização do serviço judiciário, buscando a economia processual, de forma a decidir a(s) questão(ões) comum(ns) de uma só vez para todos os afetados”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 87-93.

<sup>62</sup> “O principal pressuposto metodológico que uma teoria geral do garantismo permite reside na separação entre direito e moral, e mais em geral entre ser e dever ser, nos múltiplos sentidos elucidados no parágrafo 15. Esta separação, elaborada nas origens do Estado de direito do pensamento iluminista, deve ser por esta tomada como tema em todo o seu alcance – epistemológico, teórico e político – como objeto privilegiado de investigação nos diversos níveis da análise jurídica: a metajurídica, da relação entre direito e valores ético-políticos externos; a jurídica, da relação entre princípios constitucionais e leis ordinárias e entre leis e as suas aplicações; e a sociológica, da relação entre direito no seu conjunto e práticas efetivas... Uma teoria do

Conforme o exposto, a perspectiva garantista é de dúvida quanto à coerência entre normatividade e efetividade. Há uma necessária justificativa da norma jurídica e do próprio Estado como um meio (perspectiva democrática), e não um fim em si mesmo (culturas políticas autoritárias)<sup>63</sup>. As normas válidas passam a ser aquelas, que assumem uma validade substancial (validade constitucional), a partir de valores como igualdade, liberdade e garantias de direitos ao cidadão.

Nesse sentido, Ferrajoli coloca dois dogmas a serem superados: 1) obrigação jurídica do juiz de aplicar as leis vigentes (posição crítica: no Estado constitucional não há obrigação de aplicar leis suspeitas de invalidez, sendo aos juízes, permitido interpretar as leis e suspender sua aplicação com base na Constituição); 2) o direito positivo possuiria um caráter avalorativo, imune a “juízos subjetivos de valor” (Kelsen), e, portanto, impossibilitando a crítica a partir do interior das leis vigentes (posição crítica: os parâmetros de validade das normas são valorações e formas de controle sobre as mesmas considerando normas superiores)<sup>64</sup>.

Assim, a inefetividade da norma jurídica para tutelar os direitos ao cidadão, é considerada uma crise de legitimidade do próprio Estado de direito, o que significa salientar que a posição assumida por Ferrajoli é o de reconhecer o papel do juiz e do jurista a partir de um “juspositivista crítico”. Seria um duplo ganho a promoção dos direitos fundamentais: a legitimação do Estado de direito pela efetividade de suas normas superiores, e a tutela de direitos e promoção do princípio da igualdade<sup>65</sup>.

---

garantismo, além de fundar a crítica do direito positivo referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também uma *crítica das ideologias*: das ideologias *políticas*, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça com o direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias *jurídicas*, sejam estas normativas ou realistas, que paralelamente confundem, sob o plano jurídico ou interno, a validade com o vigor, ou, ao contrário, a efetividade com a validade”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, p. 788-789.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, p. 787- 788.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, p. 805-806.

<sup>65</sup> “É claro, diante do que ficou dito até agora, que quanto mais um ordenamento expande os direitos e garantias com a incorporação de deveres públicos, tanto maior pode ser a diversificação entre normatividade e efetividade, entre validade e vigor, entre dever ser e ser do direito. É de fato na natureza deontica dos deveres, não importa se impostos aos poderes públicos, que há a possibilidade de serem violados. E é na natureza deontica dos valores que há a impossibilidade absoluta de serem inteiramente realizados. A enunciação dos direitos fundamentais, como de resto o princípio da igualdade e, por outro lado, da

No entanto, a valoração atribuída por Ferrajoli ao direito (a exemplo do princípio da igualdade jurídica e da tutela dos direitos fundamentais) parte da crítica ao que denomina doutrinas jurídicas autopoiéticas, hegemônicas na realidade europeia, as quais consideram o Estado como um fim, traço comum em modelos autoritários. Há crítica expressa à doutrina da “vontade geral” defendida por Rousseau, passível de apenas legitimação formal de quem decide, com riscos de ascenderem valores absolutos contrários a direitos e interesses substanciais dos cidadãos. Como “direito” não é uma realidade objetiva preexistente, a sua fundação é heteropoiética em uma dupla perspectiva: 1) não lhe é atribuído um valor intrínseco (absoluto), e 2) o Estado é visto como um meio à satisfação dos direitos fundamentais<sup>66</sup>.

Portanto, mesmo considerado o direito separado da moral e tendo sua legitimação externa e não prévia, “autorreferente”, o viés instrumental atribuído por Ferrajoli ao Estado significa exercício de poder na promoção de direitos fundamentais. Aqui, parte da doutrina limita-se a considerar o processo civil e o garantismo sob uma perspectiva “instrumental”: o poder a ser exercido pelo juiz seria o de garantia da liberdade das partes na determinação dos limites objetivos e subjetivos da decisão. Consequentemente, o Estado-

---

representação, equivale à estipulação de valores. E contém, por isso, um elemento de utopia, sendo a utopia um aspecto integrante da noção de valor: no sentido de que é próprio dos valores o fato de não serem nunca realizáveis perfeitamente ou de vez por todas... Uma teoria garantista do direito – não somente penal – parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade... É esta tendente e irredutível ilegitimidade dos poderes o tema privilegiado da pesquisa de uma teoria de direito de impositivação garantista: que, por conseguinte, se configura principalmente como *crítica do direito* positivo vigente, não meramente externa, ou política, ou de *iure condendo*, mas interna, ou jurídica, ou de *iure condito*, porque voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade. Tal orientação, que bem podemos chamar ‘juspositivismo crítico’...”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, p. 799-804.

<sup>66</sup> “Para as doutrinas autopoiéticas, o Estado é um *fim*, e encarna valores ético-políticos de característica supraindividual cuja conservação e esforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados. Para as doutrinas heteropoiéticas, ao invés, o Estado é um *meio*, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola... O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoiética do direito, separado da moral nos vários significados da tese que vai explicado no parágrafo 15. Precisamente, ele consiste, de uma lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado a sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, p. 812-815.

Jurisdição seria um meio restrito à autonomia da vontade exercida pelas partes no processo, limitando o exercício da jurisdição ao princípio da demanda<sup>67</sup>.

Nessa perspectiva, o acesso a uma “ordem jurídica justa” e a superação do “formalismo” para dar garantias ao direito material são posições de defesa de um modelo de garantismo adequado à solução de controvérsias e a limitação da jurisdição aos interesses das partes. Embora essa doutrina afirme não submeter o processo ao exclusivo interesse das partes, até mesmo pela evidente incidência dos valores constitucionais como as garantias processuais, os poderes atribuídos pelo direito ao juiz não afetariam “a segurança como valor essencial ao processo”<sup>68</sup>, mesmo porque um “modelo de estado social” seria incompatível com uma “filosofia liberal individualista”.

Mas, ao que parece, a proposta é que cabe uma posição mais ou menos neutra da jurisdição. Os poderes do juiz são exercidos substancialmente de acordo com as posições jurídicas trazidas pelas partes<sup>69</sup>, um processo cuja instrumentalidade é entendida no

---

<sup>67</sup> “O tecnicismo representa importante evolução da ciência processual, que, abandonado o procedimentalismo, passou a considerar a importância da técnica para a adequada solução da controvérsia. Indiscutível a relevância da adoção da técnica do litígio, tendo em vista sua função instrumental. Mas a dimensão técnica do processo não pode servir para o retorno ao formalismo exacerbado, tão comum na fase já superada do procedimentalismo. A simplificação do processo, a criação de instrumentos adequados às especificidades do direito material e o aprimoramento das técnicas clássicas visam a ampliar o acesso à ordem jurídica justa, pois, além de tornar mais célere o meio estatal de solução das lides, aumentam o grau de efetividade da tutela jurisdicional. Essas técnicas destinadas a conferir maior efetividade ao instrumento acabam por implicar a concessão de maiores poderes ao julgador na condução do processo, mas de modo nenhum comprometem a liberdade das partes quanto à determinação dos limites objetivos e subjetivos da decisão, que não pode alcançar senão aquilo que fora determinado pelos sujeitos parciais ao fixar os limites da demanda. Nesse sentido, não há risco para o que se convencionou chamar de princípio dispositivo, cuja não incidência continuará tendo caráter absolutamente excepcional.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (Orgs.). Garantismo processual: garantia constitucional aplicada ao processo. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 14-15.

<sup>68</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo... *Op. cit.*, p 36.

<sup>69</sup> “A preocupação com a segurança como valor essencial ao processo, expressamente manifestada pelos adeptos da visão instrumentalista, não implica qualquer desconfiança em relação ao juiz nem redução dos poderes de direção formal e material a ele conferidos, incluindo os de natureza instrutória. As expressões direção formal e direção material designam, respectivamente, o controle pelo juiz de aspectos procedimentais e dos elementos necessários à formação do juízo de valor a respeito da controvérsia. Não há incompatibilidade entre processo seguro, regulado por regras destinadas a preservar as garantias das partes, e a concessão de poderes ao juiz, solução técnico-política não informada por opções ideológicas. O processo seguro (ou garantista), conduzido por juiz com poderes destinados ao controle do formalismo e da formação do conjunto probatório, constitui o instrumento ideal, pois possibilita atingir os fins pretendidos pelo Estado ao chamar para si a solução das controvérsias. A concessão de maiores poderes ao juiz, especialmente no tocante à produção de prova, não está relacionada a ideologia ou regimes políticos, como sustentado por alguns... Ao atuar concretamente a norma de direito substancial a fatos cuja verificação

sentido de superação de um tecnicismo. Nada mais que isso. Não se consideram valores públicos ou tutela de direitos fundamentais como fins a que se destina a jurisdição.

A função desse instrumentalismo seria a defesa de um *status quo* preexistente, livre de valorações e exercício de poderes que contrariem o interesse e garantias processuais das partes, tais como contraditório e ampla defesa<sup>70</sup>. Mesmo porque agregado a esse entendimento da jurisdição também está o de considerá-la um não poder, pois está inserida e submetida ao poder estatal, no qual se daria natureza pública ao processo e ao direito processual<sup>71</sup>.

---

restou demonstrada nos autos do processo, ele está preocupado não só com a verdade material e objetiva, mas, principalmente, com a proteção da situação jurídica de quem faz jus à tutela jurisdicional”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo... *Op. cit.*, p 36-37.

<sup>70</sup> “Além do mais, considerar a jurisdição como polo metodológico a partir do qual devem ser estudados os demais institutos fundamentais do processo não implica concentrar na pessoa do juiz todas as atenções e muito menos desconsiderar os poderes e direitos conferidos aos demais sujeitos do processo. Basta lembrar que Dinamarco propõe seja a defesa considerada também um dos institutos fundamentais, ao lado da Jurisdição, da ação e do processo. Isso porque tanto ação como defesa constituem as garantias constitucionais asseguradas, respectivamente, ao autor e ao réu, a partir das quais irradiam-se vários aspectos relacionados à técnica processual, todos destinados a assegurar aos sujeitos parciais poderes e direitos inerentes a essas garantias. Tudo pode ser resumido em duas expressões: contraditório e ampla defesa. Esses princípios constitucionais do processo visam, em última análise, a garantia aos sujeitos parciais efetiva participação nos destinos do processo e na formação da convicção do julgador, que recebe do Direito o poder jurisdicional, representado pela capacidade de impor coercitivamente a solução da crise de direito material, em conformidade com as normas reguladoras da relação jurídica controvertida. Isso não significa, porém, estejam as partes em situação de mera sujeição ao poder estatal. A garantia de participação efetiva, com a consequente aptidão para influir no resultado, representa exatamente o direito conferido aos sujeitos parciais”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo... *Op. cit.*, p 21.

<sup>71</sup> “À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Na realidade, ela não é *um poder*, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual – assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas, e a administração para governar. Como *função* a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios (supra, nn. 58 ss.). A *atividade* jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento. Também a *jurisdição arbitral* apresenta-se como um poder, uma função e uma atividade, sendo que o poder do árbitro exaure-se no exercício da jurisdição em processos de conhecimento, jamais se projetando sobre a execução. A recondução da jurisdição estatal ao conceito político de *poder estatal*, *entendido este como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*, é fator importantíssimo para o entendimento da natureza pública do processo e do direito processual, bem como para sua colocação entre as demais funções estatais e distinção em face de cada uma delas (legislação e administração)... Não se distribui nem reparte o *poder jurisdicional* porque ele não é em si mesmo *um poder*, mas mera expressão do poder estatal, que em si também é uno e não se divide...”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil: volume I. 8ª ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 440-441.

Essas posições doutrinárias esboçadas podem ser consideradas como restritas a legalidade e entendidas nessa perspectiva, por evidente, também a leitura das garantias constitucionais do processo civil<sup>72</sup>. A “instrumentalidade” como via de superação ao formalismo não tem relação alguma com tutela de direitos decorrentes do exercício do poder jurisdicional (passivo) quando este de alguma forma não atenda estritamente os interesses postulado(s) pela(s) parte(s).

Decorreria daí a inércia do juiz em apreciar o processo mediante garantias de direitos fundamentais, além dos processuais, quando possam contrariar interesses das partes ou diante da busca de efetividade de princípios como o de igualdade jurídica, atuando para o equilíbrio de forças (“paridade de armas”). Por outro lado, esse entendimento contraria, por exemplo, a própria criação de órgãos judiciais com destinação específica (Juizados Especiais) ou mesmo ações intencionais do juiz, na prática leva a criação de desigualdade jurídica no exercício da jurisdição, mediante justificação, visando à igualdade fática<sup>73</sup>. A

---

<sup>72</sup> “Essas duas ordens de observações conduzem à conclusão central de que o modelo constitucional do processo civil brasileiro é acentuadamente *garantístico*, no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinada à preservação das liberdades e dos valores da cidadania. A *harmonia com a Constituição*, anunciada na justificativa do anteprojeto do Código de Processo Civil e depois na Exposição de Motivos, inclui a valorização dessas garantias e as exalta com extrema ênfase. Menos genericamente, as matrizes constitucionais do processo civil brasileiro apontam-no como um sistema em que (a) prepondera a *legalidade*, estando o juiz adstrito ao que dispõe a lei e garante a Constituição e portanto não lhe sendo lícito privar as partes dos meios processuais institucionalizados no direito positivo; b) prevalece a *liberdade no processo*, agindo cada um dos litigantes segundo seus próprios desígnios e, naturalmente, colhendo os efeitos favoráveis ou desfavoráveis de suas escolhas; c) assegura-se a todos a *igualdade* em oportunidades processuais (*paridade de armas*); e também (d) a aderência aos fins sociais e às exigências do bem comum, assim como (e) a observância da *proporcionalidade*, da razoabilidade, da legalidade e da *publicidade* na condução do processo e no seu resultado final (Const., art. 93, inc. IX – CPC, art. 8º)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições... *Op. cit.*, p. 296.

<sup>73</sup> “Essa decisão sobre assistência judiciária gratuita – à qual várias se seguiram, e cuja estrutura é muito semelhante à das decisões sobre igualdade de chances entre os partidos políticos – revela um problema fundamental de toda interpretação do enunciado geral da igualdade no sentido de um dever de criar uma igualdade fática. O Tribunal Constitucional Federal expressa esse problema com as seguintes palavras: ‘Promover determinados grupos já significa tratar os outros de forma desigual’. Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica. De outro lado, é também verdade que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas. Se se atribuem ao art. 3º, § 1º, tanto um *princípio da igualdade jurídica* quanto um *princípio da igualdade fática*, produz-se já no âmbito do enunciado da igualdade uma colisão fundamental: aquilo que segundo um princípio é um tratamento igual é segundo o outro um tratamento desigual, e vice-versa. Se se reúnem ambos os princípios em um supraprincípio da igualdade, então, é possível afirmar que esse princípio amplo da igualdade contém um ‘paradoxo da igualdade’. Aquele que parte de um tal princípio amplo da igualdade tem que lidar não apenas com o frequentemente citado problema da relação entre liberdade e igualdade, como tem também que

função da jurisdição, de acordo com a defesa da instrumentalidade processual anteriormente relatada, seria no sentido de efetividade e garantias *das partes* do processo, posto que seja submetida à jurisdição e ao “princípio da demanda”.

No entanto, a especial posição do Poder Jurisdicional enquanto Poder Público exercido constitucionalmente, e conseqüentemente do exercício do processo civil, no sentido de compreensão do ordenamento jurídico, a partir da tutela de direitos e garantias de direitos fundamentais (processuais e materiais), leva a situar o Direito, sujeito a interpretações e justificações, não adstrito aos interesses imediatos levados pelas partes ao processo, justamente pelo fato de o juiz prestar tutela jurisdicional<sup>74</sup>. Ou seja, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva leva a opções do juiz que, bem consideradas, não apenas conduzem o processo, como também podem restringir direitos de parte(s) do processo, no sentido de equilibrar situações juridicamente desiguais.

As partes no processo devem ter participação efetiva garantida como forma de legitimar a atividade jurisdicional, mas não tem o monopólio dos significados do Direito<sup>75</sup>.

---

solucionar uma boa parte dos problemas da igualdade já no âmbito do enunciado da igualdade”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 417-418.

<sup>74</sup> “Quando o juiz presta a tutela jurisdicional, seja exercendo a escolha da modalidade executiva adequada, seja suprimindo eventual omissão de técnica processual, deve aplicar as regras da adequação e da necessidade. Isso porque o exercício do poder jurisdicional, ainda que resulte de um direito fundamental, pode afetar não somente o titular desse direito, mas também direito de particular que a ele se contraponha, vale dizer, direito do réu. Há visível relação entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa, no sentido de que a progressão do primeiro pode implicar na restrição do segundo. Lembre-se, considerando-se esses direitos, i) que o procedimento de cognição parcial implica na restrição ao direito à alegação; ii) que a tutela antecipatória – dita com base em verossimilhança – implica na restrição do direito à produção de prova; iii) que os provimentos executivos e mandamentais podem se ligar a meios executivos diversos; iv) que o juiz pode conceder provimento e meio de execução diverso do pedido; v) que o juiz pode, de ofício, ainda que depois do trânsito em julgado da sentença, conceder meio executivo diferente do fixado na sentença; e, enfim, vi) que a omissão do legislador, em instituir técnica necessária para a efetivação da tutela de um direito, deve ser suprida diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 194.

<sup>75</sup> “Ainda que alguns sustentem, simplesmente, que o juiz deve escolher a estória de uma das partes, isto é, aquela que lhe parece mais coerente independentemente das provas, não é possível ignorar que dessa maneira se admitiria que é possível escolher uma narração coerente, mas não verdadeira. Porém, a coerência narrativa tem relação com as diversas estórias que podem ser propostas em relação a um caso a partir das *provas estabelecidas*, e, portanto, jamais se deve pensar que o critério da coerência é *capaz de excluir a dimensão analítica*... É certo que a dimensão analítica prevalece sobre o critério narrativo, pois ninguém pode duvidar que o juiz deve preferir a versão ancorada nas provas. Acontece que uma versão, apesar de fundada em provas, obviamente não tem de corresponder à ‘essência’ da verdade (até porque essa não pode ser penetrada), e por essa razão não há motivo para excluir a tese de que há uma verdade construída no processo. Essa ‘verdade’ não precisa ser uma das propostas das partes, uma vez que o juiz pode construir a sua, sem ter a necessidade de optar por uma das narrativas dos conflitantes, pois nada

Ou seja, ao prestar a tutela jurisdicional, por meio de regras de adequação e necessidade, o juiz interfere na balança entre jurisdição e direito de defesa, quando ocorre concessão de tutela antecipada com base em verossimilhança e a consequente restrição de prova nesse momento do processo.

Essas questões remetem ao tema abordado da jurisdição e ao papel que cabe ao juiz no processo. Os críticos da atribuição de maior poder ao juiz no processo, frequentemente fazem referência à perda de imparcialidade inerente ao cargo e/ou da falta de legitimidade democrática da criação do direito no exercício da jurisdição. Em parte, os pressupostos dessa crítica foram discutidos no capítulo anterior quando da crítica do formalismo processual e de uma suposta única e certa resposta encontrada na aplicação do direito positivo. Aqui se destaca outro aspecto: o juiz é quem está envolto ao caso concreto e ao garantir um efetivo contraditório, assegura uma das garantias fundamentais de legitimidade democrática da função judiciária, e é a ação real de seus participantes que podem influenciar a interpretação judiciária inerente a decisão judicial<sup>76</sup>.

Retomando o garantismo de Ferrajoli, o autor o propõe como inserido em um projeto de democracia social e de elaboração de técnicas garantistas idôneas, vinculando efetividade com direitos do cidadão e deveres do Estado. Como já citado, a enunciação de direitos fundamentais ou o princípio da igualdade, a bem da verdade, nunca são realizados

---

impede – e até mesmo é comum – que o juiz aceite apenas parte da narrativa do autor e parte da narrativa do réu. Isso quer dizer que a ‘verdade do processo’ não precisa estar em uma das narrativas, mas evidentemente jamais vai alcançar um status que seja diferente da ‘verdade processual’, que não pode se desligar da participação dialética das partes”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 336-337.

<sup>76</sup> “Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária. Como tive ocasião de escrever em outro lugar, polemizando com a tese de John Hart Ely: existe um erro fundamental em pretender aplicar às duas formas principais da atividade do estado, a administrativa e a judiciária, os mesmos critérios que legitimam a atividade legislativa... E visto que, especialmente nos países de ‘Civil Law’, o direito se identifica frequentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática, torna-se também, indiretamente, fundamento da legítima atividade jurisdicional, enquanto, exatamente, ‘baseada na lei’. Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a ‘lei’ é um mito, que deve ser ‘interpretada’ e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 101-102.

plenamente. Justamente por isso, exigiria imaginação jurídica da ciência do direito quanto a direitos de liberdade, elaboração de mecanismos positivos de satisfação e enunciação de direitos fundamentais como forma de combate, ao que Ferrajoli identifica como crescente ilegitimidade jurídica do Estado de direito<sup>77</sup>.

O reconhecimento de que não há coerência e completude do ordenamento jurídico (contrário ao juspositivismo dogmático) e de que cabe a tarefa crítica da invalidação das antinomias e integração das lacunas, é o que para Ferrajoli caracteriza a possibilidade de autorreforma do ordenamento e superioridade política do Estado de direito<sup>78</sup>. Haveria que o ordenamento jurídico considerar o ponto de vista do cidadão, “ponto de vista externo” ou “de baixo”, e diante de sua pluralidade, fazer valer o moderno princípio da igualdade jurídica: a) valor primário da pessoa, e b) conexo ao princípio da tolerância. Estas são as condições colocadas por Ferrajoli para que diante das desigualdades jurídicas, fazer valer, a partir de um juízo normativo (juízo de valor), o princípio da igualdade como igualdade nos direitos fundamentais - incluída aí a igualdade substancial ou social<sup>79</sup>.

Assim sendo, além da separação entre direito e moral, pluralidade e tolerância, direitos de liberdade e direitos sociais, a tutela dos cidadãos requer prestações positivas, vinculando o Estado por obrigações (além das historicamente antecedentes vedações do

---

<sup>77</sup> “O princípio da democracia política, relativo a *quem decide*, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos *ao que não é lícito decidir* e *ao que não é lícito não decidir*. Se isto é verdade, a expansão da democracia, após a conquista política do sufrágio universal, poderá ocorrer não só com a multiplicação das sedes não políticas nas quais democratizando formalmente o ‘quem’ e o ‘como’ das decisões mas, mais ainda, com a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes – democráticos e burocráticos, públicos e privados – para a tutela substancial de sempre novos direitos vitais, junto com a elaboração de novas técnicas garantistas idôneas a assegurar-lhes uma maior efetividade... Com uma fórmula sumária podemos representar um semelhante ordenamento como *Estado liberal mínimo* e ao mesmo tempo como *Estado social máximo*... porque as garantias dos ‘direitos a’, ou ‘materiais’ ou ‘sociais’, a diferença daqueles ‘direitos de liberdade’ requerem a elaboração, mais do que de técnicas negativas de invalidação, de mecanismos positivos de fornecimento e de controle das prestações aptas a satisfazê-las”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*... *Op. cit.*, p. 798-799.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*... *Op. cit.*, p. 810.

<sup>79</sup> “‘Ponto de vista externo’ ou ‘da baixo’ quer dizer sobretudo, ponto de vista das pessoas. O seu primado axiológico, conseqüentemente, equivale ao primado da *pessoa como valor*, ou seja, do valor das pessoas, e portanto, de todas as suas específicas e *diversas identidades*, assim como da variedade e *pluralidade dos pontos de vista externos por elas expressos*. É sobre tais valores que se baseia a moderna *tolerância*... Chamarei de igualdade formal ou política a primeira forma de igualdade, e igualdade substancial ou social a segunda. Em ambos os sentidos o princípio da igualdade não é uma tese descritiva, mas um princípio normativo; não um juízo de fato, mas um juízo de valor, ou mais simplesmente um valor, que vem postulado justamente porque se reconhece que os homens são diversos”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*... *Op. cit.*, p. 834-835.

Estado liberal), característica do Estado de direito social. Consoante a isso, Ferrajoli coloca o ordenamento constitucional diante de normas de direito público negativas e positivas, comparando-as com a teoria do ordenamento de Hart e seus conceitos de normas primárias que impõem obrigações e normas secundárias que conferem poderes. Os comandos dirigidos ao Estado social seriam as normas secundárias positivas, cuja técnica garantista consiste em igualar a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos a uma declaração constitucional dos deveres do Estado<sup>80</sup>.

Porém, em seu modelo de Estado, Ferrajoli faz expressa crítica a modelos que consideram o Estado como um fim em si mesmo, os quais se aproximam de culturas e modelos autoritários (doutrinas autopoieticas) e defende o Estado como meio de garantir os direitos fundamentais do cidadão (doutrinas heteropoieticas)<sup>81</sup>. As garantias

---

<sup>80</sup> “Esta dicotomia entre garantias liberais negativas e garantias sociais positivas, e correlativamente entre os dois tipos de normas de direito público – negativa e positiva -, pelas quais são estabelecidas, me parece exprimir a diferença entre Estado liberal e Estado socialista na maneira mais apropriada, porquanto não se façam outras distinções a tal fim elaboradas: como aquela de Friedrich Hayek entre norma de conduta e norma de organização, ou aquela de Herbert Hart entre normas primárias que impõem obrigações e normas secundárias que conferem poderes. Tal diferença reside, precisamente, não já na diversa estrutura das normas em geral, mas somente naquela das normas de direito público que disciplinam a atividade do Estado, e que chamarei ‘secundárias’, e as respectivas a todas as demais, que chamarei ‘primárias’. Podemos, por tais motivos, caracterizar o *Estado liberal* como um Estado limitado por *normas secundárias negativas*, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o *Estado social*, ou *socialista*, como Estado vinculado por *normas secundárias positivas*, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos. A técnica garantista é sempre aquela da *incorporação limitativa* de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos, repitamos, equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. Muda, porém, profundamente, a estrutura normativa do poder estatal, não (mais somente) limitado negativamente por vedações legais de impedir os ‘direitos de’, mas (também) funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer ‘direitos a’. E muda ainda a base de legitimação do Estado: enquanto Estado de direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda *melhorá-las*; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem. Esta diferença está ligada à diferente natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão... *Op. cit.*, p. 795.

<sup>81</sup> “Se num primeiro de nossos três significados a palavra ‘garantismo’ designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais, e no segundo designa uma teoria jurídica que permite a crítica e a perda da legitimação desde o interior das normas vigentes inválidas, no terceiro significado designa uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento... Para as doutrinas heteropoieticas, ao invés, o Estado é um *meio*, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão... *Op. cit.*, p. 811- 812.

constitucionais, portanto, vão além da proteção das liberdades negativas e geram deveres de prestação ao Estado.

A defesa do Estado como meio aproxima Ferrajoli de concepções como a de Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais, a qual parte de uma defesa estrita dos direitos fundamentais como direitos individuais de liberdade. Essa posição (direitos fundamentais restritos às liberdades individuais) levaria a algo não apropriado: uma prévia limitação da extensão de direitos fundamentais, vinculada a uma determinada concepção de Estado. Um dos equívocos está em não considerar o conceito de direitos fundamentais e suas restrições. Portanto, o que restringe os direitos fundamentais não é e nem deve ser uma concepção prévia de Estado, e sim normas, e normas compatíveis com a Constituição<sup>82</sup>.

O que Alexy traz em sua estrutura das normas de direito fundamental, além de critérios de valoração e a diferenciação entre princípios e valores, é que a norma pode ser subdividida, pois regras de valoração englobam vários pressupostos (variações do “bom”) e aos princípios correspondem os critérios de valoração. A subdivisão da norma assim ficaria: 1) norma deontológica (regra e princípio), e 2) norma axiológica (regra de valoração e critério de valoração/valor).

Segundo Alexy, como o que importa no direito é o *deve ser*, um critério da valoração apresenta o inconveniente de uma metrificacão<sup>83</sup>. Um modelo de princípios daria maior

---

<sup>82</sup> “Essa resposta tem, contudo, um caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição a direito fundamental. Mas ela oferece um pequeno avanço, ao afirmar que as restrições a direitos fundamentais são *normas*. Então, é possível indagar o que faz com que normas sejam restrições a direitos fundamentais. É recomendável iniciar a resposta com uma observação geral. Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 281.

<sup>83</sup> “Das três formas de juízos de valor, são os juízos comparativos que têm a maior importância para o direito constitucional. A relação entre eles e os critérios de valoração conduz à definição da relação entre princípio e valor. Com base no critério de valoração ‘liberdade de imprensa’, uma situação Z1, na qual a liberdade de imprensa é realizada em maior grau que em Z2, deve ser valorada como melhor que Z2. A medida mais elevada não precisa ser exprimível em *números*. É possível que Z1 possa realizar a liberdade de imprensa em maior medida que Z2 porque Z1 é caracterizada por circunstâncias que não estão presentes em Z2. Assim é que a situação Z1, na qual o segredo de redação é protegido de forma ilimitada, deve ser valorada, a partir do critério de valoração ‘liberdade de imprensa’, como melhor que uma situação semelhante Z2, na qual essa proteção não ocorre. A partir do critério de valoração ‘segurança nacional’ pode ser que o contrário ocorra. Como não se pode renunciar a nenhum dos dois critérios de valoração, e como não é possível um cálculo baseado em uma metrificacão, resta apenas o sopesamento. Isso significa, contudo,

precisão ao ter como parâmetro a Constituição, o que leva a maior previsibilidade, pois o conceito de princípio suscita menos interpretações equivocadas comparativas ao conceito de valor.

Portanto, a tutela de direitos com vistas a um sistema de direitos fundamentais implica em uma visão ampliada, ao que Alexy chama de direito geral de liberdade, o que demandaria em direitos fundamentais a prestações fáticas positivas e garantias de igualdades específicas. Da mesma forma, considerar o direito geral de liberdade como “um indivíduo isolado e soberano” (a exemplo da máxima autonomia das partes no processo) tem por base uma concepção equivocada de indivíduo<sup>84</sup> - não há suporte fático ilimitado a esse direito, e não pode ser visto apenas como uma forma específica de direito negativo. A questão passa a ser a definição de critérios e sopesamento entre interesses coletivos e liberdade negativa, os quais quando sofrerem intervenções em sua esfera, necessariamente deverá ser fundamentado.

Por outro lado, em termos de ordenamento jurídico, havendo vedação legal de constrangimento característico da liberdade negativa, ao mesmo tempo aumenta a liberdade negativa de todos, como elimina também (para todos) a liberdade jurídica de constranger. Para Alexy, existe um estado global da liberdade com inúmeras liberdades. A fundamentação dos sacrifícios de liberdade pressupõe reconhecer que manter um estado global de liberdade implica também em sacrifício de liberdades, o que equivale a reconhecer que um estado global de liberdade não significa ausência de deveres e proibições. Antes, necessita de um sistema de liberdade em sentido plural, incluindo liberdades democráticas inclusivas de direitos<sup>85</sup>.

---

que uma situação que, segundo o critério de valoração ‘liberdade de imprensa’, é melhor que outra, ou é a melhor de todas, é melhor apenas *prima facie*. A decisão acerca da situação definitivamente melhor é obtida somente após uma valoração global, na qual todos os critérios válidos de valoração sejam levados em consideração”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 152-153.

<sup>84</sup> “A terceira objeção é de natureza substancial. Segundo ela, o direito geral de liberdade é a expressão de uma concepção equivocada de indivíduo e de sua relação com o Estado e com a comunidade. Como um direito à liberdade geral de ação e contra intervenções, o direito geral de liberdade corresponderia a uma visão do ser humano que a Constituição alemã já haveria superado, uma visão de ‘um indivíduo isolado e soberano’, e não a de uma pessoa relacionada a uma comunidade e a ela vinculada, que seria a visão da Constituição alemã. A liberdade seria ‘erroneamente compreendida como a ausência de qualquer vínculo’”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 376-377.

<sup>85</sup> “É trivial assinalar que um estado global de liberdade, que nada mais é que o estado correto ou justo da sociedade, não se resume à simples maximização da liberdade negativa, no sentido de uma ausência de

Retoma-se aqui o tema tutela de direitos, pelo qual é possível entender o processo civil, correspondente ao que Alexy menciona como um estado global de liberdade, não limitada à maximização da liberdade negativa e sim vinculada às condições de existência presentes na sociedade. Tanto garantias processuais quanto deveres prestacionais gerados por direitos fundamentais têm de obrigatoriamente demonstrar que estão superando formalismos e/ou neutralidades axiológicas. Ao pensar-se em tutela de direitos, deve-se levar em consideração a pronúncia jurisdicional ao final do processo via sentença, a forma e os meios utilizados. As sentenças são técnicas do direito processual para a tutela jurisdicional dos direitos<sup>86</sup>; e na tutela jurisdicional do direito importam os meios de execução do ordenamento jurídico, o procedimento e a execução propriamente dita<sup>87</sup>.

A tutela de direitos, abordada de forma ampliada a partir do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais, enfrenta desafios doutrinários e jurisdicionais em diferentes contextos e ordenamentos jurídicos. Owen Fiss, nos EUA, relata aquilo que

---

deveres e proibições. Sem a liberdade contra intervenções da parte de sujeitos de direito de mesma hierarquia (liberdade negativa na relação entre iguais), sem as competências jurídicas para participar da formação da vontade coletiva (liberdade negativa democrática), sem um certo grau de inexistência de situações de privação econômica (liberdade negativa social) e também sem as ações de participação na comunidade política, baseadas ao mesmo tempo nas próprias convicções e na responsabilidade (liberdade positiva democrática), não é possível haver um estado global de liberdade. A isso se soma o fato de que não são apenas os direitos subjetivos, as competências e as ações individuais que são condições para sua existência, mas também inúmeras características da organização estatal e da sociedade, que vão desde a separação de poderes até a estrutura plural da mídia”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 379.

<sup>86</sup> “As sentenças (condenatória, mandamental etc.) são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos. Mas, quando se pensa em termos de ‘tutela de direitos’, é preciso verificar se o processo está conferindo a sua devida e adequada tutela, e para tanto não basta saber se foi proferida uma sentença condenatória ou mandamental, uma vez que estas não refletem o resultado que o processo proporciona no plano do direito material. Na verdade, as sentenças refletem apenas o ‘modo’ (a técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos”. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 120.

<sup>87</sup> “Ademais, para a prestação de uma determinada espécie de tutela jurisdicional do direito, importam também os meios de execução que o ordenamento jurídico oferece para tanto, isso para não se falar no procedimento e na cognição, os quais também são fundamentais para o encontro da tutela jurisdicional efetiva. Os meios de execução, que evidentemente interferem no resultado que o processo pode proporcionar no plano do direito material, também são técnicas para a prestação da tutela jurisdicional. Perceba-se, por exemplo, que a tutela inibitória, no direito italiano, ressurte-se da ausência de meios de coerção indireta no CPC, pelo que, de lado casos especificamente previstos em lei, a tutela que deveria ser inibitória – diante da necessidade de impedir o ilícito – acaba assumindo a configuração de mera declaração. Uma sentença que apenas declara que um ilícito não pode ser praticado ou repetido, justamente porque não pode se valer do emprego da multa, não é capaz de inibir a prática do ilícito”. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 120.

para muitos foi pouco visível no transcorrer dos anos 1960, mas que nos anos 1970, diante de uma nova composição da Suprema Corte dos EUA, verificou-se que os anos 1960 abrigaram modelos de *reforma estrutural*, em que os juízes da Suprema Corte (Warren Court) se comprometeram com uma abrangente reforma, visando o fim do sistema dual de escolas contendo discriminação racial<sup>88</sup>.

No caso brasileiro, a doutrina passa a contar com preocupações relacionadas a tutelas efetivas e não mais somente com formas tradicionais como a tutela ressarcitória por dano ocorrido, por exemplo. Os direitos a prestações (direitos de prestações, prestações sociais, e de participação), agora vistos ao lado do direito de defesa, passam a ser vinculados aos direitos fundamentais, exigindo do Estado condutas ativas, colocando a disposição dos particulares meios jurídicos e materiais<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> “*Brown* exigia nada menos que a transformação dos ‘sistemas duais de escolas’, com escolas separadas para negros e brancos, em ‘sistemas unitários de escolas, não-raciais’, o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes... Um compromisso primordial com a igualdade racial motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição. A Warren Court envolveu-se nessa conjuntura crítica. Os juízes da Suprema Corte enfatizaram seu comprometimento contínuo com *Brown* e reconheceram a abrangência da reforma exigida: o sistema dual de escolas teria de ser erradicado da ‘raiz aos galhos’. O processo continuou e, em tempo, as lições aprendidas com a eliminação da segregação nas escolas foram transferidas para outros contextos: para proteger as pessoas e seus lares dos abusos da polícia, para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios, para assegurar o devido processo procedimental na administração do bem-estar social e para equilibrar os gastos nos sistemas educacionais do Estado. Dessa forma, o fim da segregação racial nas escolas tornou-se uma ocasião de vital importância para as inovações procedimentais que transcendessem a questão substancial, para o surgimento de um conceito completamente novo de adjudicação, algo que particularmente se adaptasse à nova unidade do direito constitucional – a burocracia estatal”. Por volta dos meados e final dos anos 70, contudo, a Suprema Corte tinha uma nova composição, liderada por Warren Burger, o Juiz-Presidente; um forte bloco de juízes, algumas vezes obtendo apoio interno na Corte, procurou reverter os processos que ainda tramitavam em instâncias de grau inferior”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 28-29.

<sup>89</sup> “Os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra interferências do Estado em sua propriedade e liberdade. Mais tarde, como consequência natural da transformação do Estado e de suas novas funções diante da sociedade, os direitos fundamentais passaram a ser categorizados não mais apenas como direitos de defesa, mas igualmente como direitos a prestações. Isso tem relação com a tomada de consciência de que não bastava garantir as liberdades diante do Estado, sendo necessário dele exigir não só prestações de proteção aos direitos e prestações sociais capazes de efetivamente possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, como também prestações idôneas a viabilizar a *participação* dos particulares na reivindicação de proteção e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos. Foi assim, com a descoberta de que a liberdade deveria ser conquistada com a *ajuda* do Estado, que surgiram, ao lado dos direitos de *defesa*, os direitos a *prestações*, que foram divididos em direitos de *proteção*, direitos a *prestações sociais* e em direitos de *participação*, esses últimos exigindo *organização e procedimentos adequados*. Em poucas palavras, pode-se dizer que os direitos fundamentais deixaram de ser concebidos como direitos a um não agir do Estado e passaram a exigir do Estado condutas ativas capazes de colocar à disposição dos particulares meios jurídicos e materiais indispensáveis à realização das suas necessidades

Na superação da suposição antiga de que a tutela ressarcitória seria a única forma de tutela contra o ilícito<sup>90</sup>, no direito à tutela inibitória, o direito à inibição do ilícito compõe a própria norma que outorga o direito (está no plano do direito material), posto que o processo seja somente técnica para a prestação da tutela inibitória. Dessa forma, o processo é considerado diante das necessidades do direito material e a tutela jurisdicional, em termos de efetividade, tempestividade e prevenção, sendo a efetividade apreciada em seu triplo aspecto: 1) norma processual adequada, 2) procedimento adequado à participação, e 3) resposta do juiz<sup>91</sup>.

No caso da reforma estrutural, diante de um ideal de igualdade, caberia ao juiz conferir significado aos valores públicos presentes na Constituição. As críticas ao modelo de atuação jurisdicional proposto pela reforma estrutural, em boa medida, esta no que Owen Fiss identifica ser uma maneira tradicional de entender a atuação jurisdicional

---

(de proteção, sociais e de participação)". MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 126.

<sup>90</sup> "Como já foi dito, supunha-se, antigamente, principalmente porque não se percebia a existência de direitos que não podiam ser adequadamente tutelados mediante a via ressarcitória, que o ressarcimento era a única forma de tutela contra o ilícito. Frise-se que a unificação entre o ilícito e o dano sempre esteve presente no direito civil tradicional, como é fácil mostrar, por exemplo, na obra de Orlando Gomes: 'Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita *de que não resulte prejuízo*. Por isso, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano e, antes, um requisito da responsabilidade, do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta contra *jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso". MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 130-131.

<sup>91</sup> "Para resumir, basta evidenciar que há direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e preventiva. A compreensão desses direitos depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial. *Pensando-se a partir daí, fica mais fácil visualizar a técnica efetiva, contribuindo-se para sua otimização e para que a efetividade ocorra do modo menos gravoso ao réu...* Como é fácil perceber, diante dos itens que trataram do aspecto funcional dos direitos fundamentais e do direito à efetividade da tutela jurisdicional, esse direito não pode ser pensado como direito de defesa, ou seja, como direito de natureza negativa, uma vez que consiste, como é evidente, em um direito de exigir uma prestação do Estado. Se isso é óbvio, algumas dúvidas podem surgir diante da ideia de direitos a prestações. O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser considerado um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada; ii) o direito de participar por meio do procedimento adequado; ou iii) o direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p. ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional". MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 150.

somente pelo modelo de solução de controvérsias e a tríade da ação autor, réu e juiz imparcial<sup>92</sup>.

Um juiz passivo diante das partes não considera as desigualdades reais existentes, tanto de assistência jurídico quanto materialmente entre as partes<sup>93</sup>. Além disso, em um modelo de reforma estrutural, a tutela jurisdicional não ocorre necessariamente sobre ato ilícito (a exemplo das *injunctons* dos EUA), bem como ao juiz cabe assegurar a representação adequada no processo estrutural, posto que este não se dê exclusivamente pela via do processo individual autor-réu<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> “No centro da reforma estrutural está o juiz e seu esforço para conferir significado aos valores públicos. Essa alocação de poder cria dúvidas acerca da legitimidade comum a todos os tipos de adjudicação. Ademais, o modo estrutural levanta questões novas e distintas sobre a legitimidade. Essas questões decorrem do conjunto organizacional do processo judicial estrutural, do fato de o juiz estar respondendo às ameaças impostas por organizações de grande porte a valores constitucionais. Ele procura eliminar tais ameaças por meio da reestruturação da organização e essa atitude tem implicações importantes no que tange à forma da ação judicial. O modo estrutural é geralmente criticado porque envolve um distanciamento de uma forma ideal. Essa crítica pressupõe, obviamente, um protótipo ou ação judicial ‘modelo’, uma forma ideal com a qual todas as ações judiciais serão comparadas. O padrão usual de comparação, o modelo de solução de controvérsias, é tríade e altamente individualista: uma ação judicial é visualizada – com a ajuda do ícone da Justiça segurando sua balança – como um conflito entre dois indivíduos, o autor da ação e o réu, e um terceiro situado entre as duas partes, como um árbitro imparcial, para observar e decidir quem está certo e declarar o que deve ser feito. Com relação a essa perspectiva, a reforma estrutural certamente é uma transformação e parece ser totalmente diferente”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 48.

<sup>93</sup> “Ademais, deve-se também reconhecer que esse axioma seria apenas um triunfo formal do individualismo. O axioma parece enaltecer o indivíduo, porém o deixaria à mercê de grandes agregações de poder. Privado da oportunidade de contar com a proteção das cortes, de aproveitar-se totalmente da utilidade desses centros de poder estatal que permanecem separados em relação às burocracias do Estado, o indivíduo é compelido a recorrer àqueles processos sociais que supostamente respeitarão seu direito de participação, solução de controvérsias, votação e negociação. Cada um desses processos tem papéis importantes a desempenhar em nossa vida social, no entanto é difícil acreditar que qualquer um deles intensifique o poder real ou efetivo – em oposição ao formal – dos indivíduos que sofreram abusos decorrentes da operação das organizações de grande porte do Estado moderno, tais como o sistema escolar, os hospitais, o departamento do bem-estar social ou, ainda pior, os presídios. Na verdade, o axioma da participação individual é baseado em uma realidade que já não existe, qual seja a que comportava uma sociedade horizontalizada, em que as pessoas relacionavam-se umas com as outras em termos individuais e aproximadamente igualitários”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 85.

<sup>94</sup> “A presença de um representante inadequado em qualquer pólo do processo judicial pode ter consequências que transcendam os interesses dos participantes. Isso porque a corte pode ser induzida a erro. Ademais, o autor da ação pode, voluntária ou involuntariamente, comprometer os interesses do grupo vitimado, de forma a tornar difícil sua correção em procedimentos subsequentes. O réu também deve ser lembrado, visto que não fala somente por si em um sentido particular, mas por todos os integrantes da respectiva repartição, incluindo antigos e futuros, por todos os outros funcionários que compõe a hierarquia da instituição e, ainda, por todos aqueles que permanecem fora da instituição, mas são, apesar disso, afetados diretamente por sua reorganização, incluindo os contribuintes que a financiam e aqueles que dela dependem para a obtenção de serviços essenciais. A partir dessa perspectiva, parece quase absurdo confiar exclusivamente na iniciativa daqueles indivíduos ou órgãos públicos que vieram a ser denominados autor e

Ou seja, no caso norte-americano a “reforma estrutural” a partir do caso *Brown vs. Education*, levou aquela Suprema Corte a priorizar valores como a igualdade presentes em sua Constituição<sup>95</sup>. Fez surgirem várias questões desde os meios adequados de tutela jurisdicional, da parcialidade do juiz<sup>96</sup>, passando por questionamento da própria legitimidade do judiciário ser agente da reforma estrutural<sup>97</sup>.

---

réu da ação. O juiz deve assumir uma responsabilidade afirmativa para assegurar a representação adequada, mas que forma deve ter essa iniciativa judicial? Seria um contra-senso o juiz assumir o papel de representante, pois isso certamente comprometeria o ideal de imparcialidade, predicado muito importante para a legitimidade judicial. A resposta mais apropriada e tipicamente empregada no contexto estrutural é aquela que atribui ao juiz – geralmente agindo de ofício – a tarefa de construir uma ampla estrutura representativa. Isso deve ser feito por meios compatíveis com o compromisso com a imparcialidade. Primeiro, aqueles que estejam expressamente representados na ação judicial podem ser notificados. Tal notificação explicaria a ação judicial, possibilitando a contestação da completude e da adequação da representação”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 59-60.

<sup>95</sup> “O surgimento e a legitimação do Estado intervencionista nos anos 60 podem ser comparados ao surgimento e legitimação dessa nova forma de litigância que denominei reforma estrutural. Decerto, é possível ir mais adiante, como quer meu colega Bruce Ackerman, para identificar uma base teórica comum para as duas concepções de poder estatal. Assim como o modelo de solução de controvérsias parte de premissas idênticas as da teoria do contrato social e do ‘Estado vigia noturno’, a reforma estrutural e o Estado intervencionista moderno baseiam-se em uma teoria política comum. Ambos consideram as realidades sociológicas, refletem um ceticismo com relação à justeza do *status quo* e representam um uso afirmativo do poder estatal. Ambos são baseados em uma crença na existência e importância dos valores públicos e no reconhecimento da necessidade de que eles sejam transportados para a realidade social por meio da utilização do poder estatal. A igualdade era a peça central do processo judicial dos anos 60, como o era para as ações legislativas e executivas daquela época, e possuía apenas um significado representativo: a igualdade representava uma forma completa de encarar a vida social. Enfatizava o que denominei valores públicos, valores que definem uma sociedade e conferem-lhe sua identidade e coerência interna. Os direitos eram considerados a incorporação concreta desses valores e, como tal, eram mais uma expressão de nosso aspecto comunitário do que de nossa individualidade. Atualmente, as dúvidas acerca da existência dos valores públicos são crescentes; tudo é interesse individual ou, quando muito, moralidade individual e o modelo de solução de controvérsias, assim como o ‘Estado vigia noturno’, acomoda tais dúvidas. Ambos fornecem fácil asilo para todos aqueles que ignoram ou minimizam o papel dos valores públicos na nossa vida social e a necessidade do poder estatal para a concretização desses valores”. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 119-120.

<sup>96</sup> “Nesse campo, vale sublinhar que a imparcialidade judicial não pode ser equiparada à sua neutralidade. O juiz imparcial não é aquele que se mantém como espectador da contenda judicial, sem nela interferir a não ser ao final, para declarar o vencedor, o juiz imparcial é, apenas, aquele que não está previamente comprometido com alguma das partes ou das teses por elas esposadas. Hoje não se duvida mais que o magistrado tenha suas pré-convicções, suas opiniões, sua ideologia e que isso é intrínseco à sua atividade. Não se espera mais um juiz alienado, totalmente alheio a qualquer influência externa, ou ao resultado do processo. Exige-se apenas um juiz capaz de decidir de forma aceitável, mediante critérios objetivados – e expressos em sua motivação – a causa a ele submetida. A imparcialidade que se exige do juiz hoje deve ser vista como contraponto ao direito de contraditório, considerado como o direito das partes de influir efetivamente na decisão judicial. A decisão judicial deve ser produto do diálogo entre as partes e destas com o juiz. Por isso, a garantia de imparcialidade deve significar a possibilidade real de o magistrado se impressionar com os argumentos de ambas as partes, considerando-as para formar sua convicção. Não há como afastar o juiz de seus conceitos, preconceitos, preferências e experiências; espera-se, todavia, que tenha ele a capacidade de, apesar destas suas impressões prévias, estar aberto a receber as informações trazidas pelas partes e decidir com a influência destas. Assim, desde que preservada a imparcialidade do

De modo igual, os direitos individuais podem ser tutelados coletivamente, prevalecendo o tratamento uniforme e isonomia, a partir da busca de certos elementos que identifiquem e particularizem conflitos<sup>98</sup>, o que também cumpre outra importante função que é a de racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional<sup>99</sup>.

---

juiz – sob este aspecto – nenhum problema haverá com o abrandamento do rigor do princípio da demanda, especialmente se objetivar oferecer melhor prestação jurisdicional, mais adequada satisfação dos escopos da jurisdição, mais exata realização dos direitos ou mais precisa execução dos objetivos almejados pelo Estado brasileiro (arts. 1º e 3º da CF)”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. cit.*, p. 189-190.

<sup>97</sup> “Esse novo modo de processo judicial, o qual chamo ‘reforma estrutural’, representa um importante avanço para a compreensão da sociedade moderna e do papel da adjudicação. O caráter burocrático do Estado moderno e as dimensões públicas do poder judicial são amplamente reconhecidos. Contudo, é também importante reconhecermos que esse novo modo de processo judicial cria uma série de problemas. Um deles é relativo ao instrumentalismo. Para simplificar, podemos afirmar que a questão que se apresenta é a de saber como realizar a mencionada reforma para que o resultado seja satisfatório. Um segundo problema, o qual muito me interessa, é a questão da legitimidade: a reforma estrutural é uma tarefa apropriada para o Judiciário? As questões instrumentais são de enorme importância e dificuldade, de modo que devemos conferir-lhes seu devido valor, mas considero a questão da legitimidade fundamental. Digo isso, em parte, porque penso que os ditames da legitimidade impõem limitações aos meios que podem ser utilizados pelas cortes para atingirem seus objetivos. O compromisso cego com a eficácia da medida judicial, ou seja, a preocupação exclusiva com as questões instrumentais, pode colocar em dúvida a legitimidade de toda a atividade judicial. Ademais, circunstâncias históricas levam-me a dar prioridade às questões referentes à legitimidade. A reforma estrutural surgiu como uma forma característica de litigância constitucional, principalmente em resposta aos ditames de Brown of Education e aos problemas concernentes à segregação nas escolas, no início dos anos 60”. *As bases políticas e sociais da adjudicação*. In: FISS, Owen. Um novo... *Op. cit.*, p. 106-107.

<sup>98</sup> “A par dessa função, a tutela coletiva de direitos individuais ainda tem em vista o *tratamento uniforme de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa*. Aqui, a função principal desempenhada por essa tutela coletiva é a uniformização do entendimento judicial sobre certo litígio e, conseqüentemente, a preservação da isonomia. Tratando casos iguais da mesma forma, o Estado gera certeza jurídica a respeito da solução a ser dada a certo tipo de situação conflituosa, favorecendo a planificação do comportamento da sociedade. Ademais, essa uniformização desestimula o litigante temerário – que confia no erro judiciário, ou dissolve os custos de sua violação na difusão das pretensões individuais apresentadas em juízo – a pautar sua conduta pelo baixo índice de procura da tutela jurisdicional do Estado”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. cit.*, p. 133.

<sup>99</sup> “Finalmente, há uma terceira função desempenhada pela tutela coletiva desses direitos individuais. Talvez ela não seja a finalidade mais importante para o usuário do serviço ‘justiça’ (considerado individualmente), mas é sem dúvida, para a estrutura jurisdicional – e, conseqüentemente, para as condições de prestação do serviço ‘justiça’ – a função mais relevante, e a que governa as demais. Trata-se da função de *racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional*, evitando: a) a necessidade de manifestações judiciais idênticas em casos dispersos; b) o gasto de recursos judiciais para tratar de questões já resolvidas; c) o desperdício do tempo da prestação de serviços públicos; d) o excesso de demandas a serem examinadas pelo Poder Judiciário”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. cit.*, p. 133-134.

Enfim, a tutela efetiva depende de sentença e meios executivos adequados em casos de sentença condenatória<sup>100</sup>, por exemplo, ou em demais situações em que a realidade leve as mais variadas causas à tutela do Estado-Juiz<sup>101</sup>.

### 3.2. Igualdade processual sob as perspectivas do direito e da cultura.

Oscar Chase encerra o seu livro (*Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*) destacando que o processo não tem existência autônoma, é cultural<sup>102</sup>. A afirmação, em si prosaica, causa estranhamento

---

<sup>100</sup> “Se é assim, é inevitável concluir que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva jamais poderá ser atendido exclusivamente por meio dos provimentos da classificação tríplice. Tal direito depende de provimentos mandamentais e executivos... A plasticidade desses provimentos, bem como a possibilidade da concessão de provimento (ou meio executivo) diverso do solicitado e da imposição de meio executivo diferente daquele que não conduziu ao resultado objetivado, deve ser compreendida a partir da necessidade de se conferir ao juiz poder suficiente a efetivação da tutela jurisdicional. A sentença condenatória, por natureza atrelada aos meios de execução por expropriação previstos na lei, é ligada ao chamado *princípio da tipicidade dos meios de execução*. Segundo esse princípio, o vencedor somente pode se valer dos meios executivos *tipificados na legislação*. Isso constituiria – como disse Chiovenda e confirmou Denti de forma crítica – *uma garantia de liberdade do réu contra a possibilidade de arbítrio do Estado*. No entanto, se a tipicidade dos meios de execução, como garantia contra o arbítrio do Estado-Juiz, era justificável há cem anos, isso não tem razoabilidade nos dias de hoje. O problema da sociedade contemporânea não é mais apenas garantir a liberdade do indivíduo contra a ameaça de opressão estatal, porém viabilizar a tutela efetiva dos direitos, muitos deles essenciais para a sobrevivência digna do homem. Em razão disso, confere-se maior extensão e potencialidade à efetivação da tutela jurisdicional. Isso é *corolário do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional*. Contudo, se é inegável que o meio executivo deve ser hábil para proporcionar, em abstrato ou em termos de efetividade social, a tutela dos direitos, *esse meio executivo deverá gerar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu*”. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 169-170.

<sup>101</sup> “Ademais, a proteção, mesmo no plano normativo, não pode ficar restrita a normas de direito material, pois o *processo civil também se constitui em mecanismo de proteção dos direitos fundamentais*, seja para evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento. Por ser instrumento de proteção, é evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos. Note-se, aliás, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, *mas a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela de direitos fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela, *que obviamente não se confunde com o direito objeto da decisão*. É por esse motivo, aliás, que o direito de ação, ou o direito de ir ao Poder Judiciário, deve ser pensado como o direito à efetiva tutela jurisdicional, para o qual não basta uma sentença, mas sim a possibilidade de efetivação concreta da tutela buscada... *O que falta, porém, é apenas para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer*. Isso por uma razão simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz”. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela... *Op. cit.*, p. 178.

<sup>102</sup> “Tais seminários, direcionados aos estudantes de graduação e de pós-graduação junto ao programa de *Law and Society* da NYU, aproveitam os temas e argumentos que compõem o presente livro: sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem

quando se considera comparativamente formas diferentes de resolução de conflitos, a exemplo do que faz Chase com os Azande da África central, ou mesmo quando contemplados os mecanismos específicos criados por sociedades contemporâneas e socialmente similares.

Existe a classificação entre sistemas jurídicos contemporâneos divididos em *common law* e *civil law* (sistema “adversarial” e “inquisitorial”)<sup>103</sup>. Contudo, comparados Estados Unidos e Inglaterra (*common law*), Chase aponta um excepcionalismo processual norte-americano, uma cultura que possibilitou o surgimento de regras processuais específicas mesmo dentro da *common law*, uma combinação entre júri civil, controle da investigação prévia (*pretrial*) pelos litigantes, papel relativamente passivo do juiz, e escolha de peritos pelos litigantes<sup>104</sup>. Assim, ao “individualismo competitivo” norte-americano nos EUA corresponde liberdade, individualismo, igualitarismo, populismo, antiestatismo.

---

especificidade cultural; mais que isso, o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a construção da vida social se opera. Utilizamos estudos de direito comparado, de sociologia do Direito e de antropologia, convidando os estudantes para se unirem a nos em uma viagem sem fronteiras. Descrever o método pedagógico desta forma, contudo, faz com que nos coloquemos diante do risco de incorrer em uma exagerada abstração. É indicando diferenças específicas que nos mantemos atentos ao mundo real”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 190-191.

<sup>103</sup> “Os Estados Unidos são um membro do grupo do *common law*, como outras nações que possuem suas raízes legais, linguísticas, culturais e políticas na Inglaterra. A maioria dos outros países recai na categoria do *civil law*; eles fundam sua história em Roma e no direito romano... As diferenças nas regras do processo civil entre os grupos de *common law* e de *civil law* conduziram aos polêmicos rótulos desses sistemas processuais como ‘adversarial’ ou ‘inquisitorial’. Alguns teóricos se referem ao procedimento nos países de *common law* (anglo-americano) como ‘adversarial’ porque seu sistema confere grande parte do controle sobre o procedimento às partes e aos seus advogados, o que permite um embate mais acirrado entre os adversários no tribunal. No sistema de *civil law*, por outro lado, o juiz presidente possui uma autoridade mais acentuada, incluindo-se aí até mesmo a responsabilidade por arguir testemunhas – o que conduz ao título de ‘inquisitorial’. Muitos estudiosos apontam esta diferença na alocação de poder entre as partes e o juiz como a distinção essencial entre os sistemas processuais da *common law* e da *civil law*. A literatura, contudo, também critica severamente esta terminologia, em parte porque as categorias são no mínimo imperfeitas – podendo haver diferenças consideráveis entre nações de uma mesma categoria. Assim, embora os Estados Unidos e a Inglaterra compartilhem a herança da *common law* e tenham sistemas processuais ‘adversariais’, é cabível encontrar muitas diferenças entre eles, como mostrarei adiante”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 183-184.

<sup>104</sup> “A inclusão dos Estados Unidos no grupo adversarial sugere a conexão de seus procedimentos com a liberdade, com o individualismo, com o igualitarismo, com o populismo e com o antiestatismo – em suma, com o ‘individualismo competitivo’ tão enaltecido em seu território. Como pretendo demonstrar, o processo de solução de litígios estadunidense – assim como seus valores – é excepcional mesmo quando contrastado com seus irmãos da família do *common law*. Peço permissão para sublinhar regras processuais específicas que refletem esta afirmação”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 85.

Sendo o processo condicionado culturalmente, Chase traz uma explicação que insere no contexto social o surgimento de propostas de reformas processuais e as analisa criticamente, a exemplo da defesa de liberalização procedimental<sup>105</sup>, e do contexto do surgimento de meios “alternativos” à jurisdição estatal em fins do século XX, principalmente mediação e arbitragem<sup>106</sup>. Modificações processuais socialmente condicionadas significam também, como destaca o autor, a sua capacidade de influenciar nas relações sociais e em ações cognitivas<sup>107</sup>, o que inclui considerar o processo de

---

<sup>105</sup> “Neste percurso, Wolf Heydebrand e Carroll Seron descreveram a influência dos valores eficientistas no desenvolvimento do direito processual norte-americano, em um processo de ‘racionalização tecnocrática da justiça’ que – com ênfase nos cânones de custo-benefício e de produtividade – teria se estendido por décadas. Esta estrutura não comporta modelos procedimentais inflexíveis, mas ao mesmo tempo exigiria racionalização e demandaria rotinas. ‘O novo ethos administrativo vislumbrava, também, introduzir um grau de flexibilidade no processo, para, assim, atenuar a rigidez do processo formal’. Defensores da liberalização procedimental, fundamentando suas razões, recordaram a admiração pelo modelo empresarial existente no início do século XX: ‘havia um desejo único de ser moderno. O novo modelo processual deveria ser científico, flexível e simples. O comércio e os negócios apresentavam esta simplicidade. Para atingir seus objetivos, os empresários faziam uso da técnica, não se curvando a regras rígidas ou antiquadas. O mesmo movimento deveria ocorrer com o processo’”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 123.

<sup>106</sup> “Na primeira parte do capítulo irei esboçar o crescimento dos meios alternativos de resolução de conflitos ao longo do último quarto do século XX. Então, oferecerei uma visão histórica de seu uso nos Estados Unidos. Na terceira parte explicarei as mudanças institucionais, culturais e políticas que conferiram ensejo ao movimento dos meios alternativos. A quarta seção, por seu turno, enfrentará o argumento, trazido por alguns de seus adeptos, de que a ADR é capaz de trazer alterações benéficas na sociedade norte-americana e na vida de seus cidadãos. A última apresentará o poder reflexivo das instituições de disputa, questão que será analisada de forma mais detida no capítulo 8. Preliminarmente, pode-se afirmar que os meios alternativos assumem diversas formas, pois o conceito, genérico, inclui qualquer processo que se faça ‘alternativo’ à jurisdição estatal. Nos Estados Unidos, a noção de ADR engloba uma série de procedimentos – negociação, mediação, *me-arb* (uma combinação de mediação e arbitragem), avaliação neutra preliminar (*early neutral evaluation*) e os *summary jury trials*. Utilizarei o termo para me referir apenas à arbitragem e à mediação, os meios alternativos de maior importância e mais comumente utilizados... Mesmo que se trate por sua própria definição de formas paralelas à jurisdição estatal, as vias alternativas não são menos relevante para a minha argumentação quanto à reflexividade entre os meios oficiais de resolução de disputas e a cultura local. Realmente, em inúmeros aspectos muito destas formas alternativas se tornou parte do mecanismo ‘oficial’ de pacificação, não apenas porque em diversas hipóteses sua atuação ocorre de forma anexa à dos próprios Tribunais, mas também porque passaram por um processo de legalização devido à regulação da matéria tanto pela lei quanto pelos advogados”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 136-137.

<sup>107</sup> “Não obstante à dificuldade em demonstrar a causalidade no âmbito de instituições complexas, há provas que embasam minha análise, demonstrando que as instituições processuais influenciam tanto as relações sociais quanto as ações cognitivas. Em capítulos anteriores, delinieei alguns dos impactos nas formas de pensar e de agir. No capítulo 2, apresentei a conexão entre a forma de resolução de disputa dos Zande e a sua modelagem social, relacionando os rituais benge com os status da sociedade, com as relações de gênero e, enfim, com todo o sistema epistemológico ali encontrado. A desordem social ocasionada pela imposição de um modelo estrangeiro de resolução de conflitos, por parte dos ingleses, foi acentuada”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 179-180.

resolução de disputa delineado para reafirmar crenças, precedendo e condicionado a ação.

Sendo assim, ao apresentar os temas da colaboração, prova, igualdade e desigualdade no processo civil e no direito, pretende-se inseri-los social e historicamente, em sua dimensão dinâmica e de pluralidade de perspectivas. Autores que tratam da colaboração processual, a rigor, projetam um modelo híbrido de processo. O modelo cooperativo inclui conformação ao Estado Constitucional e suas duas grandes virtudes, a saber: 1) submissão ao direito, e 2) participação social na sua gestão<sup>108</sup>; e ao juiz cabe, pela força do contraditório, dirigir o processo isonomicamente, com deveres de esclarecimento e auxílio com os litigantes<sup>109</sup>.

Mitidiero procura nas referências históricas do *common law* e do *civil law* e no surgimento do constitucionalismo, as bases para o processo colaborativo<sup>110</sup>. O processo

---

<sup>108</sup> “O modelo cooperativo, de seu turno, funda-se em outras bases. Se é certo que, nessa quadra, permanece a moderna distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, não menos certo se mostra que o modelo cooperativo organiza as relações entre esses três elementos de maneira bastante diferente daquela, por exemplo, oferecida pelo Estado Nacional Moderno. A Constituição, que tem como referencial uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como um Estado Constitucional, cujas duas grandes virtudes estão na sua submissão ao direito e na participação social na sua gestão (o Estado Constitucional, assim, é necessariamente um Estado de Direito Democrático ou, como prefere a nossa Constituição, um ‘Estado Democrático de Direito’ – art. 1º, *caput*)”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79-80.

<sup>109</sup> “A colaboração e seu principal instrumento – o diálogo – acabam por figurar como importante fator de legitimidade do processo civil no Estado Constitucional. Nessa quadra, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. O juiz converte-se em um de seus sujeitos. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois, de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil... *Op. cit.*, p. 83-84.

<sup>110</sup> “No *common law*, próprio da Inglaterra e dos Estados Unidos, a fonte primária do direito está nos juristas, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto. O instrumento técnico para a constituição do jurídico é o processo, operando o direito com o emprego de cláusula do *due process of law*. Em termos institucionais, o *common law* vem fortemente marcado pela distinção entre o domínio da política e o domínio do direito, cabendo ao Legislativo as deliberações políticas e ao Judiciário as questões jurídicas, tudo a base de um consenso histórico entre essas instituições a respeito dos limites de cada uma dessas atividades. Na tradição romano-canônica, em que se encaixa a maioria dos países da Europa Ocidental (Itália, França, Alemanha e Espanha., por exemplo), todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal promanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado... Tratando esse apertado quadro a respeito dos possíveis modelos de supremacia do direito, resta-nos observar a forma brasileira de Estado Constitucional subsume-se em algum deles, ao revés, constitui um modelo misto, mercê dessa ou daquela especificidade cultural. A questão é fundamental: dela depende a adequação dos meios empregados pelo constituinte para o controle da constitucionalidade das

civil passa a ser visto em perspectivas policêntrica e cooperativa, cuja participação e diálogo caracterizam o vínculo entre as partes e o juiz<sup>111</sup>. A participação efetiva no processo leva ao diálogo prévio e, em caso contrário, a decretação de invalidade processual<sup>112</sup>.

O pressuposto da possibilidade de influir no processo é a condição de igualdade dos participantes. Contrário, portanto, a aceitação de assimetrias, mesmo porque estas também podem expressar desigualdades existentes na realidade social e traduzidas em procedimentos especiais<sup>113</sup>. Justamente no sentido de evitar desequilíbrio acentuado entre as partes é que se concebeu a legitimidade de tratamento desigual para situações

leis e dos atos estatais em geral em nosso País e, de conseguinte, para a concretização da eficácia dos direitos fundamentais no processo”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil... *Op. cit.*, p. 56-63.

<sup>111</sup> “É por essa razão, a propósito, que não nos parece adequado afirmar que o juiz no processo civil encontra-se a todo tempo em pé de igualdade com as partes. Não é possível, em outras palavras, afirmar que o processo civil do Estado Constitucional é um processo que visa tão somente a uma ‘renovada perspectiva isonômica’ da atuação judicial. Posto que lição muito séria, que chega a propor igualmente um novo modelo de processo civil – um processo civil participativo, cujo trabalho processual deve ser pensado em uma perspectiva policêntrica e coparticipativa -, ignorar a imperatividade da jurisdição e a necessidade de submissão da parte ao seu comando à vista da assimetria inerente a esse momento da atuação estatal parece equivocada. Mais adequado, portanto, pensar mesmo em um juiz paritário no diálogo e assimétrico na decisão para caracterização do papel do juiz no Estado Constitucional”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil... *Op. cit.*, p. 86.

<sup>112</sup> “Dentro dessa perspectiva, antes da decretação de qualquer invalidade processual, tem o órgão jurisdicional de colher a impressão das partes a propósito da relevância da infração a forma apontada no processo. Deve possibilitar que as partes influenciem a sua valoração do vício do ato processual. Trata-se de evidente dever de consulta do juiz para com as partes. Semelhante postura evita a surpresa, reforçando a confiança das partes no Estado-juiz, sobre estimular uma decisão mais atenta às variegadas feições que eventualmente possa assumir o problema debatido em juízo. Postura, aliás, que denota uma efetiva paridade na confiança do processo pelo órgão jurisdicional antes da assimétrica imposição da decisão. Qualquer decretação de invalidade processual sem o prévio diálogo com as partes é ineficaz dentro de um processo civil de estrutura cooperativa”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil... *Op. cit.*, p. 136.

<sup>113</sup> “...b) Após a consolidação do domínio da burguesia, surge uma tendência a introduzir sucessivos procedimentos e/ou jurisdições especiais com o objetivo de garantir a tutela de específicas categorias de direitos subjetivos, para as quais o procedimento ordinário é considerado inadequado [Chiarloni]’. Com efeito, a longa duração do tão elogiado procedimento ordinário de cognição é incompatível com a dinâmica da economia capitalista. Então, como bem observou Proto Pisani, o capital escapa à lerdeza do procedimento ordinário de cognição por duas vias: ignorando o processo de conhecimento, i.e., partindo direto para a execução (mediante a técnica da atribuição de executividade ao título de crédito dos comerciantes: o título executivo extrajudicial), ou recorrendo a um procedimento especial. Afinal, ainda hoje, os procedimentos especiais ‘são justamente os que melhor desempenho apresentam em matéria de tutela jurisdicional. Nesses procedimentos especiais, a igualdade formal e abstrata das partes é trincada pois, nas palavras de Chiarloni, ‘à generalidade e abstração dos sujeitos no procedimento ordinário (um ‘autor’, um ‘réu’), mutilados de qualquer conexão com as relações de dependência da vida real: capitalista e proletário; credor de soma em dinheiro e devedor; proprietário fundiário e camponês; senhorio e inquilino etc.’”. BECKER, L. A. Qual é o jogo do processo? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 401-402.

desiguais<sup>114</sup>, após considerar criticamente a noção de igualdade perante a lei e o cognitivismo ou formalismo interpretativo, o qual reconhece a existência de interpretação diversa mas não garante tratamento isonômico<sup>115</sup>.

As insuficiências da fidelidade à lei como garantia de uniformidade e tratamento justo, leva a busca da igualdade perante o direito para que casos iguais sejam tratados de forma igual, o que também significa considerar a interpretação como uma reconstrução da ordem jurídica<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> “Quando se está falando de igualdade em perspectiva dinâmica, a distinção entre igualdade jurídica e igualdade de fato também ganhe relevo... Essa oposição entre dois conceitos de igualdade (jurídica e de fato) nasce da superação da noção de igualdade como mera abolição de privilégios de classe, como concebida, por exemplo, pelos revolucionários franceses. Se é verdade que junto à vedação às discriminações arbitrárias há um dever de promoção de tratamento desigual para situações desiguais, pode-se falar em uma terceira fase que caracteriza a evolução da noção de igualdade no âmbito do constitucionalismo moderno, qual seja, a de um ‘dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, para o que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato’. Daí por que, abandonando uma dicotomia fato-direito, parece acertado falar em uma ‘igualdade nos direitos’, que consiste em uma igualdade nas expectativas de não lesão, típicas dos direitos individuais, e de proteção, relativas aos direitos sociais”. ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 44.

<sup>115</sup> “Não há como deixar de atentar ao fato de que o direito sofre de dupla indeterminação, quais sejam, a *equivocidade dos textos* (entendida como ambiguidade – texto pode exprimir A ou B -, complexidade – texto exprime A, mas pode exprimir também B -, implicação – texto exprime A, mas isso pode implicar B – e defectibilidade – texto exprime A, exceto se algo ocorre) e a *vagueza das normas* (impossibilidade de a linguagem prever todas as situações de possível recondução ao seu campo de aplicação). Da indeterminação do significado dos textos deriva a consequência de que cada texto normativo exprime, ao menos potencialmente e/ou diacronicamente, uma pluralidade de significados alternativos, admitindo-se diversas interpretações, cada uma delas correspondendo a uma diversa norma. Além disso, a interpretação jurídica impõe o exame de elementos *extratextuais*: a interpretação envolve outros elementos -, *pressupostos ou referidos* pelos textos para compreensão do seu sentido -, como fatos, atos, costumes, finalidades e efeitos. Tudo isso se agrava pelo incremento no uso da técnica legislativa aberta e por uma transformação ocorrida no plano da teoria técnica legislativa aberta e por uma transformação ocorrida no plano da teoria das normas. Nessa medida, a noção de *igualdade perante a lei*, identificada como a *uniforme aplicação da lei* (entendida aqui como descoberta de um sentido preexistente à atividade interpretativa), deixa de assegurar a efetiva igualdade de tratamento visto que é da essência da atividade interpretativa a pluralidade de significados textuais. A crença na *univocidade e certeza* do significado normativo dos textos, ao contrário do que supostamente assegura, passa a funcionar como fator de cegueira para com o problema inverso da *não uniformidade* das decisões judiciais para casos iguais”. ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo...* *Op. cit.*, p. 34-35.

<sup>116</sup> “Como ficou claro, a noção de *igualdade perante a lei* como garantia de *tratamento uniforme* buscava-se no mito da univocidade dos textos legais. Todo texto legal teria somente um significado verdadeiro, que deveria ser descoberto e/ou conhecido pelo intérprete, ao qual bastava externar o sentido preexistente da lei. A norma, portanto, era o objeto da interpretação. Havendo apenas um sentido predeterminado bastaria a ‘aplicação da norma’ a todos os casos indistintamente para se assegurar a *uniformidade no tratamento*. Porém, texto e norma não se confundem: a norma é o resultado da interpretação dos textos. A compreensão de que os *textos legais* são o *objeto* da interpretação e as *normas são seu produto*, em uma atividade cognitiva, mas também necessariamente volitiva, pela qual o intérprete reconstrói a ordem jurídica outorgando significado às disposições textuais, exige, portanto, a remodelação das relações entre legislador

Ou seja, não basta uma concepção tradicional de igualdade processual como paridade de armas, precisamente porque esta desconsidera as efetivas posições no plano material. Deve-se, portanto, considerar a colaboração processual em relação ao órgão jurisdicional - cooperação e colaboração implicam no dever de consulta, o direito fundamental ao contraditório e a efetiva influência das partes na decisão judicial<sup>117</sup>.

Na colaboração processual é preciso examinar a prova em diferentes perspectivas: passagem da exclusividade do ônus da prova como regra de julgamento para a consideração do ônus da prova como regra de instrução; qual das partes se encontra em melhores condições de provar; a dinâmica do ônus da prova como motivação da decisão e ônus da prova com a correlata oportunidade de provar<sup>118</sup>.

---

e intérprete com o fito de ressignificar a noção de igualdade para além da mera aplicação indiscriminada da lei. Passa a ser necessário, assim, compreender a igualdade como *igualdade perante o direito*, ou seja, como a exigência de tratamento *uniforme diante das decisões judiciais*". ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e processo... *Op. cit.*, p. 56-57.

<sup>117</sup> "Para tanto, todavia, em um ambiente processual pautado pela cooperação, tem o órgão jurisdicional de possibilitar às partes oportunidades para que argumentem a propósito de eventual deslinde da causa sem resolução de mérito por esse ou aquele motivo, inclusive indicando o Estado-juiz a sua possível visão jurídica do material do processo. Caso não tenham ainda se pronunciado em suas manifestações escritas sobre o tema, têm as partes de ser instadas a fazê-lo de maneira previa à decisão a fim de que se mantenha paritário desenvolvimento do diálogo no processo. Trata-se, novamente, de o órgão jurisdicional obedecer ao dever de consulta que o grava inexoravelmente, em um processo civil, organizado a partir da ideia de colaboração. No direito italiano, a doutrina costuma retirar a necessidade desse prévio diálogo do art. 183, n. 4, do *Codice di Procedura Civile* (que disciplina, no que agora nos interessa, o dever do juiz de indicar às partes para debate as questões que pode conhecer de ofício), assinalando que o seu fundamento está na necessidade de colaboração no processo, importando a sua infringência em ferimento do direito fundamental ao contraditório (entendido em seu sentido dinâmico, evidentemente). No direito brasileiro, semelhante imperativo vai retirado diretamente da Constituição (art. 5º, LV e § 1º), certo que o direito fundamental ao contraditório importa a organização de procedimentos que possibilitem a efetiva influência das partes sobre a formação da decisão judiciária. Extinção do processo que ignore essa necessidade é de todo ineficaz em um modelo cooperativo de processo civil". MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil... *Op. cit.*, p. 135.

<sup>118</sup> "Em termos processuais, duas são as condicionantes para a dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC [1973], e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331, CPC[1973]), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo. Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, desde, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há 'retroatividade oculta' da normativa sobre o ônus probatório, o que é evidentemente vedado no direito processual civil brasileiro". MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil... *Op. cit.*, p. 144-145.

Porém, a consideração dos meios de prova não ocorre em si: os limites aos meios de prova é consequência da própria relativização da verdade pelo direito<sup>119</sup>. Isso não invalida, evidentemente, a busca da prova e da verdade no processo, sendo o procedimento (atividade probatória do juiz e dos atos processuais) essencial na busca da verdade como legitimação do direito processual<sup>120</sup>. Não se trata de uma busca da “verdade substancial”, mas de uma verdade consensual, provisória, um conceito dialético e construído pela argumentação<sup>121122</sup>.

---

<sup>119</sup> “Há, realmente, uma contradição neste aspecto, como bem demonstra Sérgio Cotta. Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência ‘verdadeira’ do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento dessa descoberta às formas legais não o permitem... Todavia, e sem que se precise de maior esforço para atingir essa conclusão, tal obra é impossível, somente se prestando como argumento retórico para justificar a ‘justiça’ da decisão tomada. O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, conseqüentemente, a valorização subjetiva da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz de *descobrir* a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Essa fundamentação retórica não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado: o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas. De toda sorte, a ideia de que o conhecimento se trava a partir da descoberta da realidade é totalmente superada em filosofia. o chamado paradigma do objeto – típico da antiguidade – parte da premissa de que os objetos têm, todos, a sua essência, que é revelada ao sujeito cognoscente a partir da relação travada no conhecimento (o sujeito cognoscente nada mais faz do que descobrir aquela essência, preexistente no objeto)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 40.

<sup>120</sup> “Eis a razão pela qual se tem a verdade material (ou substancial) como escopo básico da atividade jurisdicional. Como dizem Taruffo e Micheli, embora a verdade não constitua fim em si mesma, insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade á justiça ofertada pelo Estado. Dessa necessidade de se saber *come sono andate le cose* decorre o destaque que se dá ao processo de conhecimento. Realmente, seria impensável o direito processual sem sua mais nobre função: o processo destinado à descoberta dos fatos sobre os quais o Estado é chamado a manifestar-se. É neste campo que o juiz conhece os fatos e aplica a eles a norma correspondente, seguindo o milenar brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius*. Daí o fundamento da atividade probatória do juiz e dos atos processuais que formam o procedimento, legitimados que são pela necessidade da busca da verdade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 31.

<sup>121</sup> “Como demonstrado, a verdade substancial é um mito que já deveria ter sido extirpado da teoria jurídica. Todas as demais ciências já se aperceberam de que não há verdade inerente a um fato. Esse conceito (o de verdade substancial), portanto, mostra-se imprestável para dirigir os rumos do processo de conhecimento ou, mesmo, da teoria da prova. Insta, então, buscar novo objetivo, capaz de se adequar às necessidades da ciência (aí incluído o processo) e às possibilidades da cognição humana. A moderna filosofia, sob a batuta de Jüngen Habermas, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvido pelos sujeitos cognoscentes. A ‘verdade’ não se descobre, mas se constrói, através da argumentação”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 48.

<sup>122</sup> “A verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso. Tal, com efeito, é a garantia da universalidade do procedimento. A verdade não mais é buscada no conteúdo da assertiva, mas na forma pela qual ela é obtida (consenso). O conteúdo é evidentemente importante, mas nada tem a ver com a verdade, pois para esta apenas interessa a forma pela qual a afirmação é obtida. O

Assim, há uma necessária superação da “ontologia da verdade” no processo, o que, por outro lado, não implica um ceticismo exagerado sobre a verdade, e sim a recuperação de uma verdade objetiva, embora esta também possua aspectos problemáticos<sup>123</sup>. O que se destaca é que a crítica à verdade absoluta não implica em aceitação de um ceticismo radical, o que inviabilizaria uma “verdade objetiva” e/ou uma “verdade discursiva”, “consensual”.

Uma questão importante: o destino da prova não é a reconstrução dos fatos, posto ser impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos, e sim se destina ao convencimento. Daí a legitimação da atividade estatal pelo procedimento que antecede a decisão judicial e sua justificação<sup>124</sup>. Cabe lembrar, conforme Oscar Chase, que o método que determina a

---

verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento. Daí uma nova consequência: as normas e afirmações devem ser constantemente justificadas e legitimadas, a fim de verificar a manutenção do consenso”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 51.

<sup>123</sup> “A concepção de Michele Taruffo: Não obstante o amplo apoio doutrinário que embasa as ideias acima desenvolvidas, é crucial sublinhar que elas estão longe de serem aceitas de modo uníssono. A noção de uma verdade argumentativa, possível, e mesmo condicionada, encontra críticos severos, especialmente no campo do direito processual. Toma-se como parâmetro dessa orientação os escritos de Michele Taruffo, não apenas por sua relevância para o estudo do processo civil, mas em particular diante da profundidade de seu exame e da polêmica levantada em razão dessa pesquisa. Segundo o autor, crescem, tanto no campo da filosofia como em outros espaços, as teorias que assumem uma postura cética quanto à possibilidade de se encontrar a verdade. A tendência à ‘verifobia’, como denomina Taruffo, baseando-se em trabalho de Alvin Goldman, pode ser extremamente prejudicial para o direito processual, especialmente em razão das nuances políticas, éticas e ideológicas que estão por trás desta postura. Por isso – e porque não se deve confundir a ‘inexistência’ da verdade com a dificuldade em sua reconstrução – insta recuperar a ligação do processo com a verdade objetiva, afastando as teorias que se assentam na ideia de verdade como produto da linguagem ou como resultado da certeza subjetiva”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 57.

<sup>124</sup> “Em virtude disso, é inequívoco que a importância de outros valores pode implicar limitações – e de fato implica – à investigação da verdade. Apenas como exemplo mais singelo, pense-se na coisa julgada. Sem dúvida, o interesse na preservação da segurança e da estabilidade da decisão judicial acaba por impor condicionantes à verdade (re)construída, o que evidencia a falta de um comprometimento absoluto do processo com a verdade. Por isso, ainda que em outros campos, o valor ‘verdade’ possa ser tomado de modo autônomo e isolado, o mesmo não ocorre no processo... Daí a importância – negada por Taruffo – da noção de *procedural justice*, como elemento controlador da legitimidade do procedimento e da justiça da decisão. Inviabilizado o controle dessa atividade a partir da noção de ‘reconstrução da verdade dos fatos’, resta como forma de legitimação da atividade judicial a necessária observância do processo adequado, como já acentuado anteriormente. É, enfim, a atenção à justificação da decisão judicial e ao procedimento que a antecede, que hão de legitimar a atividade estatal”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 62.

verdade é produto da ação humana e um tipo de regra de prova é parte da cultura e da história, como o é a profecia do *benge* dos Azande<sup>125</sup>.

Nesse sentido que podem ser considerados o dever de colaboração do réu com a verdade, e a correspondente efetiva capacidade de influenciar a decisão judicial, ampliando o conceito de demanda objetiva e estabelecendo critérios e métodos racionais<sup>126</sup>. O que se busca é a verificação da racionalidade da justificativa da decisão, posto que as provas possam apresentar contradições e incompletudes. E mais, as provas não proporcionam uma única “verdade processual”, mas viabilizam a decisão e permitem o controle de sua justificativa<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> “Falar em ‘prova’ como se fosse uma profecia mesmo remotamente comparável ao *benge* dos Azande poderia parecer absurdo, notadamente porque o exame probatório não envolveria de modo direto forças místicas ou sobrenaturais. Seria parte de um sistema formalmente racional de descoberta de fatos, por depender de informações sensoriais. Embora os tipos de informação aceita como prova variem entre os regimes jurídicos, todos os sistemas modernos apoiam-se em uma categoria especialmente filtrada de documentos e de declarações por meio dos quais uma versão convencionalizada do passado é construída. Ao relacionar a prova e o oráculo, pretendo enfatizar a conexão cultural da metodologia de descoberta dos fatos e a ignorância do passado controvertido. Cada sociedade faz o melhor possível com as ferramentas de que dispõe. Para os habitantes da modernidade é plausível crer que o melhor método para determinar a verdade a respeito do passado litigioso seja a atuação humana, modelada por algum tipo de regra de prova. Esta crença é produto da cultura e da história. Sua aplicação da razão para observar fatos guarda aproximação com os métodos da ciência que dominaram o ocidente desde o final da Idade Média. Não é coincidência que a Igreja tenha banido o uso das ordálias em julgamentos no Concílio de Latrão do século XII; foi um reconhecimento de um novo paradigma do processo de determinação da verdade. Como observa Damaska, ocorreram ‘graves’ transformações no processo ocidental de solução de litígios ao final da Idade Média”. CHASE, Oscar G. Direito, cultura... *Op. cit.*, p. 67.

<sup>126</sup> “Em outras palavras: se a retórica é compreendida como o uso de argumentos racionais, e a decisão não é vista como o resultado de um raciocínio dedutivo, repelem-se as ideias de retórica como mera persuasão e de retórica como alternativa à ‘demonstração’. Basta que os referidos ‘argumentos racionais’ sejam identificáveis e controláveis, e assim permitam uma adequada justificação da decisão. *Diante disso, como é obvio, o significado de ‘demonstração’ é mais abrangente, pois passa a abarcar uma demonstração realizada a partir de argumentos racionais justificáveis e controláveis.* A impossibilidade de o raciocínio probatório se basear na demonstração própria da matemática não pode redundar na aceitação de que a decisão do juiz possa restar sem controle e, assim, sem uma justificação racional. Assim, a ampliação do conceito de demonstração objetiva deixar clara a possibilidade de o juiz demonstrar e justificar as suas razões de modo racional”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 324.

<sup>127</sup> “Quando do *raciocínio decisório*, como já dito, não há como aceitar que o juiz possa fazer prevalecer – ou mesmo propor – uma determinada estória – por lhe parecer coerente -, em detrimento das provas. Somente há necessidade de um método de escolha quando, a partir das provas, surgem duas estórias igualmente viáveis. Nesse momento, então, é que o juiz vai buscar a estória que lhe pareça mais coerente e congruente... Acontece que a prova não permite, por si só, nem mesmo o encontro da ‘verdade processual’, pois podem existir, a partir dela, duas versões viáveis, quando tal verdade seria encontrada através do método sintético. Por consequência, ou precisamente pela razão de que a coerência também é um critério para a fixação da verdade processual, é equivocado dizer que ela serve apenas para ‘garantir a verdade’. *Ela serve, isso sim, para viabilizar a decisão e para permitir o controle de sua justificativa*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 341-342.

Ademais, como a realidade social é complexa e plural, pode haver interesses estabelecidos que optem pela incoerência e irracionalidade nas decisões judiciais<sup>128</sup>. Ao analisar o patrimonialismo como uma herança cultural do não respeito aos precedentes das Cortes Supremas, Luiz Guilherme Marinoni busca no “homem cordial” e seus benefícios pessoais e facilidades um “tipo ideal” sociológico de contrariedade à ideia de igualdade na lei. As referências utilizadas são o clássico livro “Raízes do Brasil” de Sérgio Buarque de Holanda e a reconstrução crítica da figura presente no pensamento social brasileiro, a do “homem cordial”; e, em Max Weber, o patrimonialismo e as formas de dominação social.

Marinoni destaca que o desestímulo ao direito com racionalidade e previsibilidade tem origens no patrimonialismo e no “homem cordial” e seu personalismo, o que resultaria em estímulo ao afetivo e a uma irracionalidade passional<sup>129</sup>. A hierarquia no sinônimo de organização social não é a perspectiva assumida pelo patrimonialismo quando reclama a si liberdade individual. A opção do patrimonialismo é por disfarçar o interesse de privilegiar

---

<sup>128</sup> “No Brasil, muitos juízes ainda imaginam que podem atribuir significado aos textos que consagram direitos fundamentais a seu bel-prazer – como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais – e, assim, decidir sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de ausência de compreensão institucional. Estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país. Bem vistas as coisas, várias posições que estão no mercado, assim como governos, corpos de juízes e parcela dos próprios advogados podem ter mais interesse na incoerência e na irracionalidade do que no contrário. Esse ponto, apesar de nunca descortinado, tem grande relevância nos países de *civil law* marcados por culturas avessas à racionalidade e à impessoalidade na administração pública, inclusive na administração da justiça”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

<sup>129</sup> “Daí resulta importante a ideia de que os colonizadores, vistos dentro do tipo ideal ‘aventureiro’, desprezavam o trabalho e o esforço pessoal sem perspectiva de rápida obtenção de resultado e, *por consequência, a estabilidade e a previsibilidade das relações sociais e comerciais*. Ora, se o objetivo é o lucro imediato e fácil, e há na sociedade ‘uma acentuação singularmente enérgica do afetivo, do irracional, do passional, e uma estagnação ou antes uma atrofia correspondente das qualidades ordenadoras, disciplinadoras, racionalizadoras’, não só *não há motivo para preocupação com a calculabilidade em torno das ações sociais, como não há qualquer estímulo para um direito dotado de racionalidade e previsibilidade*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética...* *Op. cit.*, p. 82.

e fazer sobreviver um sistema irracional, muito distantes dos ideais de igualdade e segurança jurídica<sup>130</sup>.

Em Sérgio Buarque de Holanda é clara a ideia de que a cordialidade é uma maneira do indivíduo sobrepor-se ao social - o que contemporaneamente entende-se por cultura do “jeitinho”<sup>131</sup>. Aqui, a bem da verdade, está um aspecto importante do que Buarque de Holanda caracteriza como crise de transição a princípios abstratos<sup>132</sup>, um “tipo ideal” de entender os significados sociais da modernidade. Da mesma forma o faz Marinoni ao vincular patrimonialismo ao Poder Judiciário.

---

<sup>130</sup> “Não a hierarquia caudilhista – que, aliás, sempre funcionou no Brasil -, mas a hierarquia como sinônimo de organização racional, sem a qual a voz institucional efetivamente não pode ser expressa. Um sistema de distribuição de justiça é tanto mais marcado pela vontade individual do juiz –e, portanto, irracional – quanto menos se respeita a autoridade das cortes de vértice. É claro que vários sistemas de *civil law*, marcado por outras culturas, conservam o poder de o juiz ordinário decidir em desacordo com as Cortes Supremas, mas é interessante perceber que, na nossa cultura, não apenas se afirma abertamente um direito de o juiz decidir de acordo com a sua convicção, como ainda se tenta fortalecer o regionalismo – que é uma manifestação do individualismo – mediante uma suposta autonomia dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para interpretar o próprio direito federal. Tudo isso é reflexo do personalismo e, em alguns casos, desejo de manipular os casos de acordo com interesses locais, a evidenciar a presença do velho patrimonialismo na tentativa bizarra de disfarçar o interesse de privilegiar sob a desculpa de ‘liberdade para decidir’. O personalismo tem nítida relação com um sistema que privilegia as decisões individuais em detrimento das decisões da Corte que representa a vontade institucional, enquanto o patrimonialismo somente pode sobreviver num sistema irracional, em que os casos sejam tratados de forma particularizada, sem qualquer respeito à igualdade e à segurança jurídica”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética... Op. cit.*, p. 91.

<sup>131</sup> “Nenhum povo está mais distante dessa noção ritualista da vida do que o brasileiro. Nossa forma ordinária de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez. Ela pode iludir na aparência – e isso se explica pelo fato de a atitude polida consistir precisamente em uma espécie de mímica deliberada de manifestações que são espontâneas no ‘homem cordial’: é a forma natural e viva que se converteu em fórmula. Além disso a polidez é, de algum modo, organização de defesa ante a sociedade. Detém-se na parte exterior, epidérmica do indivíduo, podendo mesmo servir, quando necessário, de peça de resistência. Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar intatas sua sensibilidade e suas emoções. Por meio de semelhante padronização das formas exteriores da cordialidade, que não precisam ser legítimas para se manifestarem, revela-se um decisivo triunfo do espírito sobre a vida. Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social. E, efetivamente, a polidez implica uma presença contínua e soberana do indivíduo”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil – Edição Crítica* (Org. Pedro M. Monteiro e Lília M. Schwarcz. Estabelecimento de texto e notas: Maurício Acuña e Marcelo Diego). São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 254-255.

<sup>132</sup> “A crise que acompanhou a transição do trabalho industrial aqui assinalada pode dar uma ideia pálida das dificuldades que se opõem à abolição da velha ordem familiar por outra, em que as instituições e as relações sociais, fundadas em princípios abstratos, tendem a substituir-se aos laços de afeto e de sangue. Ainda hoje persistem, aqui e ali, mesmo nas grandes cidades, algumas dessas famílias ‘retardatárias’, concentradas em si mesmas e obedientes ao velho ideal que mandava educarem-se os filhos apenas para o círculo doméstico. Mas essas mesmas tendem a desaparecer ante as exigências imperativas das novas condições de vida”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil... Op. cit.*, p. 248.

Por fim, cabe destacar: a cultura do “jeitinho” é reprodutora de desigualdade no processo civil e no Direito, seja por ser o oposto de regras claras e decisão racional, seja porque seus beneficiários são em geral os que mais contam com assistência jurídica (direcionada a obter vantagens dessas “brechas”) e/ou os litigantes habituais.

## 4. Motivação, Direito e processo civil:

### 4.1. As insuficiências do formalismo e do discricionarismo na motivação.

Diversas premissas são adotadas por Michele Taruffo ao estabelecer a motivação da sentença civil como tema de pesquisa, algumas das quais foram abordadas nos dois capítulos precedentes. Eis algumas: o excessivo simplismo do silogismo; a lógica dedutiva do silogismo deixa de lado os momentos de escolha (premissas e interpretações), tornando-o um modelo abstrato e ideal de juízo. Frente a essas premissas, podem ser extraídas duas consequências: o silogismo judicial desconsidera elementos não lógicos e não dedutivos; e, em perspectiva contrária a uma consequência extraível dessas premissas, a decisão judicial não pode ser considerada como algo “psicológico” e irracional.

Na introdução à edição brasileira do livro *A motivação da sentença civil*, escrita em 2014, Taruffo reconhece a pertinência do que havia escrito em 1975, ano de publicação do livro. Afirma que a posição tecnicista não leva em conta o sentido profundo da constitucionalização dos direitos. Existem implicações extraprocessuais e políticas de escolhas necessárias ao longo do processo civil, ou seja, inclui uma dimensão valorativa, a qual, somada à técnica, relaciona fato, direito, decisão judicial, o que torna a motivação uma atividade complexa<sup>133</sup>.

Pensar a motivação da sentença civil torna problemático o uso do silogismo judicial e da lógica dedutiva. É possível afirmar que a insuficiência da lógica formal dedutiva ao ser aplicada à norma jurídica, posto haver uma distinção entre silogismo teórico e silogismo

---

<sup>133</sup> “O argumento segundo o qual os fenômenos processuais não teriam nem poderiam ter alguma implicação extraprocessual, e menos ainda implicações políticas, exprime uma posição tecnicista e substancialmente empobrecida da administração da justiça, segundo a qual o processo seria constituído de uma massa de detalhes técnicos e mecanismos, ao qual seria estranha qualquer conotação valorativa. Não é por acaso que essas perspectivas são opostas ao pleno reconhecimento das garantias constitucionais do processo em toda a sua efetiva extensão e continuam a constituir a base de propostas metodológicas segundo as quais a doutrina processual deveria ocupar-se somente da exegese das normas codificadas. Resultam evidentes a limitação e a parcialidade dessas perspectivas: essas não colhem o sentido profundo do fenômeno representado pela constitucionalização dos direitos na sua totalidade. Esse mesmo fenômeno traz à luz as profundas implicações políticas presentes em muitíssimas áreas do ordenamento jurídico: naquilo que diz respeito às garantias constitucionais do processo, basta pensar, por exemplo, na garantia de defesa, no princípio da igualdade das partes e naquele da submissão do juiz à lei para dar-se conta de que o processo se encontra em um plano bem diverso daquele do tecnicismo dogmático caro aos exegetas das regras processuais ordinárias”. TARUFFO, Michele. *A motivação...* *Op. cit.*, p. 21-22.

prático (relativo à norma jurídica). A lógica formal dedutiva é eficaz na identificação erros ou falácias formais. A insatisfação com o argumento válido dedutivamente decorre de os argumentos no direito dizerem respeito a normas<sup>134</sup>, o que Atienza chama de silogismo prático ou normativo.

A linguagem, mobilizada no uso do silogismo prático, é a forma de raciocínio do indivíduo e sua manifestação, o que torna os signos linguísticos o meio utilizado para compreensão do mundo. É o aspecto social da comunicação que faz superar o esquema Sujeito-Objeto, clássica forma de compreender a verdade no mundo ocidental<sup>135</sup>. O estudo da linguagem e a superação do Sujeito-Objeto para o Sujeito-Sujeito levou a superação da compreensão de que o silogismo seria suficiente para interpretar textos e coisas. Colocaram-se em questão o modo e método matemático do conhecimento, cujo método dedutivo seria possível devido a este identificar e deduzir a “essência das coisas”. Se as coisas passam a não mais ter essência e bastarem em si mesmas serão passíveis de mudanças ou de outras explicações, o que é próprio da história<sup>136</sup>, e não da matemática.

---

<sup>134</sup> “Outro dos possíveis motivos de insatisfação provém do fato de a definição de argumento válido dedutivamente (aquela que é encontrada nos livros de lógica) se referir a proposições (premissas e conclusões) que podem ser verdadeiras ou falsas. Mas no Direito, na moral etc., os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciados em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade. Em consequência, surgem o problema de se a lógica se aplica ou não às normas. Por exemplo, Kelsen, sobretudo em obra póstuma, *La teoria general de las normas* (1979), sustentou enfaticamente que a inferência silogística não funciona com relação às normas. As regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (o silogismo em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas), que se baseia num ato de vontade (numa norma)”. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 18.

<sup>135</sup> “Diferentemente do que a filosofia da consciência sugeria, descobriu-se que os limites do mundo cognoscível são os limites da linguagem, e que quando o Sujeito raciocina, já o faz linguisticamente. Não se trata de uma terceira coisa entre a mente e o mundo; a própria maneira de manifestação do pensamento subjetivo se dá somente enquanto linguagem. Com base nisso, o primeiro momento dessa virada linguística foi de nítidos esforços na conceituação da utilização desses signos linguísticos na comunicação, que deu origem à semiologia e à semiótica. No que interessa ao presente estudo, cabe ressaltar que o *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, e a obra de Ferdinand Saussure (pai da semiologia como a conhecemos) reforçaram os estudos estruturais da linguagem, dos signos como meio de compreensão de mundo. Instaurou-se definitivamente a ‘invasão’ da linguagem na filosofia, e foi possível concluir que, como o tema da comunicação é sempre intersubjetivo, o esquema simplório de Sujeito e Objeto (S-O), isolados do mundo, parecia não dar conta de explicar como descobrimos a verdade dos sentidos das coisas”. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

<sup>136</sup> “O intuito desse primitivo círculo hermenêutico era possibilitar ao homem conhecer a essência de um texto, aquilo que seu autor *realmente* quis dizer... Em continuidade à ideia de tratar de modo ontológico algo que até então havia sido objetificado, podemos dizer que o conhecimento até Kant dava-se

Nesse sentido, pensar em possibilidades diferenciadas de tutela de direitos é, ao mesmo tempo, mudança de linguagem e opção por mudar formalismos estabelecidos. Por exemplo, na tutela de direitos individuais homogêneos o princípio da demanda pode ser revisto, o que contraria o formalismo quando o juiz optar por fungibilidade de tutelas, considerando instrumentabilidade e tutela adequadas<sup>137</sup>.

Como se mencionou nos capítulos anteriores, o formalismo varia ao longo do tempo de acordo com tradições e ordenamentos jurídicos. Exemplos: no período formular do direito romano, a fórmula do pretor estabelecia o limite da demanda, até porque não havia a ideia de motivação judicial ou requisitos formais específicos<sup>138</sup>; a reforma estrutural dos

---

confessadamente de modo *matemático*, aí entendido como um ‘método’ de conhecimento, criticado por Heidegger. Aqui, é importante deixar claro o que significa ‘matemático’ para a filosofia do conhecimento. ‘A expressão ‘o matemático’ tem sempre dois sentidos: significa, em primeiro lugar, o que se pode aprender do modo já referido e somente desse modo; em segundo lugar, o modo do próprio aprender e do proceder. O matemático é aquilo que há de manifesto nas coisas, em que sempre nos movimentamos e de acordo com o qual experimentamos como coisas e como coisas de tal gênero’ [Martin Heidegger. *Que é uma coisa?* Lisboa, 70, 1994, p. 82]. É matemático aquilo que é conhecido através de um método, um procedimento de regras predefinidas. O matemático é algo que é *dado*, cujo conteúdo ‘verdadeiro’ se desvela através do procedimento. O *método* é uma estrutura autossuficiente, é algo que promete resolver, de forma completa, a interpretação que o homem faz para conhecer textos e objetos. Ocorre que o procedimento matemático apenas teria sentido se falássemos nas coisas em sua essência, em sua natureza incontestável. A desconstrução da subjetividade por Heidegger torna fictícia qualquer construção matemática do conhecimento, e por isso há uma substituição da matemática pela *história*”. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões... *Op. cit.*, p. 46.

<sup>137</sup> “Problema maior, mas ainda vinculado à questão das tutelas específicas, representa a hipótese de pretender a parte tutela inibitória e o magistrado, vendo que o ilícito que se pretendia evitar já ocorreu, considerar a possibilidade de outorga de tutela reintegratória. Exemplifique-se: a parte formula pedido no sentido de impedir que certa empresa possa comercializar determinado produto, por lesar à saúde pública; surgindo, da prova dos autos, a constatação de que a mercadoria já está sendo comercializada, poderia o magistrado determinar a sua retirada do mercado?... A fungibilidade entre tais tutelas – inibitória, reintegratória, ressarcitória – é possível por uma estrita questão de lógica, sendo ademais uma imposição necessária em concessão ao princípio da instrumentalidade, que preside o sistema processual brasileiro. Realmente, não fosse a sustentação teórica que esta fungibilidade encontra, como se verá a seguir, esta plasticidade é fundamental para o próprio direito brasileiro e para a efetividade da jurisdição nacional, sob pena de mais uma vez, ceder-se ao formalismo em detrimento da solução dos conflitos e da realização dos escopos da jurisdição. Com efeito, impor ao autor, que pleiteia uma tutela inibitória mas não a obtém em tempo, que proponha nova ação para que sejam removidos os efeitos nocivos do ilícito, ou indenizados os prejuízos sofridos, é, no mínimo, absurdo revelador da insuficiência e da inadequação do sistema. Aceitar esta solução é, conquanto cômodo, aquiescer que o formalismo deve sobrepor-se à tutela adequada (ou, então, menos inadequada) do interesse dos objetivos do processo”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. cit.*, p. 184.

<sup>138</sup> “Como salienta Scialoja, a sentença no direito romano não era submetida a requisitos formais específicos (sequer sendo obrigatória a motivação da decisão); exigia-se, todavia, que ‘el juez diese cumplimiento a la obligación que le había impuesto el pretor, esto es, que dijera si el demandado debía ser absuelto o condenado’. A propósito, Gaio já advertia que, em havendo pedido determinado, o juiz estava proibido de condenar em quantia superior ou inferior ao solicitado (contido na fórmula), sob pena de incorrer em prevaricação por ser parcial. Somente poderia condenar a menos do que requerido se assim fosse

anos 1960-1970 apresentada por Owen Fiss, ao destacar os valores públicos presentes na Constituição dos Estados Unidos - um exemplo da insuficiência do formalismo é a chamada teoria da falha legislativa, a qual considerava a restrição da participação negra em Estados do sul dos EUA à época, impedindo a influencia e participação em decisões majoritárias<sup>139</sup>.

Linguagem e argumentação estão diretamente relacionadas com o modelo retórico de Perelman. O modelo de Perelman, de acordo com Taruffo, possui coerência interna e reconhece a insuficiência do raciocínio lógico-demonstrativo, e se caracteriza por ser um modelo de raciocínio jurídico dialético-prático que contempla valores e escolhas valorativas<sup>140</sup>. No entanto, apresenta problemas tais como: 1) aceitação acrítica do sofisma antilogicista (afirma que o raciocínio jurídico não é rigorosamente dedutivo-

---

autorizado pela fórmula (Gai, IV, § 2). De fato, embora a fórmula expedida pelo pretor devesse refletir o pedido realizado pelo interessado, era aquela (e não este) que determinava a extensão do trabalho do juiz. Justamente em razão dessa peculiaridade é que se dava tratamento especial às hipóteses em que a sentença extrapolava o pedido, decidia fora dele ou não avaliava toda extensão da fórmula outorgada. Aludia-se, nesse campo, no direito romano, à ideia da *plus petitio* e da *minus petitio*. O tratamento da *plus petitio*, cuja fonte principal é Gaio, buscava descrever o que ocorria nos casos em que a parte solicitava algo a par do que merecia ou em que a fórmula descrevia equivocadamente a intenção da parte”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. cit.*, p. 170.

<sup>139</sup> “De este modo, el fallo *Carolene Products* y la teoría del fallo legislativo tienen implicaciones importantes para la reforma estructural, en tanto proveen una base – invocada con cada vez mayor frecuencia desde los setenta – para criticar la intensidad del papel de los jueces en esta forma de adjudicación. La reforma estructural surgió en un contexto que no ponía a prueba la teoría del fallo legislativo. Efectivamente, los primeros casos de desegregación del sistema escolar, concentrados en el sur de los Estados Unidos, podían conceptualizarse como un tipo exacerbado de fallo compuesto. Con claridad, la presunción normal en favor de la regla de mayorías no era aplicable. El grupo víctima constituía el paradigma de la minoría discreta e insular a quien le había sido negada su participación formal en el proceso de mayorías. En efecto, en la época del fallo *Brown*, la población negra carecía del derecho al voto. Sin embargo, en un primer intento por evaluar la teoría del fallo legislativo y por entender sus implicaciones, debería reconocerse que, en los años setenta, la política racial ha cambiado y, como consecuencia de ello, el fallo *Carolene Products* y su compromiso con la regla de mayoría implica hoy en día desafíos importantes para la reforma estructural, incluso cuando ésta persigue la realización del valor de la igualdad racial”. FISS, Owen. El derecho como razón pública. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 27.

<sup>140</sup> “A definição do raciocínio do juiz como argumentação retórica decorre, ainda, também de premissas mais específicas que devem ser submetidas à análise crítica a fim de verificar-se a confiabilidade da tese segundo a qual o modelo retórico forneceria uma representação exaustiva da motivação. Em extrema síntese, tais premissas podem ser assim formuladas: 1) o raciocínio jurídico não é identificável com o raciocínio lógico-demonstrativo típico das ciências exatas: é um raciocínio dialético-prático, concernente essencialmente a valores e escolhas valorativas. O critério de racionalidade a esse aplicável é, portanto, o da argumentação retórica, típica do raciocínio dialético valorativo, consistente na capacidade de obter a adesão do auditório, que no caso do raciocínio filosófico e do raciocínio jurídico é o ‘auditório universal’. 2) O raciocínio jurídico é o raciocínio do juiz, na medida em que esse consiste no paradigma de qualquer raciocínio jurídico. Consequentemente, o raciocínio do juiz tem natureza retórico-argumentativa, cujo único modelo aceitável é o da argumentação persuasiva”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 181.

demonstrativo), e 2) as escolhas valorativas do raciocínio jurídico não quer dizer que o mesmo seja exclusivamente valorativo; ambas as proposições partem da premissa de separação total entre raciocínio jurídico e a lógica<sup>141</sup>.

Essa separação também é criticada quando se considera argumentação e prova<sup>142</sup>. Contudo, esta separação é válida de um ponto de vista crítico, o qual parte do pressuposto que é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos, e que a ideia de certeza da versão de determinada pessoa sobre um fato ocorrido é relativa às circunstâncias concretas. Nesse sentido, a prova também pode ser um meio retórico destinado a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, baseado na dialética e no método argumentativo<sup>143</sup>.

O acréscimo de premissas à explicação formulada significa reconstruir o argumento, o que torna insuficiente o uso do silogismo judicial por este não dar conta de modo “objetivo” ao juízo de valor incluso na premissa anterior à norma de Direito<sup>144</sup>. Outro

---

<sup>141</sup> TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 183.

<sup>142</sup> “A essa definição poderiam ser opostas as críticas endereçadas por Verde à noção de prova como elemento de argumentação, defendida por PERELMAN. Segundo Verde, essa teoria não pode ser aceita por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, porque o convencimento judicial não é apenas argumentativo; ao contrário, baseia-se também, ao lado dos juízos de valor, em juízos de validade, que podem ser demonstrados logicamente, o que, portanto, limita a amplitude e a liberdade argumentativa na convicção. De outro lado, sustenta VERDE que o critério de racionalidade de PERELMAN é impreciso e indefinido, porque se situa, em essência, ‘em propriedades intrínsecas da argumentação – aquelas para convencer qualquer auditório -, que necessariamente se referem a uma ideologia conservadora ou exaltam e premiam os instrumentos de manipulação do consenso utilizável na sociedade atual’. Nessa mesma linha de pensamento, salienta MARIO PISANI que a teoria que sustenta a natureza retórica da prova ressalta os aspectos ‘emotivos’ da decisão judicial, permitindo que o juiz baseie suas conclusões em meros elementos indiciários, sem a necessária prova racional dos fatos”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 72.

<sup>143</sup> “Nessa perspectiva, se retorna à definição que já lançamos, e que parece refletir, razoavelmente, a natureza da prova, como se pretende denotá-la: a prova, em direito processual, é *todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 72.

<sup>144</sup> “Essa última premissa não enuncia uma norma do Direito vigente e nem supõe a constatação de que se produziu determinado fato, mas sim que o fundamento dela são, antes, juízos de valor, pois ‘gravidade do fato’ e ‘personalidade do delinquente’ não são termos que se refiram a fatos objetivos ou verificáveis de algum modo; no estabelecimento dessa premissa, poderíamos dizer que o arbítrio judicial desempenha um papel fundamental. Mas isso significa que o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte – como ocorre nesse caso – podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é entimemática. Um argumento entimemático pode sempre ser proposto de forma dedutiva, mas isso supõe acrescentar

inconveniente do silogismo judicial, segundo Atienza, trata-se do enunciado normativo (plano do discurso) para o enunciado performativo (decisão judicial/plano da ação), uma passagem fora da competência lógica<sup>145</sup>. Sem esquecer que partes e juiz fazem uso argumentação para dar significado ao processo civil<sup>146</sup>.

Então, se a escolha de premissas evidencia o juízo de valor, a prática jurídica nem sempre traz isso como algo elementar. A “lógica do juiz” pode ser projetada de maneira enganosa, ou como um *corpus* lógico autônomo e unitário, ou como o *único* procedimento em que o juiz recorre à lógica. Essa forma de proceder encobre o problema dos valores no raciocínio do juiz. Por isso, deve-se citar um pressuposto importante: o uso de valores no raciocínio judicial não implica uma visão irracionalista. Para esta se afirmar, a atividade do juiz teria que ser considerada exclusivamente axiológica, o que é contrariado por duas razões básicas: há no juízo ao menos uma parte cognitiva, e é possível, ao menos em parte, uma racionalização do juízo de valor<sup>147</sup>.

---

premissas às explicitamente formuladas, o que significa reconstruir, não reproduzir, um processo argumentativo”. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito... Op. cit.*, p. 28.

<sup>145</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito... Op. cit.*, p. 29.

<sup>146</sup> “Argumentação tem um papel fundamental no processo judicial. Podem surgir controvérsias acerca do significado de um valor público ou da existência de uma norma e, deste modo, surgirem *oportunidades* para a intervenção judicial. Ademais, as cortes devem confiar na relação antagônica entre vários indivíduos ou órgãos públicos para a apresentação do direito e dos fatos. O juiz espera que o desejo de vencer das partes as motive. Portanto, a argumentação pode ser vista como um *modo de operação judicial*. De sua feita, a decisão do juiz pode eliminar a controvérsia, de modo que tal eliminação pode ser uma consequência da decisão judicial. No entanto, mencionada a importância do papel da argumentação na ação judicial, é igualmente importante reconhecer que a *função do juiz* – o estabelecimento de um propósito social e a definição de direitos e obrigações – não é solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos. O juiz desempenha tal função, basicamente, fazendo valer as normas públicas existentes e, conseqüentemente, protegendo sua completude, ou formulando novas normas. Essas normas podem: proteger os frutos das negociações ou trabalho de um indivíduo; regular o uso de automóveis ou determinar a responsabilidade por uma indenização; preservar mercados, restringindo fraudes ou monopólios; impor limites ao uso do poder estatal, entre outras medidas. No processo judicial estrutural, o juiz reorganiza instituições como uma forma de desempenhar essa mesma função”. *As formas de justiça*. In: FISS, Owen. *Um novo... Op. cit.*, p. 66-67.

<sup>147</sup> “A terceira razão da não banalidade do problema em exame nasce posteriormente da colocação que esse assume em relação aos sofismas lógicos e antirracionalistas antes examinados. De um lado, a presença de atividade axiológica no raciocínio do juiz determina a crise radical do sofisma logicista, dado que exclui a visão de semelhante raciocínio como concatenação puramente lógico-dedutiva. De outro, porém, dele não emerge a validade do sofisma irracionalista, senão por duas condições claramente inaceitáveis: que a atividade do juiz seja vista como exclusivamente axiológica e que se assuma uma visão totalmente irracionalista dos valores e dos respectivos juízos. Vice-versa, colocar o problema dos valores no raciocínio do juiz não implica nem justifica uma visão irracionalista do juízo, seja porque esse não verte sobre a parte não axiológica (isto é, mais nitidamente cognitiva) de semelhante raciocínio, seja porque não

Para Herbert Hart, o vínculo entre direito e moral existe, mas não pode ser compreendido erroneamente. Sob influência da moral, o erro é colocar o sistema jurídico sob sua necessidade obrigatória. Existem várias, e não uma única, relações entre direito e moral – pressuposto importante para uma discussão de fundo sobre normas iníquas e sua aceitação social em determinados contextos históricos. O que existe é uma variação ao longo do tempo da influência da moral sobre o direito, o que envolve diversas questões, mas o que Hart afirma é que não há motivo para uma crença na justificação moral das normas<sup>148</sup>.

No mesmo sentido, Bobbio postula que a linguagem do jurista - linguagem que em si já pode ser considerada como um instrumento imperfeito por continuamente ser interpretada - pode conter asserções (proposições verificáveis), mas não encobre o fato de em diversos momentos o jurista fazer uso do juízo de valor. Essa constatação coloca em questão o direito como ciência descritiva, mas não o leva necessariamente a ser prescritivo<sup>149</sup>.

---

se pode excluir uma possível racionalização dos próprios juízos de valor. Todavia, importa evitar situar o problema dos juízos de valor em perspectiva estritamente ontológicas e formalistas, nas quais tanto o racionalismo como o irracionalismo seriam igualmente pouco relevantes sob o perfil que aqui interessa. De outra parte, também a indagação a respeito da bondade ou não da possibilidade de o juiz realizar juízos de valor, não muda o dado indiscutível de que o juiz em concreto necessariamente realiza semelhantes juízos. Então, o problema não é tanto o de discutir o conceito de valor em si considerado, mas sim o de estabelecer como e com que fins o juiz realiza valorações de caráter axiológico e de viabilizar instrumentos adequados de controle externo tanto jurídicos como político-sociais também desse setor da atividade do juiz. Em semelhante perspectiva, é evidentemente relevante a distinção de fundo entre o plano do juízo e o plano da motivação”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 143-144.

<sup>148</sup> “É evidente que uma sociedade pode possuir normas (aceitas por seus membros) moralmente iníquas, como aquelas que proíbem que pessoas de determinada cor de pele usem instalações públicas, como parques ou praias de banho. De fato, mesmo a condição mais fraca, que requer, para a existência de uma norma social, apenas que os participantes *acreditem* existirem boas razões morais para obedecerem a ela, é demasiado forte como condição geral para a existência de normas sociais. Pois algumas normas podem ser aceitas simplesmente por deferência à tradição ou pelo desejo de se identificar com outras pessoas, ou, ainda, devido à convicção de que a sociedade sabe o que é bom para os indivíduos. Essas atitudes podem coexistir com uma percepção mais ou menos vívida de que as normas são moralmente passíveis de objeção. É claro que uma norma convencional considerada moralmente sensata e justificada pode também ser sensata e justificada de fato. Mas, quando se questiona a razão por que aqueles que aceitaram as normas convencionais como orientação para sua conduta ou como padrões para a crítica assim o fizeram, não vejo motivo para escolher como a única resposta possível ou apropriada, entre as muitas possíveis (ver pp. 148-9 e 150 deste livro), uma crença na justificação moral das normas”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 332.

<sup>149</sup> “Creio que existe o suficiente para afirmar que o jurista encontra-se muitas vezes com a necessidade de fazer escolhas de avaliação. Aceitando a tese segundo a qual as asserções, diferentemente de todas as outras formas de discurso, podem ser submetidas ao critério de falso/verdadeiro, pode se concluir tranquilamente que o discurso do jurista, enquanto sujeito a critérios diversos, como é, por exemplo, o

Da mesma forma não é possível desconsiderar que a tutela material dos direitos fundamentais está submetida a valorações. Ao se considerar a eficácia dos direitos fundamentais, destacam-se suas dimensões objetiva e subjetiva: as relações entre o Poder Público e particulares (eficácia vertical), as relações entre particulares (eficácia horizontal). Para a tutela de direitos, portanto, o que se sobressai é que a norma de direito fundamental sempre contém valoração, e eficácia irradiante, pois atinge todo o ordenamento jurídico<sup>150</sup>.

Como valorações não são dedutíveis diretamente da norma, a fundamentação jurídica, no limite, sempre diz respeito a questões práticas, à obrigação, proibição, permissão. Já ao considerar especificamente a argumentação jurídica e possíveis condições que a limitam, tem-se o necessário vínculo à lei, ao precedente, à dogmática. Porém, essas condições restritivas não levam a uma única resposta, pois os casos minimamente problemáticos necessitam de valoração que não são dedutíveis diretamente

---

critério de oportunidade, só em parte é composto por asserções. Assim, se por ciência descritiva se entende uma pesquisa que procede por, e conclui com asserções, isto é, com proposições verificáveis, este breve inventário das várias ocasiões em que o jurista é obrigado a intervir com juízos de valor deveria bastar para olhar com desconfiança a definição de ciência jurídica como ciência descritiva, e pelo menos a fazê-la considerar como uma definição persuasiva (como de resto é justo numa metajurisprudência prescritiva, que em geral não sabe que o é). Hoje sabemos que a tese da ciência jurídica como ciência descritiva nasce num determinado contexto histórico, em que, para salvaguardar a autoridade de uma fonte privilegiada do Direito, se tende a separar nitidamente o momento da reflexão sobre o *ius conditum*, que explica, mas não modifica o sistema de propostas de *ius condendum* que tendem a modificar o sistema”. BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 81-82.

<sup>150</sup> “As normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores, os quais incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Nesse sentido, é possível dizer que tais normas implicam em uma valoração de ordem objetiva. A norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante. Afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertencem somente ao sujeito, mas a todos aqueles que fazem parte da sociedade... Assim, a norma que proíbe a venda de produto reputado nocivo à saúde do consumidor ou a norma que obriga a instalação de equipamento antipolvente para evitar dano ao meio ambiente. A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e deste modo influir sobre a vida social e política, regula o modo de ser das relações entre os particulares e o Estado, assim como as relações apenas entre os sujeitos privados. Nessa última perspectiva, é possível pensar na eficácia dos direitos fundamentais diante das relações entre os particulares”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela...* *Op. cit.*, p. 138-139.

das normas<sup>151</sup>, o que torna a racionalidade na fundamentação jurídica uma questão sobre juízos práticos ou morais gerais.

A incidência do juízo de valor na argumentação jurídica é uma premissa para que não seja possível uma única resposta dedutível. Nessa perspectiva, Hart entende que há várias - e não uma única - relações entre direito e moral. O que ocorre é uma variação ao longo do tempo da influência da moral sobre o direito. O que não há é o dever de conformidade a uma dada moral, vinculada à obediência da lei. Diversas questões envolvem a relação entre direito e moral e os critérios de validade jurídica de leis específicas, para Hart, não devem necessariamente incluir uma referência à moral ou à justiça<sup>152</sup>.

Outro aspecto importante na justificação racional da sentença civil refere-se à formulação da motivação em termos jurídicos, o que implica evidenciar aspectos não jurídicos que incidem na solução do problema<sup>153</sup>. Assim, tornam-se essenciais o

---

<sup>151</sup> “O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional. A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais gerais”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 548-549.

<sup>152</sup> “Há muitos tipos diferentes de relações entre o direito e a moral, e nada existe que possa ser isolado e estudado como se fosse a *única* relação entre eles. Ao contrário, é importante distinguir alguns dos muitos significados diferentes da afirmação, ou da negação, de que o direito e a moral se relacionam. Às vezes o que se postula é uma espécie de vínculo que poucos já negaram, se é que alguém o fez; mas a existência indisputável desse vínculo pode ser aceita erroneamente como sinal de uma ligação mais duvidosa ou mesmo confundida com esta... Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deve *necessariamente* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça, ou basear-se *obrigatoriamente* numa convicção amplamente difundida de que existe a obrigação moral de obedecer à lei. Mais uma vez, embora essa afirmação possa ser verdadeira em certo sentido, isso não significa que os critérios de validação jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou mesmo tacitamente, uma referência à moral ou à justiça. Pode-se afirmar que as relações entre o direito e a moral envolvem, além das citadas acima, muitas outras questões”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 239-240.

<sup>153</sup> “Além disso, de um ponto de vista mais geral, a realidade da motivação no conjunto de suas concretas manifestações é algo bem mais amplo, conforme se verá, do que as características que podem ser

procedimento e a reconstrução dos fatos como fator gerador de uma verdade no processo - uma reconstrução dos fatos que é realizada pela participação de partes e do juiz e consequente argumentação e produção de uma “verdade factível”<sup>154</sup>.

Em termos metodológicos, a identificação da retórica e do juízo de valor como integrantes da ciência e prática jurídicas destaca, como fenômeno social, a contínua e crescente racionalização do mundo ao longo da modernidade, tal como a busca da racionalidade de decisão e justificação das decisões judiciais. No direito, a racionalização como difusão dos princípios da liberdade e igualdade entre proprietários pode ser vinculada a uma tradução de padrões e valores socioculturais do ascetismo originário do capitalismo<sup>155</sup>; um direito racional como parâmetro de relações sociais e dominação.

---

determinadas do ponto de vista puramente jurídico. Trata-se de uma realidade que até quem pretenda adotar exclusivamente esse ponto de vista não pode deixar de lado, sob pena de falsear de modo redutivo o objetivo da própria pesquisa. Em síntese, as considerações precedentes induzem a resolver o problema da escolha metodológica no sentido de uma necessária integração da abordagem estritamente jurídica ao tema da motivação, ainda que se entenda a formulação em termos jurídicos como objetivo final e principal da pesquisa. Isso implica, de resto, a necessidade de evidenciar, senão todos os aspectos não jurídicos do fenômeno que podem parecer interessantes, pelo menos aqueles que se inserem no contexto de elementos metajurídicos necessários para a solução do problema sob o prisma jurídico. Como parecerá mais claramente em seguida, tal integração é destinada a mover-se na direção de duas principais diretrizes: a primeira, que tem suas raízes na consideração da motivação como indício, verte essencialmente sobre o papel que na decisão (e, conseqüentemente, na motivação) é desempenhado pelas escolhas de valor feitas pelo juiz e pelos condicionamentos que ele sofre; a segunda, que parte da interpretação da motivação como signo em sentido próprio, diz respeito essencialmente à determinação da estrutura lógica da motivação com relação à função que essa desempenha no contexto da sentença e tem, portanto, prevalente relação com a ‘forma’ que a motivação deve assumir para tal fim”. TARUFFO, Michele. *A motivação... Op. cit.*, p. 78.

<sup>154</sup> “Dentro desse paradigma, todo o conhecimento se trava na relação intersubjetiva. É a interferência entre os sujeitos que permite o conhecimento (ou mesmo, poder-se-ia dizer, a elaboração) dos fatos. Com respaldo nessa premissa, o processo deixa de ser instrumento para a reconstrução dos fatos (e futura aplicação da norma respectiva) para ser palco de argumentação. Vinga, novamente, a noção aristotélica da retórica e da tópica. A verdade é aquilo que o consenso do grupo diz que é, embasado esse em posições de verossimilhança e no diálogo argumentativo. Não importa mais a essência do objeto do conhecimento (que é inatingível). Não preocupa mais a confluência da ideia obtida da coisa com sua verdadeira essência – visão típica do paradigma do ser, já superado. Reformando a ideia de verdade formal, poder-se-ia dizer que o importante é obter a verdade ‘formal’, esclarecendo que o ‘formal’ aqui significa o procedimento utilizado para se atingir o conceito – procedimento esse que há de ser o consenso, atingido por meio do discurso habermasiano. A tanto pode-se chamar a ‘verdade factível’... A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, por meio de argumentos, contra objeções de possíveis, e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral’. Fica clara, então, a ideia de diálogo, de argumentação e de persuasão, como componentes indissociáveis da ideia de verdade factível”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção... Op. cit.*, p. 54-55.

<sup>155</sup> “Uma parte fundamental da racionalização da sociedade é desempenhada pelo direito, pela codificação jurídica das responsabilidades, normas e procedimentos, estipulando os parâmetros das ações e relações, das instituições e organizações. A partir dos princípios da liberdade e igualdade de proprietários, formalizados no contrato, institucionalizam-se, generalizam-se e cristalizam-se as condições e possibilidades formais do intercâmbio, negociação, parlamentação, controvérsia, prêmio e punição. Independentemente

No processo histórico de racionalização do mundo ocidental e propriamente mundial, Max Weber, em meio ao debate metodológico e a busca de objetividade e racionalidade nas ciências sociais, desenvolve a figura do “tipo ideal”, amplamente utilizado nas “ciências do espírito”. O que se destaca na construção de um “tipo ideal” é seu aspecto lógico, diferenciado de uma avaliação apreciadora, de juízo de valor<sup>156</sup>. “Estado”, por exemplo, é uma construção típica ideal possivelmente diferente de como a maioria dos cidadãos históricos o concebem<sup>157</sup>. Ou seja, enquanto conceito, o que prevalece é sua

---

das peculiaridades não apenas sociais, econômicas e políticas, mas também culturais e civilizatórias, as tribos, clãs, nacionalidades e nações podem tomar por referência critérios da racionalidade básica indispensável à interdependência. Juntamente com a racionalização do mercado, da empresa, da cidade, do Estado, do ensino, da cultura e da religião, desenvolve-se e generaliza-se o direito racional. Os códigos de todos os tipos, traduzidos em estatutos, normas e diretrizes, estabelecendo direitos e obrigações, prêmios e punições, traduzem os padrões e os valores sócio-culturais do ascetismo originário do capitalismo em disposições racionais secularizadas impostas e válidas para todos, independentemente das diferenças de classe, religião, raça, sexo e idade”. IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 156.

<sup>156</sup> “Ocorre sempre que o historiador começa a desenvolver a sua própria ‘apreensão’ de uma personalidade ou de uma época. Contrariamente aos padrões éticos constantes que Schlosser estabeleceu segundo o espírito do racionalismo, o historiador moderno, de espírito relativista, que, por um lado, se propõe ‘compreender por si própria’ a época de que fala, e que, por outro, também quer ‘avaliá-la’, sente a necessidade de obter os padrões dos seus juízos a partir da ‘própria matéria’ do seu estudo. Isto é, deixa que a ‘ideia’, no sentido de ideal, nasça da ‘ideia’, no sentido de ‘tipo-ideal’. E o atrativo estético deste procedimento constantemente o incita a esquecer a linha que as separa – daí esta situação intermediária que, por um lado, não pode reprimir o juízo de valor, e, por outro, tende a declinar a responsabilidade dos juízos. É necessário opor a tudo isto um dever elementar do autocontrole científico, único suscetível de evitar surpresa, e que nos convida a fazer uma distinção estrita entre a relação que compara a realidade com tipos ideais no sentido lógico, e a apreciação avaliadora dessa realidade a partir de ideais. Devemos repetir que, no sentido que lhe atribuímos, um ‘tipo ideal’ é algo completamente diferente da avaliação apreciadora, pois nada tem em comum com qualquer ‘perfeição’, salvo com a de caráter puramente lógico. Existem tantos tipos ideais de bordéis como de religiões. E, entre os primeiros, tanto existem alguns que, segundo a atual perspectiva da ética policial, poderiam parecer tecnicamente ‘oportunos’, como outros em que aconteceria justamente o contrário”. WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais. Tradução de Augustin Werner; introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. 5ª ed. São Paulo: Cortez - Editora da Unicamp, 2016, p. 260.

<sup>157</sup> “Vemo-nos obrigados a passar por alto a discussão pormenorizada do caso que é, em muitos aspectos, o mais complexo e interessante: a questão da estrutura lógica do conceito de Estado. A este respeito, pretendemos apenas fazer notar aqui que, quando perguntamos o que corresponde à noção de ‘Estado’ na realidade empírica, deparamo-nos com uma infinidade de ações e sujeições humanas difusas e discretas, de relações reais e juridicamente ordenadas, singulares ou regularmente repetidas, e unificadas por uma ideia: a crença em normas que se encontram efetivamente em vigor ou que deveriam estar, bem como em determinadas relações de domínio do homem pelo homem. Esta crença é, em parte, uma posse espiritual desenvolvida pelo pensamento, em parte sentida confusamente, e em parte aceita de modo passivo que se manifesta com os mais diferentes matizes nas mentes dos indivíduos. Se os homens chegassem a conceber com toda a clareza esta ‘ideia’, não precisariam da ‘teoria geral do Estado’ que se propõe esclarecê-la. O conceito científico do Estado, qualquer que seja a forma pela qual se fórmula, constitui sempre uma síntese que nós realizamos para determinados fins do conhecimento”. WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais... *Op. cit.*, p. 260-261.

estrutura lógica. Ou, posto de outra forma, são as intenções da pesquisa histórica que determinam a construção do tipo ideal.

Max Weber, reconhecendo a complexidade da realidade e das relações sociais, busca nos tipos ideais a construção de “individualidades históricas”<sup>158</sup>, e, com isso, não adota como método de estudo formas fixas e acabadas de ciência, o que torna fundamental a discussão sobre o método como meio de se obter a “objetividade” no conhecimento<sup>159</sup>, e a opção por um ideal de modelo fundamentado, a exemplo do que

---

<sup>158</sup> “Não só não havia meios mágicos de obter a graça de Deus para aqueles a quem Ele decidira negá-la, como não havia espécie alguma de meio. Combinada com as rígidas doutrinas da indispensável transcendência de Deus e da corrupção de tudo que se refere à matéria, esta solidão interna do indivíduo contém, por outro lado, a razão da atitude inteiramente negativa do Puritanismo para com todos elementos sensuais e emocionais na cultura e religiosidade subjetiva, pois são inúteis para a salvação e fomentam ilusões sentimentais e superstições idólatras, preparando, assim, uma base para um antagonismo fundamental para com os tipos de culturas sensualistas, por outro lado, ela forma uma das razões deste individualismo de inclinação pessimista e despido de ilusões, que, até hoje, pode ser identificado no ‘caráter nacional’ e nas instituições dos povos de passado puritano, em chocante contraste com os ângulos bem diferentes através dos quais, posteriormente, o Iluminismo encarou os homens. Podemos identificar claramente os traços de influência da doutrina da predestinação nas formas elementares de conduta e nas atitudes para com a vida nesta época com a qual estamos lidando, mesmo onde sua autoridade como um dogma estava em declínio. Estamos aqui interessados somente naquela que foi de fato a forma mais extremada dessa confiança exclusiva em Deus. Ela emerge, por exemplo, na repetição espantosamente frequente, especialmente na literatura puritana inglesa, de advertência contra qualquer confiança na ajuda da amizade dos homens. Mesmo o suave Baxter recomendava profunda descrença até do mais íntimo amigo, e Bailey exortava diretamente a não se confiar em ninguém e a nunca se dizer algo de comprometedor a quem quer que seja. Só Deus podia ser o confidente. Em chocante contradição com o luteranismo, esta atitude para com a vida ligou-se também ao quase desaparecimento da confissão – da qual Calvino somente suspeitava em virtude de suas possíveis más interpretações sacramentais – em todas as relações onde o Calvinismo se desenvolveu em toda a sua plenitude. Foi este um acontecimento da maior importância”. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsúnyl e Tamás J. M. K. Szmrecsúnyl. 10ª ed. São Paulo: Pioneira, 1996, p. 73.

<sup>159</sup> “O fluxo do devir incomensurável flui incessantemente ao encontro da eternidade. Os problemas culturais que fazem mover a humanidade renascem a cada instante, sob um aspecto diferente, e permanecem variáveis: o âmbito daquilo que, no fluxo eternamente infinito do individual, adquire para nós importância e significação e se converte em ‘individualidade histórica’. Mudam também as relações intelectuais, sob as quais são estudados e cientificamente compreendidos. Por conseguinte, os pontos de partida das ciências da cultura continuarão a ser variáveis no imenso futuro, enquanto uma espécie de imobilidade chinesa da vida espiritual não des acostumar a humanidade de fazer perguntas à vida sempre inesgotável. Um sistema das ciências culturais, embora só o fosse no sentido de uma fixação definitiva, objetivamente válida e sistematizadora das questões e dos campos dos quais se espera que tratem, seria um absurdo em si. Uma tentativa deste tipo poderá apenas rematar por uma justaposição de diferentes pontos de vista, especificamente particulares, e muitas vezes heterogêneos e díspares entre si, sob os quais a realidade tem sido, e permanecerá para nós, ‘cultura’, isto é, significativa na sua particularidade. Depois desta profunda discussão podemos, finalmente, dedicarmo-nos à questão que nos interessa metodologicamente, a propósito do estudo da ‘objetividade’ do conhecimento nas ciências da cultura”. WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais...* *Op. cit.*, p. 246.

propõe Alexy, que supere um simples modelo decisionista<sup>160</sup>. É preciso ressaltar que as disciplinas científicas possuem conceitos, métodos, comunidade científica, mas elas precisam de um discurso de “autorreferência”, “verdadeiro” e apropriado ao longo do tempo por autores e comentadores. Sem esquecer que a ciência procura configurar uma afirmação do poder simbólico de explicação do mundo<sup>161162</sup>.

---

<sup>160</sup> “No entanto, a um tal modelo *decisionista de sopesamento* pode ser contraposto um modelo *fundamentado*. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionais entre valores ou princípios colidentes”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 165.

<sup>161</sup> “A organização das disciplinas se opõe tanto ao princípio do comentário como ao do autor. Ao do autor, visto que uma disciplina define por um domínio de objetos, um conjunto de métodos, um corpus de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e de definições, de técnicas e de instrumentos: tudo isto constitui uma espécie de sistema anônimo à disposição de quem quer ou pode servir-se dele, sem que seu sentido ou sua validade estejam ligados a quem sucedeu ser seu inventor. Mas o princípio da disciplina se opõe também ao do comentário: em uma disciplina, diferentemente do comentário, o que é suposto no ponto de partida, não é um sentido que precisa ser redescoberto, nem uma identidade que deve ser repetida; é aquilo que é requerido para a construção de novos enunciados. Para que haja disciplina é preciso, pois, que haja possibilidade de formular, e de formular indefinidamente, proposições novas. Mas há mais; e há mais, sem dúvida, para que haja menos: uma disciplina não é a soma de tudo o que pode ser dito de verdadeiro sobre alguma coisa; não é nem mesmo o conjunto de tudo o que pode ser aceito, a propósito de um mesmo dado, em virtude de um princípio de coerência ou de sistematicidade. A medicina não é constituída de tudo o que se pode dizer de verdadeiro sobre a doença; a botânica não pode ser definida pela soma de todas as verdades que concernem às plantas... Ela precisa dirigir-se a um plano de objetos determinado: a partir do fim do século XVII, por exemplo, para que uma proposição fosse ‘botânica’ era preciso que ela dissesse respeito à estrutura visível da planta... Há mais ainda: para pertencer a uma disciplina uma proposição deve poder inscrever-se em certo horizonte teórico: basta lembrar que a busca da língua primitiva, tema perfeitamente aceito até o século XVIII, era, na segunda metade do século XIX, suficiente para precipitar qualquer discurso, não digo no erro, mas na quimera e na divagação, na pura e simples monstruosidade linguística”. FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 31-33.

<sup>162</sup> “Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e de Weber, a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito, e isto desde há séculos. Com efeito, aquilo a que se chama ‘o espírito jurídico’ ou ‘o sentido jurídico’ e que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo (evidentemente, com uma mestria mínima dos meios jurídicos acumulados pelas sucessivas gerações, quer dizer, do *corpus* de textos canônicos e do modo de pensamento, de expressão e de ação, em que ele se reproduz e que o reproduz) consiste precisamente nesta *postura universalizante*... A elaboração de um campo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares que funcionam como

Quando se trata da ideia de completude da motivação, verifica-se em Taruffo que a mesma não é restrita aos modelos dedutivo ou exclusivamente persuasivo<sup>163</sup>. O autor coloca como critérios de escolha a serem empregados pelo juiz os seguintes: 1) jurídico ou hermenêutico, 2) cognitivos, e, especialmente, 3) valorativos, os quais não contrastariam com brevidade e clareza de uma decisão judicial. Completude da decisão é entendida como consequência válida das premissas estabelecidas: a) premissas e dados relevantes, e b) regras de escolha<sup>164</sup>.

Um argumento pode ser dedutivo quando existem premissas com informações necessárias e suficientes. Contudo, muitas vezes as premissas são deficientes ou excessivamente contraditórias, diante do que é preciso construir novas premissas para se chegar à conclusão, o que leva a uma reformulação da norma da qual se parte, tornando-a

---

outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes no campo. Não há dúvida de que a história comparada do direito permite observar que, conforme as tradições jurídicas e conforme as conjunturas no seio da mesma tradição, as hierarquias variam entre as grandes classes de agentes jurídicos – as quais variam elas próprias consideravelmente segundo as épocas e as tradições nacionais e ainda segundo a especialidade: direito público ou direito privado, por exemplo. Mas não é menos certo que o antagonismo estrutural que, nos mais diferentes sistemas, opõe as posições de ‘teóricos’ condenadas à pura construção doutrinal, e as posições de ‘práticos’, limitadas à aplicação, está na origem de uma luta simbólica permanente na qual se defrontam definições diferentes do trabalho jurídico enquanto interpretação autorizada dos textos canônicos... A significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes (magistrados, advogados, notários, etc.), eles próprios divididos em grupos diferentes animados de interesses divergentes, e até mesmo opostos, em função sobretudo da sua posição na hierarquia interna do corpo, que corresponde sempre de maneira bastante estrita à posição da sua clientela na hierarquia social”. BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 216-218.

<sup>163</sup> “A referência a semelhantes cânones gerais de completude interessa também do ponto de vista da estrutura do discurso justificativo. De um lado, esses não implicam que esse deve ter forma dedutiva: pelo contrário, a análise desenvolvida anteriormente a propósito do modelo dedutivo da motivação colocou em evidência as razões pelas qual esse deve ser considerado inadequado como esquema exclusivo da justificação. de outro, os próprios cânones não implicam nem mesmo que a justificação da decisão deva ser essencialmente retórica, porque também se constatou como o modelo exclusivamente persuasivo da motivação pode traduzir-se em muitos casos como uma pseudojustificação e, como tal, inidônea para satisfazer as exigências a que a motivação deve responder”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 375.

<sup>164</sup> “A segunda consequência da conexão entre completude da motivação e exigência de justificação atine àquilo que importa para que uma assertiva possa ser entendida como motivada: essencialmente, a atenção deve ser direcionada uma vez mais para a afirmação dos critérios a partir dos quais a escolha realizada pelo juiz parece racionalmente correta, quer se tratem de critérios jurídicos ou hermenêuticos, cognitivos ou, especialmente, valorativos. Sob esse perfil, há completude da motivação a respeito do ponto decidido quando o juiz enuncia, além das premissas e dos dados relevantes para a decisão, as regras de escolha a partir das quais a própria decisão pode ser considerada uma consequência válida dessas premissas. Em caso contrário, faltando a indicação das premissas ou dos critérios de decisão, incompletude equivale à ‘insuficiência’ da motivação”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 375.

mais ampla para resolver o caso concreto<sup>165</sup>. Isso tudo, sem esquecer, que processo é cultural, ou seja, além de um ideal de busca objetiva pela verdade, possui ritual e crença: esta, por sua vez, precede e condiciona a ação. Como ressalta Chase, há um necessário ritual e crença no processo de resolução de litígios, propriamente cultural, no qual os “valores” são compartilhados pelo grupo social – um convencimento pela participação social<sup>166</sup>. Além, é claro, do direito racional como parâmetro de relações sociais e forma de organização e ordenamento, expressar um tipo ideal de dominação racional<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> “Quando as premissas contém toda a informação necessária e suficiente para chegar à conclusão, argumentar é um processo de tipo dedutivo. Mas normalmente precisamos argumentar naquelas situações em que a informação das premissas é deficiente ou, então, excessiva (não no sentido de redundante, mas no de contraditória) para podermos chegar à conclusão desejada. No exemplo dado anteriormente, o que existe é uma deficiência de informação... Em terceiro, é preciso construir hipóteses de solução para o problema, isto é, é preciso construir novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão. Se se trata de um problema interpretativo por insuficiência de informação, a nova premissa terá de consistir numa reformulação da norma de que se parte, que dê lugar a uma nova norma suficientemente ampla – ou suficientemente precisa – para abarcar o caso submetido a exame”. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito...* *Op. cit.*, p. 264-265.

<sup>166</sup> “Esta crença em arranjos culturais, estimulada pelo exemplo das figuras públicas, é aprimorada pelo fato de cidadãos comuns também lhe servirem de participantes. Mais que razão, estas práticas geram convencimento através da participação, seja pessoal ou mediante representação. Apenas por submeterem seu litígio a um terceiro, os indivíduos já reconhecem sua autoridade. ‘Todo o processo reafirma tanto o poder dos julgadores quanto a eficácia e a correção das normas que lhes orientam’. O ritual do processo deve ser replicado devido ao caráter construtivo que ele próprio assume, mesmo nos Tribunais contemporâneos. Como demonstrado, os procedimentos judiciais se tornam ritualizados através da repetição: uma forma de agir se transforma na forma correta de agir. ‘A ação ritual é repetitiva e por isso geralmente redundante, mas este elemento exerce um papel essencial na canalização de emoções, na orientação cognitiva e na organização dos grupos sociais’. Isto se dá através da participação. ‘Seguindo rituais, as condutas se tornam crenças’. Ou, conforme Geertz, vai-se ‘do modo como devemos agir considerando o modo como agimos’. A crença precede e condiciona a ação, e a ação também condiciona a crença. O processo de resolução de disputas é delineado para reafirmar as crenças que lhe servem de base e que nele ganham exterioridade através da ação; quando um julgamento Zande é encerrado com o *benge*, ou quando o mesmo acontece nos Estados Unidos com o veredito do júri fundado nas provas existentes nos autos, a mudança nas relações sociais que dali decorre tende a solidificar não apenas a crença no método, mas também nos valores e nas metafísicas que lhe são intrínsecos. Isto se dá de modo intenso o bastante para que os erros sejam imputados a aspectos inerentes ao próprio sistema, mantendo seus fundamentos incólumes”. CHASE, Oscar G. *Direito, cultura...* *Op. cit.*, p. 178-179.

<sup>167</sup> “Talvez se possa dizer que, para Weber, o direito racional é o coroamento do processo de racionalização inerente ao desenvolvimento do capitalismo como processo civilizatório. A racionalidade possível na empresa e no mercado, envolvendo o capital, a tecnologia, a força de trabalho e os outros fatores da produção codifica-se em última instância no direito racional. Ele é o parâmetro universal das atividades, ações, relações, instituições e organizações, envolvendo indivíduos e coletividades, nações e nacionalidades. Ainda que na mesma sociedade subsistam distintos tipos de dominação, tais como o carismático e o tradicional, entre outros, quando a dominação racional começa a predominar, ela tende a influenciar, recobrir, tencionar, modificar, recriar ou mesmo dissolver outras modalidades de organização das atividades produtivas e da vida social”. IANNI, Octavio. *Teorias da globalização...* *Op. cit.*, p. 157.

Faz-se que necessário lembrar, que ao relacionar juízo de valor e completude da motivação, necessariamente remete-se ao ordenamento jurídico e a jurisdição. A junção de normas primárias e secundárias, nos termos de Hart, é essencial para um sistema jurídico, mas não constituem todo o sistema. Ou seja, o acréscimo de normas secundárias faz surgir conceitos como legislação, jurisdição ou validade, no sentido de poderes privados e públicos, diferente de uma teoria do direito como a coação e um sistema jurídico caracterizado por uma obediência habitual da maioria às ordens e a simples comandos<sup>168</sup>.

É evidente que em termos de ordenamento jurídico, a motivação (enquanto procedimento) não pode ser mencionada de uma só forma. Por exemplo, na jurisdição penal os direitos fundamentais em jogo necessitam de uma rigorosa legitimação formal; já na jurisdição civil e administrativa a legitimação substancial satisfativa é o que a torna idônea e cuja motivação das sentenças pode corresponder inclusive às cláusulas gerais ou critérios valorativos, e não simples proposições assertivas<sup>169</sup>, resguardada por direitos

---

<sup>168</sup> “Com o acréscimo de normas secundárias ao sistema, amplia-se e diversifica-se consideravelmente o alcance do que se diz e se faz partir do ponto de vista interno. Essa ampliação acarreta todo um conjunto de conceitos novos, cuja análise também exige a consulta ao mesmo ponto de vista. Incluem-se entre esses conceitos as noções de legislação, jurisdição, validade, e, num aspecto geral, de poderes jurídicos, tanto privados quanto públicos”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 128.

<sup>169</sup> “Certamente a relação entre legitimação formal e legitimação substancial é bem mais diversa no direito penal do que nos outros setores do ordenamento. No direito penal a imunidade do cidadão contra intervenções arbitrárias, que é o específico direito fundamental sob o qual se reduz a sua legitimação substancial, é garantia precisamente pela estrita legalidade, isto é, pela sujeição do juiz apenas à lei, que ao mesmo tempo assegura a máxima legitimação formal; e isso deriva, como mostrei no parágrafo 37.5, do nexó existente entre a verdade processual, condicionada à estrita legalidade ou enumeração exaustiva dos casos específicos, e a liberdade do inocente contra o arbítrio. Nos outros setores do ordenamento, ao invés, o nexó entre as duas formas de legitimação é menos estreito. Mesmo na jurisdição civil e na administrativa é necessária a lei, como fonte de legitimação formal, para a existência de uma motivação ao menos em parte cognitiva, cuja validade é conexa com a fundamentação legal de seus argumentos; e é óbvio, sob este aspecto, que mesmo em tais casos uma hipotética enumeração exaustiva e a possibilidade de verificação do caso específico equivaleria ao máximo grau de legitimação formal. Todavia, à diferença da jurisdição penal – onde a estrita legalidade é necessária também, direi sobretudo, para garantir a possibilidade de verificação e falsificação das motivações da liberdade do imputado -, na jurisdição civil e naquela administrativa, nas quais os direitos fundamentais em jogo são de outra natureza, a legitimação substancial deriva da sua satisfação e não exige como garantia nem a verdade nem a enumeração exaustiva, e é por essa razão bem mais independente da legitimação formal. Mais exatamente, a legalidade civil e a administrativa não requerem a exata denotação dos casos específicos em concreto, mas podem ainda incorporar cláusulas gerais ou critérios valorativos; a motivação das correspondentes sentenças não deve necessariamente compor-se de meras proposições assertivas, mas pode ainda incluir juízos de valor; e a sua validade substancial não é tão maior quanto mais aproximadamente lhe é possível predicar-lhe a ‘verdade processual’, mas simplesmente quanto mais ela é razoavelmente fundada ou argumentada com referência a direitos fundamentais”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão... *Op. cit.*, p. 845- 846.

fundamentais. E motivação a partir de direitos fundamentais também pode, em virtude de confronto e superação de lei pelo juiz, significar a superação da lei (vontade da maioria do parlamento) pelos direitos fundamentais<sup>170</sup>. O discurso no âmbito dos direitos fundamentais não traz a certeza quanto aos resultados comparada ao discurso prático em geral, mas procura ser um procedimento argumentativo que atinja resultados constitucionalmente corretos, e racionalmente estruturado<sup>171</sup>.

Historicamente, o surgimento da motivação se dá mais como uma tentativa de controle externo em termos de adequação e legalidade das decisões judiciais, embora a concepção dominante de motivação tenha sido a sua função endoprocessual, servindo às partes e ao juízo recursal. O seu surgimento se dá mais como ideologia do iluminismo democrática no final do século XVIII e menos como cultura jurídica, e a rigor é apenas no

---

<sup>170</sup> “Os direitos fundamentais, num sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis, necessariamente estabelecem um confronto entre o juiz e o legislador. É certo que a superação da lei pelos direitos fundamentais obriga o juiz a se pautar por critérios objetivadores. Entretanto, tais critérios não são capazes de permitir uma segurança na delimitação dos conteúdos que devem subordinar a lei. Não há dúvida de que os direitos fundamentais, ao se colocarem acima da vontade posta pela maioria no parlamento, estão fora da disposição do Legislativo, e por essa razão deveriam expressar, em tese, o consenso popular. Fala-se ‘em tese’ pelo motivo óbvio de que o consenso popular é formado por concepções particulares, as quais são naturalmente conflitivas e antagônicas, bastando lembrar que, enquanto uns são contra o aborto a partir de convicções religiosas, outros o defendem em nome da liberdade... Ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental, o juiz deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição. Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental. Portanto, a afirmação do direito fundamental diante da lei deve significar oposição entre uma argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo Legislativo. Trata-se, como diz Alexy, de uma representação argumentativa a cargo da jurisdição em face de uma representação política concretizada na lei”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso... *Op. cit.*, p. 48-483.

<sup>171</sup> “As reflexões sobre a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais estavam voltadas à questão da controlabilidade racional dessa argumentação. O resultado é a constatação de que, a partir dessa base, a determinação e a estruturação da argumentação nesse âmbito ganham em racionalidade, mas também que a extensão e a força do controle que daí decorrem são limitadas. Uma considerável lacuna de racionalidade permanece. Essa lacuna é preenchida pelo processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais: o discurso de direitos fundamentais. O discurso de direitos fundamentais é um procedimento argumentativo que se ocupa com o atingimento resultados constitucionalmente corretos a partir da base aqui apresentada. Como a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é determinada apenas de forma incompleta por sua base, a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito. Isso significa que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral. Por isso, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 573-574.

século XX, mesmo na Europa ocidental, que ocorrerá a difusão e posteriormente a constitucionalização da obrigatoriedade da motivação<sup>172</sup>.

No *common law*, embora ausente historicamente o dever de motivação, pode-se dizer que a busca de motivar as decisões sempre fizeram parte dessa tradição jurídica. Na Inglaterra, há registro de decisões motivadas desde o século XII, aquilo que modernamente as justificativas das decisões judiciais vão ser expressas na *ratio decidendi*<sup>173</sup>. Posteriormente vai ser amplamente difundido de que o juiz precisa seguir um

---

<sup>172</sup> “O único momento, de duração muito breve, na qual se assiste ao aparecimento de uma tendência mais difundida e homogênea relativa à introdução do princípio geral da obrigatoriedade da motivação, é aquele que coincide com a formação das repúblicas jacobinas que se segue à conquista napoleônica... De um ponto de vista mais geral, as considerações que valem para a situação italiana valem também para a situação europeia, tal como essa se configura no final do século XVIII. Inicialmente, existem duas concepções distintas a respeito do papel da motivação e das finalidades a que essa responde, cada qual com suas correlatas implicações culturais e ideológicas igualmente diferentes. Segundo a primeira dessas, a função precípua da motivação e, portanto, a *ratio* fundamental do seu dever, consiste em tornar possível o controle externo, por parte da opinião pública e da sociedade em geral, da adequação e da legalidade da decisão. Nessa perspectiva, que não nega a função endoprocessual da motivação, mas centra-se no seu aspecto extraprocessual, são corolários inevitáveis o princípio da total publicidade da motivação e a impossibilidade de o seu respectivo dever sofrer qualquer tipo de limitação. A motivação configura-se, assim, como um componente essencial do provimento jurisdicional, independentemente da orientação do juiz e do interesse das partes em cada caso, dado que a possibilidade de controle externo sobre o modo com que o juiz exerce o poder que lhe é atribuído pode subsistir apenas se ilimitada e incondicionada. No fundo dessa concepção está não tanto a cultura jurídica do iluminismo global e genericamente considerada, quanto mais especificamente a ideologia política do iluminismo democrático, cuja manifestação mais coerente e completa aparece na legislação revolucionária da França. No entanto, fortemente dominante é a segunda concepção, pela qual a função da motivação é tipicamente endoprocessual e consiste em permitir que as partes percebam com clareza o significado da decisão, especialmente para eventualidade do recurso, e que o juízo recursal valore adequadamente o fundamento da decisão impugnada. Com essa concepção são evidentemente compatíveis limitações de várias ordens, seja no que concerne ao regime da publicidade da motivação, seja no que tange à extensão do seu dever”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 286-287.

<sup>173</sup> “Uma característica constante da história dos ordenamentos processuais de *common law* é representada pela ausência do dever de motivação. Essa é acompanhada, porém, de uma praxe não menos constante, ainda que não absolutamente generalizada, no sentido de ajuntar à decisão a exposição das respectivas razões. Aliás, é exatamente a existência dessa praxe, consolidada progressivamente em um longo arco de tempo, que provavelmente explica como nem o legislador nem a jurisprudência tenham sentido a necessidade de formular uma regra expressa a respeito. Na Inglaterra, a existência de decisões motivadas está documentada já desde o século XII a partir dos *Rolls* em que são verbalizados os processos judiciais. A propósito, sublinhe-se que não aparecem motivadas apenas as sentenças pronunciadas pelo *judge*, mas normalmente são motivados também os vereditos emanados do *jury*, a que segue a sentença a que pode ser ou não, de seu turno, motivada. Aliás, é bastante frequente o caso em que tendo o *jury* emanado um veredito motivado, o *judge* limita-se a recebê-lo sem justificar a decisão com argumentos diferentes – não faltam hipóteses, porém, em que o veredito não é motivado e a decisão prolatada pelo *judge*, pelo contrário, o é. Aqui se encontra, evidentemente, em uma fase em que a natureza e a função do *jury* não são rigorosamente definidas diante daquelas concernentes ao *judge*, em especial, não é ainda aplicável a definição moderna do *jury* como juiz exclusivo do fato, tendo em conta que em alguns casos o *jury* acaba emanando um veredito também no que concerne ao direito, ainda que a definição entre as tarefas dos jurados e a do juiz apareça claramente delineada, já no final do século XII, por Glanvill. Em qualquer caso, o

padrão público e comum para que uma decisão judicial seja considerada correta, ou seja, seguir um caráter mais institucional e não simplesmente pessoal<sup>174</sup>. Embora Hart considere incertas as descrições de uma “teoria” inglesa dos precedentes<sup>175</sup>, identifica a forma como os tribunais aplicam os precedentes equivalem a ampliar o alcance de uma norma, seja “distinguindo” ou desconsiderando uma restrição a uma norma<sup>176</sup>.

---

dado relevante é constituído pela existência, na praxe, de uma tendência mais ou menos acentuada pela expressão, de forma mais ou menos ampla, da *ratio* sobre que se funda a decisão. Não é fácil estabelecer quais são as suas causas, também porque não consta que a literatura especializada tenha cuidado do problema: não parece, porém, que se tratasse apenas da exigência de viabilizar o controle sucessivo, que era da mesma forma possível a partir dos *Rolls* ainda na ausência de motivação. É, pelo contrário, mais provável que já fosse sentida de forma embrionária a exigência, intrínseca ao sistema de *common law*, de precisar a *ratio decidendi* da solução da lide”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 295-296.

<sup>174</sup> “Mas essa preocupação meramente pessoal com as normas, que é tudo que é *necessário* que os cidadãos comuns tenham quando obedecer àquelas, não pode caracterizar a atitude dos tribunais diante das normas mediante as quais operam como tribunais. Isso é especialmente evidente no caso da norma última de reconhecimento, cujos termos permitem estimar a validade de outras normas. Para existir, essa norma deve ser encarada segundo o ponto de vista interno, como um padrão público e comum para a decisão judicial correta, e não como algo a que cada juiz obedece em caráter meramente pessoal”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 149.

<sup>175</sup> “Como já vimos, a transmissão de normas gerais por meio de exemplos autorizados traz em si indeterminações de um tipo mais complexo. O reconhecimento do precedente como critério de validade jurídica tem significados diferentes em sistemas diversos e até no interior do mesmo sistema em épocas diferentes. As descrições da ‘teoria’ inglesa do precedente são ainda, em certos pontos, altamente discutíveis: na verdade, até as palavras-chave usadas na teoria, ‘*ratio decidendi*’, ‘fatos materiais’, ‘interpretação’ e outras, têm sua própria zona obscura de incerteza. Não faremos uma nova descrição geral, mas tentaremos apenas caracterizar sucintamente, como já fizemos no caso da legislação, a área de textura aberta e, dentro dela, a atividade judicial criadora”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 174.

<sup>176</sup> “Por um lado, os tribunais que julguem uma causa posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida no precedente; para tanto, restringem a norma extraída do precedente, admitindo exceções não consideradas anteriormente ou, no caso de terem sido consideradas, deixadas em aberto. Esse processo de ‘distinguir’ o caso anterior envolve a descoberta de alguma diferença juridicamente pertinente entre o caso passado e o atual, sem que a natureza dessas diferenças jamais possa ser determinada exaustivamente. Por outro, ao seguir um precedente, os tribunais podem desconsiderar uma restrição encontrada na norma tal como foi formulada a partir do caso anterior, com a justificativa de que não é exigida por nenhuma norma estabelecida mediante lei positivada ou precedente judicial. Isso equivale a ampliar o alcance da norma. Apesar dessas duas formas de atividade normativa, deixadas em aberto pela força obrigatória do precedente, o sistema inglês de precedentes acabou por produzir, com o uso, um grande conjunto de normas das quais um vasto número, tanto de grande quanto de menor importância, é tão preciso quanto qualquer norma legislada. Essas normas só podem, a partir de então, ser alteradas através de legislação nova, como declaram frequentemente os próprios tribunais em casos cujo ‘mérito’ parece apontar em sentido contrário às exigências dos precedentes estabelecidos”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 174-175.

## 4.2. A motivação judicial e seus destinatários.

Uma motivação da sentença civil procura atender um princípio de completude do discurso justificativo, dotando as decisões judiciais de alguns componentes estruturais, tais como: 1) interpretação das normas aplicadas, 2) verificação dos fatos, 3) qualificação jurídica do caso, e 4) declaração das consequências jurídicas derivadas da decisão<sup>177</sup>. Mas esse “tipo ideal” de completude não retira do direito a sua condição de ser parcialmente indeterminado ou incompleto. No pós-escrito que Hart escreve um pouco mais de três décadas após a primeira edição de seu livro (*O conceito de direito*), em resposta às críticas de Dworkin, Hart admite a criação do direito pelo juiz. Ao se deparar com circunstâncias em que o direito estabelecido não torna possível dar resposta a situação concreta, surge a necessidade de o juiz formular uma resposta; em Dworkin os princípios jurídicos implícitos ao direito estabelecido possibilitariam uma única resposta possível, e, sendo assim, não haveria criação do direito pelo juiz<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> “A referência às exigências de justificação de cada decisão implica do mesmo modo duas consequências: a primeira é que essas exigências estão *in re ipsa* em cada ponto relevante da decisão. Isso não diz respeito apenas à hipótese de decisão sobre as várias questões, mas também, em geral, sobre os componentes estruturais de cada decisão: em outros termos, existe a necessidade de motivação a respeito da interpretação das normas aplicadas, da verificação dos fatos, da qualificação jurídica do caso e da declaração das consequências jurídicas da decisão. Sob esse perfil, é ‘completa’ a motivação que fornece uma justificação adequada a respeito de cada um desses momentos em que se articula a decisão, entendida em seu sentido amplo de solução das questões controvertidas: então, a decisão é o parâmetro da motivação, justamente porque é o contexto das afirmações que devem ser justificadas, verificando-se a hipótese de motivação omissa quando uma dessas afirmações resulta privada de um fundamento racional expresso no contexto da própria motivação”. TARUFFO, Michele. *A motivação... Op. cit.*, p. 374-375.

<sup>178</sup> “O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana de minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não poderá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder. Dworkin rejeita essa imagem do direito como parcialmente indeterminado ou incompleto, e aquela do juiz como alguém que preenche as lacunas do direito ao exercer uma discricionariedade legislativa limitada, afirmando ser essa uma descrição enganosa tanto do direito como do raciocínio judicial. Com efeito, ele argumenta que não é o direito que é incompleto, mas a imagem que dele faz o positivista, e que isso ficará demonstrado por sua própria avaliação ‘interpretativa’ do direito como algo que inclui, além do direito estabelecido *explícito* – identificado mediante referência a suas fontes sociais -, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles que melhor se adéquam ao direito explícito, oferecendo ao mesmo tempo a melhor justificativa moral para este. De acordo com essa visão interpretativa, o direito jamais é incompleto ou indeterminado, de modo que o juiz nunca tem a oportunidade de sair do âmbito do

O reconhecimento da existência de interpretações variadas das normas jurídicas leva, evidentemente, a respostas também ampliadas sobre os significados daí decorrentes. Incluem-se aqui as interpretações que veem como consequência dessa amplitude, no mínimo, a dúvida quanto ao direito ser uma forma de racionalidade. O direito, de acordo com esse entendimento, não seria objetivo e capaz de conduzir às respostas corretas; seriam as opções políticas que levariam às decisões judiciais, apenas camufladas por retórica e pelo aparato judicial em torno<sup>179</sup>.

No entanto, o reconhecimento da amplitude interpretativa das normas jurídicas, ao mesmo tempo em que é uma maneira de constatar a realidade e uma crítica ao formalismo, não gera como consequência necessária e legítima o seu oposto, o discricionarismo e/ou irracionalismo. A própria ascensão do constitucionalismo leva ao princípio constitucional ser um fator de heterointerpretação das normas infraconstitucionais, possibilitando uma individualização da motivação em uma dupla perspectiva: 1) função endoprocessual (jurisprudência e doutrina dominante), e 2) função extraprocessual (princípio constitucional)<sup>180</sup>.

---

direito e exercer o poder de criar direitos para proferir uma decisão. Os tribunais deveriam, portanto, apelar a esses princípios implícitos, com suas dimensões morais, naqueles *hard cases*, ou ‘casos difíceis’, nos quais as fontes sociais do direito não determinam uma decisão”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 351-352.

<sup>179</sup> “Al igual que el Análisis Económico del Derecho, los Estudios Críticos del Derecho comienzan por enfatizar la textura abierta de los conceptos normativos que utilizan los jueces. Sin embargo, el propósito de este movimiento no es afirmativo sino negativo. En lugar de intentar superar la falta de certeza, los académicos afiliados a los Estudios Críticos del Derecho se regodean en la misma. En vez de imponer una estructura intelectual a todas las intuiciones en conflicto comprendidas en estos conceptos normativos, los adeptos a esta corriente aceptan esta textura abierta o (para usar su término favorito) *indeterminación* como una cuestión dada. En consecuencia, alegan que no existen estándares que limiten a los jueces o que determinen si una decisión es correcta en derecho. Para volver al ejemplo del Análisis Económico del Derecho, no existe un fundamento para decir que un uso de la tierra es más razonable que otro; o, si se utilizan ejemplos extraídos de los casos de derecho público de los que se han ocupado los Estudios Críticos del Derecho con más énfasis, no existe un fundamento para decir que una interpretación judicial de la cláusula de igualdad o del debido proceso es más verdadera que otra. La finalidad de este ejercicio consiste en negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad. El derecho no es lo que parece: objetivo y capaz de conducir a respuestas correctas. Es simplemente política vestida con otros ropajes. Los jueces hablan como lo hacen porque así lo determina las convenciones de su profesión y ello es necesario para mantener su poder, pero su retórica es una completa farsa”. FISS, Owen. El derecho como razón... *Op. cit.*, p. 259.

<sup>180</sup> “Finalmente, na medida em que não se considere a norma constitucional como uma mera duplicação das normas ordinárias, resulta de qualquer modo diversificado também o problema atinente à individualização dos vícios de motivação de que decorre a nulidade da sentença, no sentido de que essa deve levar em consideração não apenas os requisitos que interessam para que a motivação seja capaz de desempenhar a função a essa assinalada pelas normas ordinárias, mas também as condições que devem ser satisfeitas para que a motivação responda também às exigências em que inspirada a norma constitucional. Vale dizer:

Essa ampliação interpretativa leva a consideração crítica do silogismo como forma básica de raciocínio jurídico, possibilitando a ampliação de raciocínios jurídicos (normativos – ao menos uma das premissas e a conclusão são norma jurídica; não normativos – jurídicos apenas por acidente) e dos argumentos interpretativos do direito (extralógicos – meios puramente jurídicos; paralógicos – técnicas retóricas; lógicos – lógica formal propriamente dita)<sup>181</sup>.

A ampliação do significado das normas e conseqüentemente os usos de diferentes raciocínios e interpretações do direito são parte da crítica às insuficiências do formalismo abordadas no primeiro capítulo (itens 2.1. e 2.2.). As insuficiências da regra formal diante de situações concretas por vezes fazem parte da realidade social. No entanto, a exemplo do que é destacado por Owen Fiss, cabe aos tribunais vincularem suas decisões referentes aos processos e casos concretos à sua especial condição de dar significados aos valores públicos presentes na Constituição, tendo por base seu papel institucional de

---

interessa levar isso primariamente em consideração na definição do 'conceito mínimo' que deve estar presente para que a motivação possa ser considerada como adequada. Em suma, a individualização daquilo que a motivação deve conter para que o respectivo dever seja satisfeito é diretamente determinada pela sua *ratio* e, portanto, coloca-se de seu turno em uma dupla perspectiva: se de um lado deve-se levar em consideração a chamada função endoprocessual da motivação, em que se inspiram normalmente a jurisprudência e a doutrina dominante, as soluções formuladas nessa linha devem ser filtradas e integradas à luz da função extraprocessual da própria motivação, em que se surpreende o peculiar significado do princípio constitucional". TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 348-349.

<sup>181</sup> "Kalinowski (1973) considera raciocínios jurídicos aqueles que são exigidos pela vida jurídica, e apresenta para eles uma dupla classificação. Por um lado, distingue entre raciocínios de coação intelectual (lógicos), de persuasão (teóricos) e propriamente jurídicos (os que se baseiam em suposições, prescrições, ficções etc. estabelecidas pela lei). Por outro, ele separa os raciocínios normativos (em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas) dos não normativos (que seriam jurídicos apenas por acidente). Os raciocínios normativos, por seu lado, podem ocorrer no plano da elaboração, da interpretação ou da aplicação do Direito. Concretamente, no plano da interpretação do Direito utilizam-se tanto argumentos extralógicos, baseados em meios puramente jurídicos (por exemplo, os argumentos a rubrica, pro subjecta matéria etc.), quanto argumentos paralógicos, que se baseiam em técnicas retóricas (p. ex., os argumentos *ab autoritate*, *a generali sensu*, *ratione legis stricta* etc.) e argumentos lógicos, que se baseiam na lógica formal propriamente dita (p. ex., argumentos *a fortiori*, *a maiori*, *a pari* e *a contrario*). Contudo, os argumentos estritamente lógicos são regidos tanto por regras lógicas em sentido estrito (as da lógica deôntica fazem parte da lógica formal dedutiva) quanto por regras extralógicas, isto é, por regras jurídicas de interpretação do Direito. Além disso, Kalinowski considera que o primeiro tipo de regras se subordina ao segundo, o que poderia ser entendido no sentido de que a justificação interna depende da (ou é um momento logicamente posterior ao da) justificação externa". ATIENZA, Manuel. As razões do direito... *Op. cit.*, p. 35-36.

independência e o diálogo com as partes envolvidas. Consequentemente, buscar tratar de maneira similar situações similares<sup>182</sup>.

Então, pode-se chegar a uma definição de motivação como uma justificação racional, aberta e heterogênea, possuindo diferentes níveis e técnicas de argumentação, não sendo, portanto, demonstração ou simples argumentação retórica. Uma justificação racional é o uso correto dos diversos argumentos justificativos possíveis, incluindo forma dedutiva, inferências indutivas e lógicas dos juízos de valor. A motivação vista dessa forma, torna a teoria da argumentação retórica inadequada como modelo de motivação, e, também, a justificação puramente persuasiva não coincide nem mesmo com o discurso valorativo<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> “Hay quienes podrían considerar que el instrumentalismo inherente al proceso por el que se concreta el remedio es inconsistente con los dictados de la justicia formal; es decir, con la obligación de tratar de manera similar a quienes se encuentran en una situación similar. Podría incluso pensarse que contradice la idea de una Constitución única, aplicable por igual en todo el ámbito nacional. Las consideraciones subsidiarias que confieren al remedio un contenido tan específico podrían, por ejemplo, exigir que, en cierta comunidad, sea apropiado un plan de segregación basado en la libertad de opción mientras que, en otra comunidad, sea más conveniente un plan de asignación geográfica. En la reorganización de las cárceles, los hospitales o las instituciones de la asistencia social pueden surgir diferencias similares. No me parece que la existencia de un patrón tan variable de diseño del remedio sea objetable, toda vez que pueden existir diferencias entre las distintas comunidades que justifican un tratamiento diferenciado. Ni el ideal de la justicia formal ni la idea de una Constitución única, aplicable en todo el territorio nacional, obligan a que *todas* las comunidades sean tratadas de manera idéntica. Estos ideales sólo determinan que *comunidades similares* sean tratadas de forma similar. A mi juicio, el verdadero problema no surge de la existencia de un patrón variable de diseño del remedio sino de la ausencia de una conexión conceptual entre los procesos que confieren a los tribunales su competencia especial y los juicios de carácter instrumental. El lugar por derecho corresponde ocupar a los tribunales en nuestro sistema político depende de la existencia de valores públicos y de la promesa de los jueces...”. FISS, Owen. El derecho como razón... *Op. cit.*, p. 71.

<sup>183</sup> “Como resulta desta rápida análise exemplificativa, no âmbito da justificativa de segundo grau encontram-se todos os três níveis do discurso justificativo já distinguidos anteriormente. Isso não elide, porém, a possibilidade de individualizar uma estrutura racional, fundada sobre condições e correlações lógicas ou quase-lógicas, que se estende até a cobertura quase total da motivação. Daí descendem algumas consequências de ordem geral. A primeira é que resulta necessária uma aceção ampla do conceito de justificação racional, que compreende não apenas os procedimentos de forma dedutiva, mas também as inferências indutivas e a lógica dos juízos de valor, além dos argumentos quase-lógicos característicos do raciocínio jurídico. Sob esse perfil, a justificação é racional na medida em que se valha do emprego correto dos diversos argumentos justificativos possíveis... Contrariamente à difundida concepção da argumentação como justificação dos juízos de valor, a área de justificação puramente persuasiva não coincide nem mesmo com a do discurso valorativo, mas cobre somente aquela sua parte em que a justificação consiste na ‘reivindicação’ dos valores. Por fim, em linhas ainda mais gerais, resulta que a motivação não é corretamente definível nem como uma verdadeira e própria demonstração, nem como uma simples argumentação retórica. A definição mais correta é, portanto, aquela que se apoia no conceito de justificação racional, levando-se em consideração que se trata de um discurso com estrutura aberta e de natureza heterogênea, em que entram diferentes níveis de argumentação justificativa e diversas técnicas de justificação”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 258.

A justificação de uma decisão judicial não se trata de simples explicação ou preferência momentânea do juiz traduzida em uma simples decisão jurisdicional. Os fundamentos mobilizados para justificar a decisão judicial podem variar ao longo do tempo, mas são indispensáveis para legitimá-las a luz da Constituição e do caso concreto, e ser aplicável pelos demais Tribunais, lastreadas nos princípios de diálogo com as partes e independência do juiz<sup>184</sup>. O próprio raciocínio judicial pode ser considerado uma descontinuidade qualitativa. Admite-se uma validade parcial, pois nenhum modelo de raciocínio do juiz pode ser unitário e exaustivo. Ao contrario, pode ser dividido em raciocínio decisório (o qual tem por fim formular uma decisão), e raciocínio justificativo (sua unidade parte da decisão para justificá-la)<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> “La obligación de justificar las decisiones judiciales ha dado lugar a interminables debates acerca de los fundamentos apropiados de las mismas: el texto constitucional, las intenciones de los constituyentes, la estructura general de la Constitución, la ética, el bienestar de la nación, etcétera. La noción de justificación, a diferencia de la de explicación, implica que una decisión se funde en buenas razones. Por ello, éstas no pueden consistir en una preferencia, sea ésta de las partes trabadas en el proceso, del cuerpo político o del juez. En el contexto de una decisión judicial, a diferencia de una decisión legislativa, la declaración ‘prefiero’ o ‘preferimos’ constituye una explicación y no una justificación. Además, la razón que se avance para justificar un fallo judicial debe trascender, de algún modo, las creencias pasajeras y personales del juez o del cuerpo político acerca de lo que es correcto o justo o de lo que debería hacerse en el caso concreto. Se requiere algo más para transformar estas creencias personales en valores dignos de ostentar una raigambre constitucional y para derivar de ellas todas las consecuencias que esa raigambre implica: la sujeción de toda la sociedad a sus mandatos, el derecho a perdurar (no para siempre, pero si lo suficiente como para dar coherencia interna a nuestra moralidad pública) y la posibilidad de ser aplicados por los tribunales. Los jueces están obligados a hablar y a escuchar, y, en especial, a hablar de cierta manera. También están obligados a ser independientes. Por una parte, esto significa que no deben identificarse o tener conexiones con las partes en el proceso. Deben ser imparciales, distantes y desprendidos frente a los litigantes, de modo que sus decisiones no constituyan una expresión de los intereses (o preferencias) personales de éstos, lo cual constituiría una antítesis de la decisión correcta o justa. La regla de la imparcialidad también requiere que el juez sea independiente de la política, entendida ésta como el proceso mediante el cual las personas expresan sus preferencias”. FISS, Owen. *El derecho como razón... Op. cit.*, p. 34.

<sup>185</sup> “Daí resulta, portanto, que o raciocínio do juiz não é passível de descrição segundo um critério qualitativo constante: constitui, pelo contrário, uma *entidade complexa e qualitativamente heterogênea*, na qual se encontram segmentos por vezes definíveis a partir de uma ou mais formas lógicas ou mesmo segundo esquemas de qualificação quase lógicos ou puramente tópicos, valorativos ou retóricos. O caráter unitário desse raciocínio não deriva, assim, da homogeneidade de todos os seus componentes, mas da função que esse desempenha: o raciocínio decisório é identificável autonomamente na medida em que tem por fim a formulação de uma decisão; o raciocínio justificativo tem sua unidade, mais do que pela sua objetivação na motivação, tendo em conta que parte da decisão para justificá-la (ou, se assim o quisermos, parte das premissas que servem a fundar racionalmente a decisão). A função típica desse raciocínio permite distingui-lo dos raciocínios que correspondem a funções diferentes, mas viabiliza também analogias com raciocínios que desenvolvem funções análogas (por exemplo, entre o raciocínio decisório e o raciocínio ético ou entre o discurso justificativo do juiz e aquele de quem deva justificar racionalmente uma decisão). Importa menos, sob esse perfil, a pretensa especificidade qualitativa do raciocínio do juiz – essa subsiste somente no que diz respeito ao objeto específico mediante o qual o discurso é orientado e no que diz respeito ao sujeito que o formula (é o juiz que deve justificar de fato e de direito uma decisão judicial)”. TARUFFO, Michele. *A motivação... Op. cit.*, p. 195.

Um aspecto essencial da motivação é a congruência entre narrativa judicial e fatos provados. O raciocínio decisório faz uso de critérios racionais e o raciocínio justificativo utiliza argumentos para justificar como decidiu. Justificar é argumentar em favor da decisão, e não somente em favor da parte que venceu<sup>186</sup>, não havendo nem justificação implícita e menos ainda a desnecessidade de o juiz analisar as provas que não beneficiam a parte vencedora.

Ressalta-se que há os que enfatizam serem as provas são para o processo, e não para o juiz. Essa forma de entendimento busca retirar do juiz a livre escolha e qualificação de fatos relevantes para o processo e inclui os demais interessados na causa com, no mínimo, a mesma condição do juiz, além de comungar com o já exposto anteriormente da não consideração de provas na solução da causa<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> “Congruente é a narração que reflete o conjunto dos fatos, ou, em outras palavras, a que estabelece uma ligação com o conjunto dos fatos provados. A melhor versão, além de ausente de contradições, deve ser a que realmente espelha os fatos provados. A congruência, neste sentido, é um teste de verificação da correspondência entre a narrativa judicial e os fatos provados. Nessa perspectiva, TARUFFO afirma que são incongruentes as estórias incompletas ou ‘supra-abundantes’. No caso em que uma prova, parcela de uma prova, ou mesmo um fato provado não são tomados em consideração pela narrativa judicial, há incompletude. Não é incomum, com efeito, sentenças que deixam de referir determinados depoimentos testemunhais, a parte deles, ou ainda a fatos provados. Por outro lado, são muito frequentes as decisões que referem apenas as provas que confirmam a versão da parte vencedora ou, o que é pior, decisões que retalham as provas para dar fundamento à versão do vencedor. Como é evidente, aqui não estamos na dimensão do raciocínio decisório, mas sim na do raciocínio justificativo, pois o juiz não está buscando critérios racionais para decidir, mas sim argumentos para justificar como decidiu. Porém, o fato de o juiz ter de justificar, e não mais decidir, obviamente não lhe dá o direito de apenas lembrar as provas que apontam na direção da versão da parte vencedora, como se justificar fosse somente argumentar em favor da parte que venceu, e não argumentar em favor da decisão mesma. Ora, se o juiz preferiu as provas A e B – que favorecem o autor – em detrimento da prova C – que beneficia o réu -, não basta fazer referência às provas A e B, sendo necessário explicar a razão pela qual a prova C não o convenceu. Nessa altura, alguém poderia dizer que o juiz não precisa assim proceder, pois a aceitação das provas A e B implica na rejeição implícita da prova C. Essa ideia, contudo, não pode ter guarida, pois não há como pensar em justificação implícita, que, na realidade, é uma maneira de acobertar a inexistência de justificação. Ora, é preciso que o juiz faça referência a todas as provas, explicitando os motivos que o levaram a acolher umas e não outras”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção... *Op. cit.*, p. 338.

<sup>187</sup> “Se o juiz for tido como o destinatário das provas que ele mesmo ordena que sejam produzidas, a instrução processual poderá ser dirigida de maneira a dar respaldo a formação do seu convencimento subjetivo. Não obstante, essa parece ser a posição majoritária da jurisprudência. Já pelo contrário, se o destinatário das provas for o próprio *processo*, as consequências são outras. ‘O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, porque o que não está nos autos não está no mundo. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa’ [Nelson Nery Jr.; Rosa Maria Andrade Nery]. A diferença, portanto, de indicar quem é o destinatário da prova, está basicamente na formação do *convencimento* judicial e nas hipóteses de deferimento e indeferimento de

Outra questão relevante a ser mencionada é que o juízo de valor legitimado é aquele que provém de escolhas racionais possíveis (explicitação de regras-guias especificadas) e não contraditórias, sem esquecer que decisão “justa” também está de acordo com a ideologia e classe social do intérprete que a profere, fato que pode ser incluso como parte dos pressupostos e das escolhas de valor do juiz<sup>188</sup>. Mas como já expressei, juízos de valor e atributos de justiça incidem em interpretações e decisões judiciais, e o que se discute são formas legítimas de como isso ocorre.

Em suas respostas a Dworkin, Hart argumenta que sistemas jurídicos como dos EUA incorporam nos critérios de validade jurídica, além do que ele chama de pedigree, princípios de justiça ou valores morais substantivos, os quais podem integrar restrições jurídicas constitucionais, o que faz com que Dworkin entenda, segundo Hart, que a coerção jurídica depende de fatos evidentes, acessíveis a todos – o “ideal das expectativas protegidas”.

---

determinada prova. O que precisa ser concluído é que não pode caber ao juiz singular a tarefa de escolher quais fatos são ou não relevantes, dado que não é sua vontade o fato determinante para o conteúdo da decisão judicial que sobrevirá. Os fatos e acontecimentos provados serão reduzidos a texto e incluídos nos autos, e devem ser (re)interpretados não somente pelo julgador, mas por qualquer interessado. Por conseguinte, decisão que sobrevier em relação a essas provas deve *prestar contas* de por que cada fato foi considerado da maneira como o foi, e por que outros fatos não foram considerados para a construção da solução”. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões... *Op. cit.*, p. 250.

<sup>188</sup> “Deve estar claro, todavia, que não se trata de um juízo de racionalidade, ao menos que o intérprete assuma os valores em que crê como cânones absolutos da ‘razão’: trata-se, pelo contrário, de uma apreciação valorativa e substancialmente ideológica, que visa a estabelecer se a decisão é ‘justa’, ‘útil’, ou ‘boa’ do ponto de vista da tábua de valores éticos, sociais e políticos que constituem a ideologia do intérprete. Na medida em que o juízo depende também das escolhas de valor do juiz, semelhante apreciação poderá incidir sobre os pressupostos e as operações ideológicas de que o juízo decorra, além de sobre os enunciados finais em que consistente, e nessa perspectiva surge o confronto entre a ideologia do juiz e a ideologia do intérprete (ou da classe social de que esses são porta-vozes) em um nível que envolve todos os aspectos do juízo. Isso não apaga o fato, todavia, de que se trata de qualquer coisa diferente do exame de racionalidade do juízo em si considerado: no limite, torna-se legítima a rejeição, justificada no plano ideológico, da racionalidade do juízo – assim como é possível o consenso ideológico a respeito de um juízo carente de racionalidade... Inicialmente, a individualização do núcleo estrutural do raciocínio decisório no módulo da escolha entre alternativas segundo regras-guias determinadas, permite individualizar uma primeira noção, eminentemente *formal*, de racionalidade. Nesse sentido, é racional a escolha que, dada uma série de alternativas possíveis e dado um critério de seleção (ou diretiva de juízo), recai sobre a solução mais adequada de acordo com esse critério. Trata-se, na verdade, de um conceito que serve para qualificar como irracionais as escolhas intrinsecamente contraditórias (isto é, em que a escolha contrasta com o critério que deveria guiá-la), mas que não exclui – e antes implica – que as operações realizadas pelo juiz para fixar as alternativas e para individualizar os critérios de escolha sejam qualificadas como racionais ou irracionais segundo cânones de outra natureza. A propósito, a várias vezes assinalada heterogeneidade e descontinuidade de tais operações implica referência a uma pluralidade de cânones, que concretamente podem interseccionar-se ou sobrepor-se dentro do âmbito do raciocínio decisório”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 231-232.

Para Hart, as objeções postas por Dworkin podem conter vários defeitos e argumentar em favor de sua própria teoria positivista, a qual não admite ser “dos simples fatos”. Ao contrário, admite valores entre os critérios do direito, e ressalta que o direito não tem com fim justificar a coerção<sup>189</sup>. Esse é um debate que, a rigor, ocorre desde as oposições entre jusnaturalismo e jusracionalismo ou com o juspositivismo, mas o qual também leva às opções entre “direito legislado” e “direito judiciário”, o qual no common law inglês tem em John Austin, seguindo a tradição intelectual de Bentham, a preferência pelo direito positivo do parlamento, fundado na razão e adequado ao direito como comando<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> “A segunda descrição do ‘positivismo dos simples fatos’ feito por Dworkin não o trata como uma teoria semântica ou como algo baseado em considerações linguísticas, mas tenta reconstruí-lo como uma forma da teoria interpretativa dworkiniana por ele denominada ‘convencionalismo’... O fato, porém, é que essa descrição interpretativista do positivismo como convencionalismo não pode ser apresentada como uma versão ou reconstrução plausíveis de minha teoria do direito, e isso por duas razões. Em primeiro lugar, como já afirmei, minha teoria não é uma teoria positivista ‘dos simples fatos’, já que admite valores entre os critérios do direito, e não apenas ‘simples’ fatos. Mas, em segundo lugar, e mais importante, enquanto a teoria do direito interpretativa de Dworkin, em todas as suas formas, repousa sobre o pressuposto de que o objetivo do direito e da prática jurídica é justificar a coerção, eu não penso, e certamente nunca pensei, que o direito tenha esse fim ou objetivo. Como outras formas de positivismo, minha teoria não pretende identificar o escopo ou objetivo do direito ou das práticas jurídicas enquanto tais; portanto, nada há em minha teoria que apoie o ponto de vista de Dworkin, que certamente não subscrevo, de que o objetivo do direito é justificar o uso da coerção. Na verdade, acho totalmente inútil buscar qualquer objetivo mais específico ao qual o direito como tal possa servir, além daquele de constituir um guia para a conduta humana e oferecer critérios para sua crítica. Isso não servirá, evidentemente, para distinguir as leis de outras normas ou princípios que também os mesmos objetivos gerais; as características distintivas do direito são, primeiro, o fato de que provê, por meio de normas secundárias, a identificação, a modificação e a imposição de seus padrões; e, segundo, sua pretensão geral à primazia sobre outros padrões”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 320-321.

<sup>190</sup> “O desenvolvimento da teoria de Bentham na Inglaterra foi efetuada por seu discípulo John Austin, para quem o direito era identificado com soberania, comando e sanções. O direito em sentido estrito seria o direito positivo, em que as normas são suportadas por sanções e as leis são feitas de homens para homens, fundadas, portanto, na razão e na autoridade. Para Austin, só existiria direito em comunidades independentes que possuíssem um soberano político identificado, cujos comandos seriam seguidos, sendo esse soberano o parlamento, da tal forma que esse seria o único órgão com poder de promulgar o seu próprio direito. Austin inclui, contudo, o *judge-made-law* como uma parte do direito, no sentido de que o soberano delegaria autoridade ao juiz para criar o direito. a distinção estaria não em direito estatal e direito não estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto mediatamente. O common law, portanto, existiria por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, de modo que o ataque feito por Austin deu-se em termos de que seria ingênuo pensar que o common law não seria feito por juízes, mas se constituiria ‘em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo’. Embora reconheça o poder criativo do direito judiciário, Austin entende que o melhor é o direito legislado, elencado, para isso, uma série de defeitos apontados contra o direito judiciário e concluindo pela necessidade de substituição pelo direito codificado. Nos Estados Unidos a doutrina de Austin foi seguida por Langdell, que aplicava no ensinamento jurídico uma concepção sistemática do direito que era, conforme Tarello, sem dúvida de derivação austiniana. Também John C. Gray foi influenciado por Austin, na medida em que concebia a ciência jurídica como análise de comandos e reconstrução desses comandos a princípios sempre mais gerais”. MOTTA, Otávio. Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

A questão que se acrescenta às opções de direito “legislativo ou judiciário” é quanto aos limites a serem colocados às decisões judiciais e a viabilidade institucional de uma resposta que será dada pelo direito diante de situações as mais variadas presentes na realidade social. Não se trata da resposta “a mais correta” (moral), que pode tender a uma igualdade real, mas que em si, por vezes, não a garante. De acordo Fiss, essa forma de proceder limitando o alcance de uma decisão é consequência da opção de prevalência do direito sobre a moral<sup>191</sup>. Ou, em outros termos, evitar derivar moral da norma a partir de um ideal de estrita legalidade e que os juízes julguem de forma jurídica, fatos e não seus autores. Esse é um ideal de legalidade ao que Ferrajoli denomina formalismo ético do modelo cognitivo e garantista da jurisdição<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> “Hay quienes han sostenido lo contrario, y, en alguna ocasión, el profesor Frank Michelman – quien no es miembro del movimiento, pero ha sido obviamente seducido por éste – insistió que aunque en el derecho nunca podría haber respuestas correctas, en cuestiones morales si podría haberlas (de hecho, debe haberlas). Esta aproximación al problema no percibe el alcance de la ‘contradicción fundamental’ en toda su extensión y parece contradecir intuiciones comunes. Habida cuenta del aparato institucional del derecho y de los significados comunes que aglutinan y animan la profesión, pienso que es mucho más probable que existan respuestas correctas en el derecho que en la moral. Por supuesto, ésta no exige ‘la compulsión de una regla trascendente’, para usar una expresión de Michelman, como tampoco la exige el derecho. Como afirmé en ‘Objetividad e interpretación’, éste sólo exige un proceso de juicio sometido a límites. Insistir en lo contrario y describir el derecho en otros términos, como ‘trascendentes’, ‘mecánico’ o ‘unitario’, me parecen intentos forzados por restringir la crítica de los Estudios Críticos del Derecho al derecho y por dar credibilidad a una teoría jurídica que no se funda en la sofisticada noción de la ‘contradicción fundamental’ o algo parecido, sino en una forma especial de utopismo, que si bien aspira adecuadamente a una igualdad verdadera y sustantiva, no tiene en cuenta los arreglos institucionales necesarios para que este ideal se convierta en realidad”. FISS, Owen. *El derecho como razón...* *Op. cit.*, p. 263-264.

<sup>192</sup> “Para os juízes e funcionários, a obrigação política de observar a lei, identificando-se com o que há para aplicar, pareceria, portanto, incondicionada e inteiramente formal... Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em principio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso. Esta é uma primeira (aparente) aporia de natureza moral do garantismo. O formalismo ético nas posturas práticas dos juízes diante das leis segue o modelo cognitivo e garantista da jurisdição e da separação do direito da moral: a estrita legalidade, como se viu amplamente neste livro, exige moral e politicamente dos juízes que eles julguem apenas de forma jurídica e não também moral e politicamente, e apenas os fatos e não os seus autores. Todavia, como se mostrou amplamente e do mesmo modo, este é apenas um modelo normativo ideal. A variada integração moral e política do direito produzida pelo poder judiciário de disposição é tanto inevitável quanto o sistema jurídico está distante do modelo de estrita legalidade. E, por outro lado, a obrigação jurídica (ou dever jurídico), antes mesmo que política, vale para o juiz apenas em relação às leis válidas além de vigentes: isto é, unicamente pelos parâmetros constitucionais com base nos quais ele, juiz, foi habilitado a validá-las, em espaços igualmente inevitáveis de autonomia moral e responsabilidade política. De fato, viu-se, em um Estado de direito caracterizado por uma Constituição rígida, por um desvio seja puramente fisiológico entre esta e a legislação ordinária, assim como pelo poder do juiz de excepcionar a inconstitucionalidade das leis ou quanto menos de interpretá-las no sentido constitucional, a obrigação política destes em relação às leis

Importante a ser destacado é o fato de as diferentes concepções de legalidade passarem a ser impactadas, crescentemente, pelo dever de motivação, uma dever jurídico acrescentado paulatinamente às legislações e às Constituições. Se permanecerem dúvidas quanto à extensão dos diferentes provimentos do juiz, assim como o foi em termos de principio fundamental do ordenamento nos sistemas, com ausência de norma constitucional sobre o dever de motivação. Existem alguns princípios fundamentais da motivação no plano teórico, que são esclarecedores, entre os quais: 1) regra de “razão natural” como um princípio de razão suficiente (cujo mérito é a racionalidade da motivação e o problema pode ser uma sobrevalorização da cognição do juiz), e 2) um pressuposto do Estado de Direito<sup>193</sup>.

Dessa forma, a legitimidade da jurisdição na aplicação e em sua inevitável atividade criadora está nos critérios utilizados e justificados e, concomitantemente, em suas

---

reputadas injustas é de modo algum rígida, sendo em nada rígida a sua obrigação jurídica por causa das aporias jurídicas do garantismo analisado no capítulo que precede. O formalismo ético, em suma, é sempre um biombo bem frágil à irresponsabilidade moral e política do juiz para as injustiças por ele cometidas em nome da *dura lex*. Um verdadeiro conflito de consciência entre direito e moral poderia, de fato, para o magistrado configurar-se apenas se os valores incorporados (não nas leis ordinárias, mas) na própria constituição do ordenamento, contrastassem com os seus valores pessoais e morais, obrigando-o a violá-los ou cumpri-los. Mas esta seria talvez uma razão moral suficiente para excluir como injustificada a sua escolha de tornar-se juiz”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão... Op. cit.*, p. 851-852.

<sup>193</sup> “Em todos os outros ordenamentos a ausência de uma norma constitucional expressa de fixe o principio da obrigatoriedade da motivação deixa aberto o problema de saber se esse pode ser entendido como implícito no sistema dos princípios constitucionais afirmados e, portanto, se a esse se deve reconhecer ou não o *status* de principio fundamental do ordenamento processual... Relevância muito maior assume o problema em exame, pelo contrário, quando esse é colocado em um ordenamento cuja disciplina ordinária segue o modelo germânico. De fato, nesse caso esse não apanharia somente a questão, de importância marginal, da extensibilidade ao decreto da regra vigente para sentença, mas incidiria sobre outros aspectos de maior relevância: desse dependeria, de um lado, a legitimidade constitucional das normas que permitem os casos de sentença não motivada e, de outro, a possibilidade de recorrer mediante a *Verfassungsbeschwerde* da sentença privada de adequada fundamentação. Não por acaso, ademais, enquanto nos ordenamentos que contêm normas inspiradas no modelo francês não se colocou o problema ligado à existência de um principio fundamental implícito de obrigatoriedade da motivação, esse foi colocado com particular amplitude no âmbito da doutrina alemã, que conseguiu iluminá-lo nos seus aspectos fundamentais. De um lado, procurou-se demonstrar a existência do principio da necessidade da motivação no plano teórico geral, prescindindo-se da ligação com os princípios enunciados pela *Grundgesetz* a respeito da função jurisdicional: o principio foi considerado como uma regra de razão suficiente, bem como um pressuposto necessário do Estado de Direito, que só poderia ser configurado como tal se entendido como *rechtsfertiger Staat*. Todavia, se é verdade que desse modo colocam-se em relevo aspectos importantes da exigência que se encontra ao fundo do dever geral de motivação, deve-se reconhecer também que esses argumentos, por si só considerados, não são suficientes para demonstrar a existência desse dever entre as normas fundamentais vigentes no ordenamento processual”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61-62.

restrições<sup>194</sup>, mesmo porque uma função ativa do judiciário pode ser justificada e compreendida como distribuição do poder e contra majorias momentâneas<sup>195</sup>. Mesmo porque a atividade jurisdicional não pode ser entendida distante da tutela de direitos, sendo a jurisdição civil legítima a partir de um processo participativo e colaborativo, cujas múltiplas formas de efetivar o que dispõe a Constituição tornam possível relacionar litigância e mudança social, Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito<sup>196197</sup>.

---

<sup>194</sup> “Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária. Como tive ocasião de escrever em outro lugar, polemizando com a tese de John Hart Ely:... Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional. E essa possibilidade (...) é real não apenas em face do direito jurisprudencial ordinário, mas também em relação ao direito jurisprudencial constitucional, em que o instrumento para tal ab-rogação ou modificação é dado pela revisão constitucional, embora esta seja rara. Deste modo, a última palavra no processo de produção do direito pertence sempre à ‘vontade majoritária’, tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes... *Op. cit.*, p. 101-103.

<sup>195</sup> “... Parece-me, portanto, que a produção judiciária do direito, nada obstante todas as limitações que lhe são inerentes e das quais já falei, não é em absoluto antidemocrática por si mesma. Ao invés, é muito provável justamente o contrário, desde que se verifiquem as duas condições acima mencionadas, não de modo absoluto (o que é impossível) mas em grau razoável. e) Essa última conclusão pode ser reforçada por uma quinta e última consideração. Há pouco observei como apenas em sistemas democráticos de governo os direitos do homem têm a chance de serem respeitados. Contudo, o inverso também se mostra verdadeiro: a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais. E como notei em outra parte deste ensaio, citando eminente economista, ‘a preservação da liberdade exige a eliminação (da) concentração de poder (...) e a (...) distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, vale dizer, um sistema de checks and balances’ [Milton Friedman]”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes... *Op. cit.*, p. 106.

<sup>196</sup> “É óbvio que a melhor solução para tais questões não é a judicialização, mas o comprometimento do Estado na realização de políticas públicas que cumpram os objetivos Constitucionais, bem como a ação do legislativo em torno das questões polêmicas, buscando regulamentar toda a pauta necessária para a efetivação de um Estado Democrático de Direito. Na verdade, se todos os recursos gastos com o judiciário nas questões de Litigância de Interesse Público fossem transferidos de modo imperativo para a solução daqueles problemas que estão em litígio, o objeto de tais ações estaria perdido e os problemas constitucionais resolvidos. No entanto, é imperativo notar que essa não é a realidade do Brasil. Almejar o ideal e não lidar com as questões existentes como se o país já houvesse alcançado o ideal, significa alijar milhares de cidadãos do processo decisório, de soluções para suas demandas, de efetivação dos seus direitos fundamentais, o que exatamente oposto de um país constitucional, de um Estado Democrático de Direito. A relação entre litigância e mudança social é complexa e incremental, de modo que a litigância abrange apenas uma das muitas abordagens importantes para a reforma de um país, sendo que o Constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito são sistemas que exigem muitos esforços em variadas frentes, em perspectiva a longo prazo, de modo que ainda que a Litigância de Interesse Público não seja a única resposta, ainda assim é um elemento essencial para a construção de um país

Estados Constitucionais, portanto, são vistos na perspectiva do garantismo, assumindo o Estado de Direito uma dupla perspectiva: a) subordinação às leis gerais e abstratas (princípio da legalidade); b) deveres públicos de vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação de direitos sociais<sup>198</sup>.

---

comprometido com o que dispõe sua Constituição”. BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo (et al.). NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo e Litigância de Interesse Público. In: Processo e constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 308-309.

<sup>197</sup> “A Educação Infantil, ainda é um ‘tema de fronteira’ do direito à educação, tendo em vista que foi previsto na Constituição de 1988, mas apenas há pouco tempo foi reconhecida pelo poder judiciário como sendo um direito exigível. O dever de oferecer educação infantil a partir das EC n. 14/1996 e n. 53/2006 passou a ser dos Municípios que receberiam recursos do Fundo de Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), proporcionais ao número de matrículas efetivadas. No entanto, o reconhecimento legal da exigibilidade de oferecimento de educação básica pelo Estado ainda não era unânime nos Tribunais que muitas vezes indeferiam os pedidos de acesso à educação básica sob o fundamento de que: (i) a Administração Pública não teria recursos para prover o direito à educação (reserva do possível); (ii) o princípio da separação dos poderes barraria a ação do judiciário no campo das políticas públicas; (iii) impossibilidade de concessão de pedidos genéricos, quando à ação coletiva requisitava que fosse matriculada toda a demanda em determinado prazo. Esse entendimento dos tribunais começou a ser alterado pelas decisões de 2005 em que o STF em favor de Recursos extraordinários do Ministério Público, ao contrapor o TJSP: (i) reconheceu a exigibilidade imediata do direito à educação infantil; (ii) declarou expressamente o papel do judiciário na determinação de acesso à educação sempre que houvesse omissão dos demais poderes; (iii) interpretou que a cláusula de reserva do possível só poderia ser alegada para impedir uma ação judicial no campo das políticas públicas quando houvesse comprovação objetiva por parte da Administração Pública de que todos os recursos possíveis foram empregados e que todas as medidas possíveis foram pelo menos tentadas; (iv) afastou a discricionariedade como argumento de que o Poder Público apenas ampliaria a oferta de vaga na educação infantil com base em sua oportunidade e conveniência. O STF manteve o precedente em decisões posteriores, de modo que os Tribunais Estaduais também passaram a adotar o posicionamento do STF no sentido da uniformização jurisprudencial no país”. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata; ASSIS, Rafaela. Processo e Litigância... *Op. cit.*, p. 302-303.

<sup>198</sup> “Podemos, *grosso modo*, associar estes dois significados de ‘Estado de direito’ às duas noções aqui elaboradas a partir dos princípios da legalidade: à legalidade em sentido lato, ou *validade formal*, que requer, tão somente, que todos os poderes sujeitos dos titulares sejam legalmente predeterminados, bem como as formas de exercício; e à legalidade em sentido estrito, ou *validade substancial*, que exige, outrossim, que lhes sejam legalmente preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de decisão. O termo ‘Estado de direito’ é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste sentido é sinônimo de ‘garantismo’. Designa, por esse motivo, não simplesmente um ‘Estado legal’ ou ‘regulado pelas leis’, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão... *Op. cit.*, p. 790.

Parte importante do que se possa qualificar como legalidade se dá em assegurar condições tais como previsibilidade, igualdade de tratamento e definições do Direito, tarefas as quais torna imprescindível a atuação das Cortes Supremas. Suas funções como Cortes de Vértices são fundamentais para a própria racionalidade do ordenamento, e colocam-nas em uma especial posição institucional quanto a interpretações e definições do Direito, as quais devem ser claras e assumidas institucionalmente, com vistas a futuras e similares situações.

No ordenamento em sentido amplo, a identificação das razões que justificam uma decisão, a *ratio decidendi*, devido ser possível uma questão de direito ser resolvida por mais de um fundamento<sup>199</sup>, tem importância para os litigantes e também para os casos similares que vierem a tratar dos mesmos fundamentos. É nesse sentido que a doutrina, ao defender que as Corte Supremas não tem como fim atribuir racionalidade ao ordenamento jurídico, mas sim dotar de racionalidade em casos similares e vinculá-los às suas decisões juízes e tribunais, no sentido uniformidade de resposta do Estado ao cidadão e assim formar precedentes<sup>200</sup>. Ou seja, a previsibilidade do judiciário deve ser

---

<sup>199</sup> “Uma questão de direito pode ser resolvida mediante mais de um fundamento. Quanto mais ampla é a questão de direito, maior é a possibilidade de utilização de diversos fundamentos para resolvê-la. Assim, por exemplo, a questão da responsabilidade por danos é mais ampla do que a questão da responsabilidade objetiva por danos. Mas é na perspectiva da profundidade da indagação sobre a questão – e não da sua amplitude – que se pode ver vários fundamentos para a sua solução. É possível questionar se é preciso individualizar, no requerimento de instrução do incidente, o fundamento ou os fundamentos que devem ser debatidos e, até mesmo, pensar se a própria decisão da questão deve tomar em conta os fundamentos em separado. A necessidade de decisão em separado dos fundamentos pode ser facilmente deixada de lado, uma vez que não há motivo para não ajuntar fundamento diversos quando se tem em mira a resolução de uma questão de direito que importa à resolução de ações repetitivas e não à elaboração de precedente, ou melhor, de *ratio decidendi*. Lembre-se que se as Cortes Supremas não devem mais se limitar a corrigir a aplicação do direito não basta mais conhecer apenas a conclusão do julgamento, sendo imprescindível identificar as razões que justificam a decisão ou a escolha interpretativa. São essas razões que dão corpo ao precedente, tornando-o racionalmente aceitável e aplicável aos casos futuros. É a *ratio decidendi* ou as razões determinantes da solução do caso que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros. A afirmação majoritária do fundamento pelo qual se resolve uma questão de direito tem relevância apenas quando se pensa em *ratio decidendi*. Afinal, é a *ratio decidendi* que regula os casos futuros e, exatamente por isso, não há como pensar em uma *ratio* definida pela minoria do colegiado”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61-62.

<sup>200</sup> “A isonomia e a segurança jurídica são justificativas teóricas de um sistema de precedentes. O principal *treat like cases alike* é a base secular do *stare decisis*. O *common law* há muito tempo cuida para que o produto da atividade judicial não viole a igualdade. Já o *civil law*, por supor que o juiz poderia se limitar a descrever a norma contida no texto legislativo, deixou de se preocupar com a igualdade perante o Judiciário. Porém, sabe-se que atualmente o Judiciário tem papel mais relevante, pois deve colaborar com o Legislativo na tarefa de construção de um direito que responda às necessidades da vida em sociedade. Isso não

quanto ao seu entendimento sobre o texto legal, tendo por base a qualificação das situações jurídicas.

Quanto à motivação, a sua função garantista, diante do âmbito de valorações discricionárias do juiz, é uma garantia contra a degeneração da discricionariedade em arbítrio, a exemplo do que ocorre com a justificação racional do convencimento do juiz sobre os fatos, possibilitando controlabilidade interna e externa do processo<sup>201</sup>. O juiz precisa de padrão público e comum para uma decisão judicial ser considerada correta; ou seja, um caráter mais institucional e não simplesmente pessoal<sup>202</sup>.

---

apenas em razão de a evolução da teoria da interpretação ter colocado às claras que todo texto legislativo abre oportunidade para um significado atribuível pelo juiz e pela circunstância de que as normas abertas dependem de concretização judicial, mas também por haver consciência de que o direito deve estar em constante atualização e adaptação aos novos fatos sociais, para o que as normas constitucionais constituem uma ferramenta dotada da mais absoluta relevância. Nessa dimensão, a Corte Suprema não pode mais ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento, fruto de uma razão iluminista que outrora seduziu. É preciso que o ‘sentido’ do direito delineado pela Corte Suprema por intermédio do precedente paute a solução dos casos iguais ou similares, vinculando os juízes e tribunais. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens merecem – e apenas podem exigir – a melhor solução que o Estado pode obter para garantir-lhes uma vida justa. De modo que o valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes é exatamente a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao ‘direito’ delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução... *Op. cit.*, p. 63-65.

<sup>201</sup> “No plano teórico, a conexão entre a exigência de justificação e a configuração do juízo como conjunto orgânico de escolhas em diferentes medidas discricionárias resulta do modelo complexo de raciocínio judicial (sobre o qual vide supra, Capítulo V). No plano jurídico-político, em que aparece de modo mais evidente a função garantística da motivação (vide supra, § 4), a conexão especifica-se ulteriormente, na medida em que a exigência de uma justificação adequada da decisão existe com maior razão enquanto a gênese da própria decisão esteja no âmbito de valorações discricionárias do juiz: a motivação como instrumento de controle representa de fato a garantia fundamental contra a degeneração da discricionariedade em arbítrio. Essas considerações valem a *fortiori* para o juízo de fato, exatamente porque dominado pelo princípio da livre apreciação da prova, porque é assaz mais ampla a área do juízo não disciplinada ou pré-determinada por normas, seja em relação à *quaestio iuris*, seja em relação a sistemas probatórios inspirados no princípio da prova legal. Então, se de um lado adquire particular importância (jurídico-política, além de teórica) a racionalização da formação do juízo de fato, torna-se igualmente decisivo o problema da justificação racional do convencimento do juiz sobre os fatos, especialmente no sentido da sua controlabilidade interna e externa ao processo”. TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 369-370.

<sup>202</sup> “Mas essa preocupação meramente pessoal com as normas, que é tudo que é *necessário* que os cidadãos comuns tenham quando obedecem àquelas, não pode caracterizar a atitude dos tribunais diante das normas mediante as quais operam como tribunais. Isso é especialmente evidente no caso da norma última de reconhecimento, cujos termos permitem estimar a validade de outras normas. Para existir, essa norma deve ser encarada segundo o ponto de vista interno, como um padrão público e comum para a

Norberto Bobbio, ao escrever sobre o ser e o dever ser no direito, em texto da década de 1960, não propõe uma “metajurisprudência descritiva” (crítica à teoria de Kelsen), apenas esboça tendências possíveis. Ele propõe que da reflexão crítica surge o juízo de valor diante do qual o jurista observa, ordena diversas possibilidades e assume uma tarefa prescritiva<sup>203</sup>. A insegurança quanto aos resultados reitera a necessidade de decisões dotadas de autoridade, o que pode ocorrer também em um Tribunal Constitucional, no sentido de a decisão não ser exclusiva do parlamento. Dá-se, assim, a *institucionalização da jurisdição constitucional*, vinculando argumentação e decisão no âmbito do sistema jurídico<sup>204</sup>.

Por fim, destaca-se uma dupla perspectiva da motivação como central à Jurisdição: um controle sobre o poder do juiz e uma concepção democrática do Estado, o que inclui o papel ativo do juiz como intérprete da Constituição e na garantia e eficácia dos direitos fundamentais<sup>205</sup>. A motivação, a racionalização da justificação das decisões judiciais,

---

decisão judicial correta, e não como algo a que cada juiz obedece em caráter meramente pessoal”. HART, H. L. A. O conceito... *Op. cit.*, p. 149.

<sup>203</sup> “À guisa de conclusão, convém dizer que pondo em evidência o interesse dominante para uma metajurisprudência descritiva na fase atual dos estudos sobre a ciência jurídica, limitamo-nos a constatar uma tendência. De fato, não pretendemos prescrever que a metajurisprudência seja descritiva. Descrevemos uma diretriz, não propusemos um ideal. Não temos dúvidas sobre o fato de que a metajurisprudência não pode renunciar à sua tarefa prescritiva: surgem sempre novos modelos das cinzas dos precedentes. Aquele que reflete criticamente sobre a obra do jurista na sociedade não pode deixar de tomar posição perante o que observa, isto é, emitir juízos de valor. Nas ciências do homem, o juízo sobre o modo como se desenvolvem as coisas é sempre dado em função da pergunta: ‘É bom ou ruim que as coisas aconteçam deste modo?’. No máximo, se da fase atual da jurisprudência surgirem novos modelos, eles serão diferentes daqueles dos quais partimos. Em suma, aquilo que será destinado a mudar não é a atitude última da pesquisa crítica sobre a ciência jurídica a respeito dos ideais, mas o próprio ideal a ser proposto”. BOBBIO, Norberto. Direito e poder... *Op. cit.*, p. 86-87.

<sup>204</sup> “A insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade. Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional. O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a ideia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão. À luz dessa reflexão, a institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e crítica em um discurso racional no âmbito dos direitos fundamentais é algo inteiramente racional”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p. 574.

<sup>205</sup> “Na verdade, a concepção que reconhece a essência da motivação ao seu ser um documento não pode demonstrar a sua obrigatoriedade: essa subsiste, nessa perspectiva, apenas se e nos limites em que exista uma norma expressa que a sancione, mas não é em si um dado necessário. Com essa concepção seriam hipoteticamente coerentes de fato normas limitativas do dever de motivação (ou, no limite, que o excluísse), dependendo o regime do instituto apenas da valoração do legislador ordinário a respeito da utilidade

portanto, tem no processo civil o procedimento indispensável a legitimar a jurisdição civil, formando uma indissociável e indispensável relação garantista de controle democrático e plural do poder jurisdicional.

---

endoprocessual do 'documento' motivação. No entanto, a definição da motivação como elemento estrutural do provimento jurisdicional (que ressaí diretamente do artigo 111, primeira parte, Constituição), segundo a qual a decisão existe como tal se é racionalizada e controlável, coloca-se em plena consonância com os princípios filosóficos e políticos dos quais deriva o princípio da obrigatoriedade geral e incondicionada da motivação. Isso quer dizer, em suma, que a norma constitucional não impõe ao juiz um dever acessório em relação àquilo que constitui a manifestação típica da jurisdição, mas faz da motivação uma condição de 'jurisdicionalidade' dos provimentos do juiz, no sentido de que esses constituem expressões da jurisdição enquanto são motivados. Ademais, trata-se de um dado que se conecta coerentemente com a natureza da função jurisdicional no sistema do Estado democrático na medida em que esse pressupõe em qualquer caso a controlabilidade externa e difusa sobre as modalidades concretas de exercício do poder conferido ao juiz. Evidentemente, tudo isso leva a uma reformulação da chamada 'essência' da jurisdição, de que a motivação parece uma característica necessária, em um sentido radicalmente diferente das definições que se centram sobre a decisão como manifestação da vontade do juiz e veem nessa, e não na justificação do *dictum* judicial, o *principium individuationis* da jurisdição". TARUFFO, Michele. A motivação... *Op. cit.*, p. 380-381.

## 5. Conclusão:

Uma teoria dos direitos fundamentais implica um juízo de valor e um papel ativo do juiz. Faz-se necessário, então, uma Jurisdição Constitucional e uma sociedade democrática efetiva. E ambos possibilitam estabelecer mecanismos de controle da atividade judicial e promoção de tutela de direitos e das igualdades formal e material, princípios básicos de legitimação de um ordenamento jurídico e de uma sociedade democrática, e conseqüentemente do processo civil e do direito.

Da crítica do formalismo advém que o direito está submetido à interpretação e a escolhas valorativas. O seu reconhecimento se faz necessário para que existam e/ou se aprimorem formas de controle, tais como igualdade, participação e colaboração processuais. O direito positivado, inafastável por simples discricionariedade e produto de relações e forças sociais incorporadas pelo legislativo, está submetido ao intérprete e a controles de sua validade e eficácia. É parte da norma jurídica e não mais considerado expressão de um sistema jurídico dotado de completude, ou de resposta única do direito.

Porém, é preciso reconhecer criticamente que cultura e sociedade podem reproduzir acriticamente, ou mesmo intencionalmente em troca de privilégios ilegítimos, a exemplo da “cultura do jeitinho”, herança cultural brasileira, tendendo, como em qualquer sociedade com acentuada desigualdade social e econômica, ao benefício de poucos, ferindo isonomia entre os envolvidos no processo e previsibilidade e isonomia do direito.

Disso tudo, constata-se que a motivação no processo civil e no direito é fundamental em um ordenamento jurídico que tenha por fundamento Estado de Direito, sociedade democrática e justa, e os direitos fundamentais do cidadão. Racionalizar as decisões judiciais a partir de suas justificações, como já mencionado, não é um processo conclusivo e/ou estático.

Ao contrário. Embora um princípio crítico de legalidade seja indispensável, a lei em si, mesmo com a crescente constitucionalização da obrigatoriedade da motivação, não é garantia de sua efetividade. O que pode tornar a motivação uma garantia ao cidadão são inúmeros fatores, entre os quais o reconhecimento da atividade jurisdicional garantista, indispensável para a institucionalização da racionalização e controle da motivação.

Contudo, há quem diga que o limite da linguagem pode significar o limite do mundo. Pode, então, ser sinal de sapiência considerar que a linguagem jurídica só abarca uma parte do mundo da vida. São muitas as implicações práticas e teóricas. Algumas – muito do que vai pelo mundo o Direito não dá conta. No que lhe couber, trata-o com clareza e vocação, mesmo que para isso tenha que esperar o voo da coruja de minerva.

## 6. Referências:

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção o novo processo civil)

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo (et al.). **Processo e constituição: estudos sobre a judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BECKER, L. A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (Orgs.). **Garantismo processual: garantia constitucional aplicada ao processo**. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito.** Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada.** Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I.** 8ª ed. rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Prefácio da 1ª ed. italiana de Norberto Bobbio. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública.** Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. **Um novo processo civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970.** Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, revisão da tradução de Marcelo Brandão Cipolla, revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil – Edição Crítica (Org. Pedro M. Monteiro e Lilia M. Schwarcz. Estabelecimento de texto e notas: Maurício Acuña e Marcelo Diego)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOTTA, Otávio. **Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção o novo processo civil)

OSNA, Gustavo. **Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman)

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretaizone della legge.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. (Processo e direito)

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. **Lições de história do processo civil romano.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VENTURA, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsúnyl e Tamás J. M. K. Szmrecsúnyl. 10ª ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

\_\_\_\_\_. **Metodologia das ciências sociais.** Tradução de Augustin Werner; introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. 5ª ed. São Paulo: Cortez - Editora da Unicamp, 2016.

WIEACKER, Franz. **Historia do direito privado moderno.** Trad. A. M. B. Hespanha. 2ª ed. Rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.