

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

JOSÉ ALEXANDRE SILVA LEMOS

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO QUALIFICADA COMO REQUISITO PARA
POSTULAÇÃO NAS DEMANDAS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO, EM
FACE DA LEI Nº 13.655/2018**

Maceió\AL

2022

JOSÉ ALEXANDRE SILVA LEMOS

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO QUALIFICADA COMO REQUISITO PARA
POSTULAÇÃO NAS DEMANDAS QUE ENVOLVEM O PODER PÚBLICO, EM
FACE DA LEI Nº 13.655/2018**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de MESTRE em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva

Maceió\AL

2022

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária: Taciana Sousa dos Santos – CRB-4 – 2062

L557d Lemos, José Alexandre Silva.

O dever de fundamentação qualificada como requisito para postulação nas demandas que envolvem o poder público, em face da Lei nº 13.655/2018 / José Alexandre Silva Lemos. – 2022.
175 f.

Orientador: Beclaute Oliveira Silva.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 162-175.

1. LINDB. 2. Lei nº 13.655/2018. 3. Fundamentação. 4. Decisão judicial. 5. Consequencialismo judicial. I. Título.

CDU: 340.142

Dedico este trabalho a meu pai, Samuel Rocha Lemos (*in memoriam*), exemplo de amor, força, moral e felicidade. Suas palavras, conselhos, gestos e atitudes me moldaram a ser o que sou. Um beijo e um abraço apertado, te amo.

AGRADECIMENTOS

Ao fim desta jornada é necessário fazer alguns agradecimentos.

Durante o mestrado, ao fim das últimas disciplinas, perdi meu pai. Após vários anos lutando contra um câncer, em 25 de agosto de 2021, amanhecemos com a notícia de que Deus o chamou. Meu pai, Samuel Rocha Lemos, nascido e criado em Propriá (SE), era um sujeito diferenciado. Era uma fortaleza, enfrentava tudo sem medo, se destacava em tudo que resolvia fazer e, no seu período final, impressionava a todos com o seu bom humor e alegria. Nunca esteve cabisbaixo, triste ou desolado. Em todas as vezes que o encontrava sempre me falava com um sorriso genuíno que estava “gastando a vida”. Com certeza, fui privilegiado pela divina providência. Seu exemplo de vida, é que me fez soerguer após a sua partida e não tem um dia sequer que eu não deixe de pensar, sorrir com as várias lembranças e bom momentos pelos quais passamos. Lá no oriente eterno, sei que ele continua com sua alegria, suas brincadeiras e desbravando novos desafios. Sou eternamente grato a meu pai.

A alma gêmea de meu pai, minha mãe, Sônia Maria Silva Lemos, é também um ser de luz. Uma caruaruense, radicada em Feira de Santana e que por um acaso do destino conheceu o jovem bancário que iniciava sua carreira. Do namoro, veio o noivado e o casamento que durou cinquenta e dois anos. De minha mãe, professora de escola pública, aprendi muito. Seu olhar maternal se estendia aos seus alunos e este carinho era recíproco. Perdi a conta de tantas vezes que algum ex-aluno, já adulto, vinha espontaneamente cumprimentar minha mãe. Em todos os desafios da vida Soninha sempre manteve a calma e a confiança. Uma abnegada protetora dos filhos e uma avó babona. Seu olhar é sempre focado no cuidado com o próximo e continua ensinando a todos com o seu amor incondicional.

Agradeço a meus pais, Samuel Rocha Lemos (*in memoriam*) e Sônia Maria Silva Lemos, por tudo que me proporcionaram na vida, especialmente todo o cuidado, amor, zelo e sacrifícios pessoais. Sem vocês me apoiando nunca teria alcançado as conquistas que obtive.

Além dos meus pais, agradeço aos meus irmãos que verdadeiramente torcem por mim, que mesmo com a distância e com os contratempos da vida compartilhamos uma base sólida de confiança e união.

A minha família é minha grande incentivadora. Minha esposa, Gabriela, minha alma gêmea e meu amor, me incentiva sempre e me ajuda em tudo. Nada há de impossível ao lado dela. Também agradeço demais aos nossos filhos: Thalita, Milena, Beatriz, Bruno e Júlia. Eles dão sentido a tudo e por eles cada sacrifício vale a pena.

Muitos amigos merecem meu agradecimento. Os irmãos Fernando e Álvaro, foram meus maiores incentivadores a fazer o mestrado. Os dois, amigos-irmãos que a faculdade me deu, são acadêmicos natos. Fernando é Doutor e Álvaro é Mestre, ambos pela UFBA. Estiveram comigo desde o momento em que fiz a inscrição e me deram inúmeros conselhos durante essa caminhada. Incontáveis foram as vídeo-chamadas e sempre se fizeram presentes para que não esmorecesse perante todos os desafios. Gratidão. Além deles, agradeço penhoradamente aos amigos-irmãos Rolemberg, Christophe, Barata e Cláudio, distintos confrades do *Panteão*. Com eles, sempre encontro incentivo, uma boa conversa e ótimas risadas.

Também agradeço aos colegas Procuradores da PGE/AL. Muitos deles, ex-alunos do PPGD da FDA, que me passaram vários conselhos e dicas valiosas. A vivência profissional e a experiência adquirida me levaram a vários caminhos nessa pesquisa.

Agradecimento especial ao meu orientador, Dr. Beclaute Oliveira Silva. Prata da casa da FDA. Um Professor nato. Seu olhar atento e cuidadoso me colocou nos trilhos durante a pesquisa. Será sempre uma referência para mim na pesquisa científica e na arte de ensinar. Em nome dele, saúdo também os dedicados Professores da UFAL.

É preciso agradecer aos colegas da turma XV do mestrado da UFAL, que, com certeza, é uma turma única. Enfrentamos um desafio que nenhuma outra turma enfrentou. Vivenciamos um período sombrio da história mundial e do Brasil. A pandemia do Covid-19 afetou todos. Professores, servidores e alunos tiveram que se reinventar. Fomos lançados ao isolamento e passamos a viver e nos ver somente pelas telas dos computadores e smartphones. Nada de discussões pós-aula, conversas nos corredores, idas à biblioteca ou até o bate-papo nas possíveis caronas da FDA. Nossas aulas foram ministradas todas de modo on-line, graças ao empenho dos abnegados professores do PPGD da FDA. Uma pena que todo esse convívio interpessoal que o meio acadêmico proporciona foi tão afetado pelo período que vivemos. A cada colega de turma, meu abraço fraterno.

Por fim, agradeço a Deus. No primeiro semestre de 2021, contrai Covid-19 e pude vivenciar a angústia de tantos outros que a tiveram. Naquela época ainda estávamos sem vacina. Pude visualizar uma realidade que poucas vezes cogitamos: a possibilidade real e concreta do fim. Graças a Deus, à ciência e aos profissionais da saúde fui curado. Experimentei um pouco do amargor para poder celebrar com mais intensidade a vida. Por essa graça e por tantas outras manifesto meu agradecimento a Deus, fonte fecunda, verdadeira e imortal de luz, de felicidade, de virtude, de proteção e de amor.

*“Não se encontram os diamantes senão nas tenebrosas entranhas da terra; só se encontram as verdades nas profundidades do pensamento. Pareceu-lhe que depois de ter descido a estas profundidades, depois de ter andado às apalpadelas na maior densidade destas trevas, achara um desses diamantes, uma dessas verdades, que a tinha enfim na mão; contemplava-a portanto como deslumbrado [...] É necessário não hesitar ante nenhuma das consequências do que resolvi. Há ainda alguns fios que me ligam a esse tal Jean Valjean! É necessário quebrá-los. Neste mesmo quarto há objetos que acusam, objetos mudos que serviriam de testemunha; está decidido, é necessário que desapareça tudo”. (Vitor Hugo, em **Os Miseráveis**)*

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar como as alterações legislativas empreendidas na LINDB, pela Lei nº 13.655/2018, afetam os deveres de fundamentação da decisão judicial, bem como o papel das partes na construção da justificação da decisão. Partiu-se da constatação de que existe uma crise de racionalidade do direito que reflete na decisão judicial, por diversos fatores, e que dá azo a um ambiente decisório que proporciona a discricionariedade judicial. Assim, verificou-se a evolução do tema, precisando o desenvolvimento da fundamentação decisória no país, bem como o impacto de alterações legislativas, como o Código de Processo Civil de 2015 e as acrescentadas pela Lei nº 13.655/2018, na LINDB. Por fim, investiga-se a possibilidade de inserção do critério consequencialista na calibração da decisão judicial, o que afeta o dever de fundamentação do Juiz e, de igual forma, os ônus e deveres do autor e do réu na postulação contra o Poder Público. A opção metodológica foi por uma pesquisa exploratória e descritiva, que recorreu à análise da revisão bibliográfica e análise documental, diante da necessidade de investigação em fontes de natureza teórica e em documentos legais.

Palavras-chave: Decisão judicial; Fundamentação; LINDB; Consequencialismo; Ônus e deveres.

ABSTRACT

The present research aims to analyze how the legislative changes undertaken in LINDB, by Law No. 13.655/2018, affect the duties of reasoning of the judicial decision, as well as the role of the parties in the construction of the justification of the decision. It started from the observation that there is a crisis of rationality of the Law that reflects in the judicial decision, by several factors, and that gives rise to a decision-making environment that provides judicial discretion. Thus, the evolution of the theme was verified, specifying the development of decision-making in the country, as well as the impact of legislative changes, such as the Civil Procedure Code of 2015 and those added by Law No. 13.655/2018, in LINDB. Finally, it investigates the possibility of inserting the consequentialist criterion in the calibration of the judicial decision, which affects the judge's duty of reasoning and, similarly, the burdens and duties of the author and the defendant in the postulation against the Public Power. The methodological option was for an exploratory and descriptive research, which resorted to the analysis of the bibliographic review and document analysis, given the need to investigate sources of a theoretical nature and legal documents.

Keywords: Court decision; Reasoning; LINDB; Consequentialism; Burdens and Duties.

LISTA DE ABRECIÇÕES E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
EUA	Estados Unidos da América
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LLE	Lei de Liberdade Econômica
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A CRISE DE RACIONALIDADE DO DIREITO.....	16
2.1 Diferentes Paradigmas de Direito.....	16
2.2 O Juspositivismo.....	32
2.2.1 O Positivismo Francês – A Escola da Exegese.....	35
2.2.2 O Positivismo Alemão – O Pandectismo.....	37
2.2.3 O Positivismo Normativista de Kelsen.....	38
2.2.4 O Ataque ao Positivismo de Kelsen.....	43
2.2.5 O Debate Hart-Dworkin.....	47
2.3 O Pós-Positivismo.....	52
2.3.1 A Doutrina de Dworkin.....	55
2.3.2 A Doutrina de Robert Alexy.....	57
2.3.3 Os Problemas do Pós-Positivismo.....	60
2.4 O Problema da Confusão de Métodos.....	64
2.5 O Ativismo Judicial.....	70
2.6 Reações Legislativas.....	77
2.7 Conclusões do Capítulo.....	81
3 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	83
3.1 Algumas Diferenciações: Fundamentar ou Motivar?.....	83
3.2 Ônus e Dever de Fundamentação.....	84
3.2.1 Conceito de Ônus e Dever.....	86
3.2.2 Ônus e Dever na Postulação das Partes.....	91
3.3 O Dever de Fundamentação da Decisão Judicial no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	94
5	
3.3.1 A Evolução Histórica do Instituto da Fundamentação da Decisão Judicial no Brasil.....	945
3.3.2 A Constitucionalização da Fundamentação da Decisão Judicial.....	96
3.3.3 O Problema do Conteúdo da Fundamentação da Decisão Judicial.....	98
3.3.4 A Fundamentação da Decisão Judicial no CPC/2015.....	100
3.3.5 A Inserção pela Lei nº 13.655/2018 de um novo dever de Fundamentação para o Juiz...	103

3.4 O Modelo Colaborativo de Processo.....	104
3.5 Princípio da Cooperação: Remédio ou Veneno?.....	108
3.6 Conclusões do Capítulo.....	112
4 O IMPACTO DA LEI Nº 13.655/2018 NA FUNDAMENTAÇÃO DAS POSTULAÇÕES CONTRA O PODER PÚBLICO.....	115
4.1 Introdução.....	115
4.2 Pragmatismo, Consequencialismo, Análise Econômica do Direito e Decisão Judicial.....	116
4.3 As Alterações da Lei nº 13.655/2018 na LINDB e o Consequencialismo.....	124
4.4 O Consequencialismo na Estrutura Normativa da Decisão Judicial.....	127
4.5 A Análise Econômica e a Limitação de Direitos.....	130
4.6 Da Necessidade de Efetivação dos Direitos Sociais e os Litígios Estruturais contra o Poder Público.....	136
4.7A Postulação no Contexto da Multipolaridade do Processo Estrutural.....	143
4.8 As Alterações da LINDB e suas Consequências para Fundamentação no Processo Estrutural.....	149
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS.....	162

1 INTRODUÇÃO

No contexto das alterações empreendidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pela Lei nº 13.655/2018, foi estabelecido o debate quanto à inserção de um novo dever de fundamentação da decisão judicial, e, ainda, se esta etapa da justificação impõe a adoção do consequencialismo. Tal novidade legislativa instigou a presente pesquisa, de modo a verificar outros contornos que ficaram afastados do debate acadêmico que se instaurou.

Se a preocupação inicial do debate foi com o Magistrado, para especificar como este deve conduzir a análise das consequências da decisão, ou se adota o consequencialismo como método decisório, o trabalho desenvolvido buscou explorar aspectos relacionados com as demandas intentadas contra o Poder Público, tendo em vista que, diuturnamente são proferidas as mais variadas decisões contra a Administração Pública Direta e Indireta, em todos os níveis da federação. Desse modo, e como o debate consequencialista passou a ser objeto da decisão judicial, foi investigado como as partes atuam ou influem neste processo de tomada de decisão.

Além disso, deve-se levar em conta que o processo deixou de ser centrado exclusivamente na autoridade do Juiz, conforme novo modelo estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). O processo, no molde estabelecido pela legislação codificada, amplia a participação e aumenta as possibilidades de interação dos sujeitos processuais. A decisão judicial deve ser construída pelos sujeitos processuais, em uma relação dialógica entre as partes e o Juiz. O CPC acabou por adotar um modelo colaborativo de processo, no qual, supostamente, os sujeitos interagem para a produção de uma decisão que seja efetiva e justa.

No entanto, a fundamentação da decisão judicial precisa ser melhor equacionada. Se existe uma intenção do legislador em estabelecer um efetivo diálogo entre os sujeitos processuais, é também importante que sejam estabelecidos os critérios para a fundamentação da decisão judicial, de modo que esta não seja uma mera garantia constitucional sem normatividade.

É preciso dizer que o Código de Processo Civil de 1973 não cumpria tal mister. Foi forjado em uma época de restrições aos direitos e garantias fundamentais, na qual as instituições públicas, muitas vezes, eram manietadas para garantir a estabilidade do regime militar. Os cidadãos, por outro lado, eram intensamente reprimidos, diversas instituições, hoje consagradas na defesa dos direitos da coletividade, eram postas em posição de inferioridade na estrutura da sociedade brasileira. Com a redemocratização do país e, principalmente, após a promulgação

da Constituição Federal de 1988, houve uma exponencial evolução da participação popular e, conseqüentemente, um incremento nas instituições públicas e nas organizações da sociedade civil, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a OAB, as Defensorias Públicas, entre outras. Aliado ao fortalecimento institucional, a Carta de 1988 conferiu novos direitos aos cidadãos, estabeleceu a criação de uma miríade de diplomas normativos, reforçou as ações constitucionais, além de ter conferido destaque ao direito fundamental de amplo acesso ao Poder Judiciário.

As normas do CPC de 1973 foram ficando defasadas ao longo do tempo, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com as amplas possibilidades de acesso à Justiça. Algumas reformas foram acrescidas ao texto codificado, mas eis que um novo Código foi gestado, com o intuito de harmonizar as normas processuais à Constituição da República, adequação ao contexto social, simplificar procedimentos, incremento de rendimento e aumentar a coesão do sistema processual¹. Foi estabelecido como princípio, a cooperação entre as partes para a solução justa e efetiva do mérito do processo e em tempo razoável (art. 6º, CPC). Tal princípio não significa que autor e réu irão se unir para resolver a demanda. Na verdade, defendem interesses contrapostos, mas o que o princípio pretende fincar é a ideia de que o Magistrado deve integrar mais ao debate estabelecido no processo, analisando os argumentos e provas suscitados pelas partes, de forma completa ou, ainda, requerendo manifestações, esclarecimentos ou a apresentação de provas que possam se mostrar necessárias para a solução da lide.

É oportuno destacar que, não existe para as partes deveres específicos de fundamentação de suas postulações, assim como existe para os Juízes (art. 489, §1º, do CPC). Autor e réu, basicamente, expõem suas causas de pedir e seus pedidos, o que pode ocasionar postulações pouco precisas. Além disso, um ativismo judicial exagerado proporciona demandas com frágil conteúdo postulatório, muitas vezes, apenas fazendo-se referências a princípios sem relacioná-los com os fatos que envolvem um processo. Em função desse panorama, o legislador ordinário promulgou a Lei nº 13.655/2018, que acrescentou diversos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), com o escopo de dar maior racionalidade à fundamentação das decisões judiciais.

Dentre as inovações inseridas pelo Código de Processo Civil de 2015 consta a densificação do dever de fundamentação da decisão judicial. Para o Magistrado, além de seguir

¹ Tais objetivos foram enumerados pela comissão de juristas elaboradora do Código de Processo Civil de 2015, na exposição de motivos do referido Código. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. >. Acesso em: 29 jul. 2022.

outras determinações que o Código de Processo Civil já elencava (arts. 9º, 10º e 489, §1º) com relação à fundamentação, foi acrescido o dever de considerar os resultados práticos da decisão, quando a decisão invocar valores jurídicos abstratos.

O texto da Lei nº 13.655/2018 não estabelece restrição quanto ao dever de análise das consequências práticas da decisão. Em outras palavras, toda vez que o Magistrado decidir com fundamento em princípios ou valores jurídicos indeterminados, subsistirá a incidência do dever de verificar quais consequências a decisão irá impor no contexto fático. Assim, ante a generalidade de situações que a incidência da norma estabelece, optou-se neste trabalho, em centrar o enfoque nas decisões judiciais que envolvem o Poder Público, e, especialmente, nos processos estruturais.

Terá o julgador que ter o cuidado de analisar as consequências que a decisão implicará no funcionamento da máquina pública e, considerando tais consequências, escolher o meio que se demonstre mais racional e proporcional para a efetivação da decisão. Além de explicitar na fundamentação o porquê de escolher um ou outro caminho argumentativo-probatório, terá que demonstrar a medida mais adequada e proporcional para o cumprimento da decisão.

Frise-se que um problema que avulta da leitura inicial da referida alteração legislativa, consiste na impossibilidade de o Magistrado prever todas as consequências práticas da decisão. Muitas vezes o julgador não terá a experiência e o conhecimento do funcionamento das engrenagens da Administração Pública, de modo que não terá condições de entender todas as consequências que sua decisão reverberará no âmbito do Poder Público.

Tal problema não pode subsistir e, para que o Juiz possa exercer corretamente o seu dever de fundamentação, as partes têm também um papel na justificação de suas postulações. Assim, a fundamentação das postulações das partes é condição para a elaboração do futuro provimento jurisdicional. Tal mister deve ser inserido no âmbito do princípio da cooperação previsto no art. 6º, do Código de Processo Civil, qualificando-se o debate desenvolvido no processo.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em resolver o seguinte problema: investigar como as alterações promovidas pela Lei nº. 13.655/2018 na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), afetam a fundamentação das postulações das partes nas demandas que envolvem o Poder Público, especialmente nas lides estruturais, demonstrando ao Juízo as possíveis consequências práticas da decisão e alternativas possíveis.

Para tanto, terá por objetivo verificar o que levou o legislador a alterar a LINDB, constatando os problemas que surgem da aplicação da teoria pós-positivista em um ambiente de decisão pouco refletido e despreocupado com a fundamentação. Para seu adequado

desenvolvimento a presente pesquisa atenderá aos seguintes objetivos específicos: (a) especificar os fatores que induzem a crise de racionalidade do Direito brasileiro; (b) analisar os contornos normativos que envolvem o dever de fundamentação da decisão judicial, no Brasil, e sua inserção no modelo colaborativo de processo; (c) investigar o impacto das alterações empreendidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 e se afeta o papel das partes na construção da decisão judicial, nas demandas que envolvem o Poder Público.

Além da introdução e da conclusão, a presente dissertação está estruturada em três capítulos, estabelecidos de modo a atender as demandas de pesquisa surgidas em razão dos objetivos supracitados, quais sejam: capítulo 2 – A crise de racionalidade do direito; capítulo 3 – A fundamentação da decisão judicial; capítulo 4 – O impacto da lei nº 13.655/2018 na fundamentação das postulações contra o Poder Público.

A opção metodológica foi por uma pesquisa descritiva e exploratória, de natureza bibliográfica, que necessitou de análise documental. É descritiva diante da necessidade de proporcionar uma maior familiaridade com o problema proposto, visando explicitá-lo. Como esta pesquisa viabiliza o aprimoramento de ideias, possibilitando a consideração dos múltiplos e dos distintos aspectos relacionados com o estudo, também se caracteriza como exploratória. Também é uma pesquisa bibliográfica, tendo em vista as etapas empreendidas, como escolha do tema e identificação, localização, compilação, fichamento, análise e interpretação de fontes bibliográficas, para proporcionar a resolução dos problemas e a redação final do texto.

Frise-se que a preponderância pela pesquisa bibliográfica — o que é muito comum no direito —, não exclui a necessidade de recorrer-se à análise documental. Nesse cenário, enquadram-se fontes de natureza legislativa (Constituição, Leis, Tratados Internacionais etc.) e de natureza administrativa (Resoluções). As fontes documentais utilizadas na pesquisa envolvem, por exemplo Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Lei nº 13.655/2018. Os instrumentos utilizados para a adequada coleta de dados consistem em ficha de coleta de dados e ficha de leitura, que facilitam a disposição, bem como a visualização das informações coletadas.

2 A CRISE DE RACIONALIDADE DO DIREITO

2.1 Diferentes Paradigmas de Direito

A pesquisa desenvolvida neste trabalho situa, em um primeiro momento, o problema da fundamentação da decisão judicial. Diante da obrigatoriedade constitucional de fundamentação das decisões judiciais, o Poder Judiciário tem a necessidade de resolver as demandas de forma congruente com o debate estabelecido entre e com as partes de um processo. Sucede, no entanto, que há um panorama de falta de critério e até de descuido na justificação da decisão judicial, o que dificulta a consagração da segurança jurídica que se espera da atividade jurisdicional.

Tal problema precisa ser identificado em sua raiz. Neste tópico, inicia-se o estudo do que seja um paradigma, para poder-se identificar quais são os paradigmas que influem no direito brasileiro e como estes ajudam ou dificultam a atividade dos sujeitos processuais na concretização de uma fundamentação racional.

O estudo sobre paradigmas é vasto. O termo em si é plurívoco², existindo várias acepções para a palavra paradigma. Assim, em um primeiro recorte opta-se pelo estudo realizado por Thomas Kuhn, considerando a relevância de seu estudo para as ciências, a partir de sua obra **A estrutura das revoluções científicas**. Para Thomas Kuhn, paradigma pode significar tanto um conjunto de valores, ideias, métodos etc de uma determinada sociedade, bem como uma indicação de um modo de resolver os problemas que surgem em uma determinada comunidade³. É um modo de agir que é identificado na sociedade e aceito⁴ por esta, que determina a visão sobre um dado problema e o modo de estudá-lo e resolvê-lo.

Nota-se que a comunidade científica forma seus paradigmas e os alimenta constantemente. A formação do profissional é influenciada pelos paradigmas já existentes, seja pelo conhecimento absorvido na literatura técnica, seja na exposição dos professores e demais membros de um dado grupo especializado⁵. Tal característica é relevante para o direito, tendo em vista que os estudantes e depois os futuros profissionais vão se moldando de acordo com o paradigma dominante. Para Edgar Morin, “[...] o paradigma institui as relações primordiais que

² Conforme relato feito no ensaio de Ian Hacking na edição comemorativa do quinquasésimo aniversário de **A estrutura das revoluções científicas**, existem 21 sentidos detectados na academia científica para a palavra paradigma. Vide: HACKING, Ian. Ensaio introdutório. In. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 23.

³ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 280.

⁴ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 283.

⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 286.

constituem os axiomas, determinam os conceitos, comandam os discursos e/ou teorias. Organiza a organização e gera a geração ou regeneração”⁶. Desse modo, pode-se concluir que o profissional do direito aprende como pensar, falar, escrever e aplicar as técnicas para soluções dos problemas, de acordo com os paradigmas que vivencia. Assim, verifica-se a importância do estudo sobre os paradigmas do direito como forma de entender o modo de ser das decisões judiciais, vez que o julgador, desde os tempos iniciais da faculdade de direito, aprende como pensar, interpretar, aplicar e resolver os problemas, conforme os paradigmas que se insere em um determinado ambiente cultural.

Morin afirma que a noção de paradigma encerra características semântica, lógica e ideológica. Pela semântica, o conceito de paradigma pretende a definição de sentido. A lógica determina as operações de atração/repulsão entre conceitos (conjunção, implicação etc). Já a ideologia consiste nas escolhas que almeja prevalecer⁷. Essa determinação conceitual cria visões de mundo e mentalidades que são absorvidas pelos profissionais, conforme as teorias que derivam de um paradigma.

Kuhn leciona que existe um caráter de retroalimentação que a comunidade científica confere ao um dado paradigma, mas que é possível a sua modificação. Tal mister pode ocorrer por meio de uma revolução, na qual são refeitos os valores e ideais de uma comunidade, bem como por uma pequena modificação ou por algumas micro alterações ao longo do tempo⁸. Além disso, para as mudanças que provocam alterações em um paradigma, necessário que exista alguma crise pela qual a comunidade que usualmente utiliza o paradigma, não encontre mais respostas satisfatórias naquele modo de pensar⁹. Tais crises e mudanças de paradigma têm um caráter positivo, pois é “[...] capaz de assegurar que a rigidez da ciência normal não permanecerá para sempre sem desafio”¹⁰. No pensamento de Kuhn, portanto, existe um momento em que o paradigma é estável, não existindo grandes modificações, e no qual os teóricos reforçam a dominação do paradigma. Com esse movimento de revolução, contudo, o paradigma é questionado e novas teorias surgem, seja para mantê-lo, seja para refutá-lo, de modo que acende o debate no meio científico proporcionando a introdução de novos meios de pensar e resolver os problemas de uma dada ciência.

Morin acrescenta que a mudança de paradigma não pode ocorrer direta e imediatamente, é preciso que em um contexto “[...] apareçam frestas, fissuras, erosões,

⁶ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 268.

⁷ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 261.

⁸ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 287.

⁹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 288.

¹⁰ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 288.

corrosões no edifício das concepções e teorias subentendidas, visto que as restaurações e reformas secundárias fracassam”¹¹. Assim, as novas ideias devem ser aplicadas e testadas para se verificar se elas equacionam os problemas não resolvidos pelo paradigma anterior de modo que neste processo há “[...], um vaivém corrosivo/crítico entre dados, observações, experiência nos núcleos teóricos, para que, então, possa acontecer o desabamento do edifício minado, arrastando, na sua queda, o paradigma cuja morte poderá, como a sua vida, manter-se invisível [...]”¹². A construção de um novo paradigma não é, portanto, um caminho simples, depende de um intenso trabalho científico que irá demandar discussões sobre conceitos, ideias e teorias que são dominantes em um dado paradigma, gerando resistências e o surgimento de novas teorias que visam resguardar o paradigma anterior¹³.

Para Kuhn, pode surgir um novo paradigma para solver os problemas não resolvidos pelo antigo paradigma, mas tal situação “[...], está longe de ser um processo cumulativo obtido por meio de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios [...]”¹⁴. Trata-se, portanto, de uma verdadeira reconstrução do campo científico a partir de uma nova fundamentação teórica. O autor entende que é possível um período de transição, onde convivem os problemas solucionados pelo antigo paradigma e outros problemas que somente podem ser solucionados com a aplicação das novas regras¹⁵.

Nesse ponto é preciso fazer uma reflexão. As diversas teorias jurídicas que explicam o fenômeno jurídico surgiram, seja na formação de um paradigma dominante, seja por novas teorias que buscavam reforçar o paradigma dominante em momentos de crise, seja, por fim, na fundamentação de um novo paradigma. É preciso que o intérprete tenha consciência, portanto, de que a aplicação de uma teoria jurídica pode estar atrelada a um conjunto de regras vinculado a um dado momento de plenitude, declínio ou surgimento de um paradigma, sob pena de evitar incidência de regras de um paradigma ultrapassado para problemas que devem ser solucionados, com a aplicação de modelos teóricos de um novo paradigma.

Esse problema é pensado por Kuhn, pois nem sempre o cientista consegue identificar as revoluções científicas ocorridas pela substituição de um paradigma:

¹¹ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 268.

¹² MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 268.

¹³ Nesse ponto, afirma MORIN: “A revolução paradigmática ameaça não apenas conceitos, ideias e teorias, mas também o estatuto, o prestígio, a carreira de todos os que vivem material e psicologicamente da crença estabelecida. Os pioneiros têm de enfrentar, não somente censuras e interdições, mas o ódio. Primeiro desviante e rejeitada, a ideia nova precisa construir-se um primeiro nicho, antes de poder fortalecer-se, tornar-se uma tendência reconhecida e, finalmente, triunfar como ortodoxia intocável”. MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 286.

¹⁴ KUHN. **A estrutura das revoluções científicas**, 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 169.

¹⁵ KUHN. **A estrutura das revoluções científicas**, 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 169.

[...], vamos simplesmente assumir que, numa extensão sem precedentes em outras áreas, os conhecimentos científicos dos profissionais, bem como os dos leigos, estão baseados nos manuais e em alguns outros tipos de literatura dele derivada. Entretanto, sendo os manuais veículos pedagógicos destinados a perpetuar a ciência normal, devem ser parciais ou totalmente reescritos toda vez que a linguagem, a estrutura dos problemas ou as normas da ciência normalmente se modifiquem. Em suma, precisam ser reescritos imediatamente após cada revolução científica e, uma vez reescritos, dissimulam inevitavelmente não só o papel desempenhado, mas também a própria existência das revoluções que os produziram.¹⁶

Essa dificuldade de identificação da revolução científica ocasionada pela mudança de paradigma que, muitas vezes, não é reproduzida nos manuais, revela uma imprecisão para o estudante e o futuro profissional. Diante de problemas concretos, poderá não ter a plena consciência de que as regras que utiliza para resolução dos casos estão inseridas em um ou outro paradigma e, ainda, sem explicitar as razões para tal aplicação. Essa situação contribui para a formação de profissionais sem conteúdo crítico e sem entender por que devem utilizar uma regra em detrimento de outras.

Tal problema é agravado também pelo fato de que, uma crise de paradigma não é percebida imediatamente pela comunidade científica ou, ainda, quanto aos grandes paradigmas que atravessam séculos, vez que suas modificações podem resultar em um processo distendido no tempo, de modo que o cientista não perceba a revolução paradigmática já em curso¹⁷. Para Morin, “[...] é preciso mudar as condições socioculturais para mudar a consciência, mas é necessário mudar a consciência para modificar as condições socioculturais”¹⁸. É um processo complexo que deve reunir condições históricas, sociais e culturais ambientando os profissionais em um modo de vida diferente do anterior, dependendo, ainda, de que estes possam perceber a necessidade de novas ideias para resolver os novos problemas. Sem esta percepção não há como surgir um novo paradigma.

Os paradigmas que compõem as ciências jurídicas, contudo, têm forte influência dos paradigmas filosóficos¹⁹. A filosofia influencia a formação dos paradigmas do direito, isto porque “[...] os problemas colocados pela filosofia sobre o mundo em geral também têm repercussões sobre o direito, não sendo possível aceitar que um paradigma filosófico superado

¹⁶ KUHN. **A estrutura das revoluções científicas**, 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 233.

¹⁷ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 287.

¹⁸ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 289.

¹⁹ O termo paradigma filosófico é usado aqui conforme afirma Ernildo Stein, referido por Lenio Streck: “[...], no caso do direito, por exemplo, é muito comum encontrarmos teorias que apresentam determinados postulados epistemológicos que, se olhados mais de perto, representam apenas a consequência da projeção desse modo de organização – filosófica – do pensamento predominante no interior daquele tempo histórico. Esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época, nós chamamos, com Ernildo Stein, de *paradigmas filosóficos*”. Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 142-143.

valha no direito, embora seja amplamente refutado fora dele”²⁰. Essa percepção é importante para o estudo da crise de racionalidade do direito, objeto deste capítulo. Isto porque o modo de decidir de um Magistrado pode ser identificado com um ou outro paradigma filosófico. Nascimento explica que “[...], um estudo sistematizado no direito, que tenha como tema a racionalidade das decisões judiciais, pode identificar nelas e nas posturas dos intérpretes judiciais os paradigmas filosóficos a que se encontram vinculados, ainda que não se deem conta disso”²¹. Assim, tanto as decisões judiciais, como também outras manifestações jurídicas que influem em uma decisão (petições de Advogados, pareceres de Promotores, livros doutrinários etc), sofrem influência de paradigmas filosóficos.

Assim, em termos de paradigmas filosóficos é possível identificar três grandes paradigmas que influenciam o direito. Há o paradigma da metafísica clássica, o paradigma da metafísica moderna ou filosofia da consciência e o paradigma da intersubjetividade ou da filosofia da linguagem²². Sobre os dois primeiros, pontua Streck:

a) o da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento (daí que Sellars e seus seguidores passarão a nomear uma tal postura como ‘mito do dado’)

Nesse aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível;

b) o da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é ‘dado’. Aqui, o conhecimento é ‘construído’ por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos. Daí que, nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear como *subjetivista*²³.

No paradigma da filosofia clássica não cabe ao sujeito produzir a verdade, pois ela já é dada²⁴. No diálogo **Crátilo**²⁵, Platão apresenta um confronto entre o naturalismo e o convencionalismo no uso das palavras que formam uma linguagem. Platão, no referido diálogo, relata que Sócrates conduz uma disputa entre Hermógenes, para o qual o significado das

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 191-192.

²¹ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 94.

²² NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 108.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 143-144.

²⁴ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 107.

²⁵ PLATÃO. **Diálogos VI**: Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Ion (ou da Ilíada); Menexeno (ou da oração fúnebre). Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2016.

palavras é fruto de uma convenção²⁶ e Crátilos, que entende que cada coisa tem um nome que deriva da natureza²⁷. A conclusão de Platão é que as palavras apresentam a própria essência das coisas²⁸, de modo que não constituem a imitação do tom ou das formas das coisas, pois têm características próprias que as diferenciam das outras, de modo que conhecida uma coisa é necessário respeitar sua natureza²⁹.

Assim, para o paradigma da filosofia clássica, o intérprete somente revela o que está dado, não acrescenta ou produz um conhecimento, de modo que deve existir correspondência entre a linguagem e o ser³⁰. A filosofia, portanto, “[...] era tida como o espelho da natureza, pois o intelecto refletia (era igual) a natureza”³¹. Na relação sujeito-objeto, o objeto é o dado principal deste paradigma e o sujeito é assujeitado pelo objeto³². Tal paradigma filosófico relacionado com o direito irá refletir a ideia de que a lei é o objeto, o dado que contém a essência e que o intérprete deve apenas revelar tal sentido³³, não cabendo a este atribuir um sentido ao texto.

O paradigma da filosofia clássica teve seu período de dominação até o Século XVII³⁴. Com o iluminismo, um novo modo de pensar foi surgindo, de modo que “[...] o sentido irá se deslocar radicalmente das coisas (objeto) para a mente de um sujeito que atribui a si mesmo um

²⁶ No referido diálogo, Hermógenes afirma: “[...] a correção dos nomes é determinada por outra coisa senão a convenção e o consenso. [...] De fato, penso que nenhum nome pertence por natureza a qualquer coisa particular, mas somente devido à convenção e ao costume dos que o empregam e que estabelecem seu uso”. PLATÃO. **Diálogos VI**: Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Ion (ou da Ilíada); Menexeno (ou da oração fúnebre). Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2016, p. 36-37.

²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 18-19.

²⁸ A tese de Crátilos é confirmada por Sócrates: “[...] fica evidente que as coisas possuem alguma substância fixa que lhe é própria, a qual não guarda relação conosco nem é causada por nós; não variam, oscilando de uma forma ou outra segundo nos *parecem*, mas existem por si mesmas relativamente a sua própria substância que lhes é inerente por natureza. [...] Consequentemente, também as ações são realizadas de acordo com sua própria natureza e não de acordo com nossa opinião. Vide: PLATÃO. **Diálogos VI**: Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Ion (ou da Ilíada); Menexeno (ou da oração fúnebre). Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2016, p. 40.

²⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 19.

³⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 20.

³¹ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p.111.

³² NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 113.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

³⁴ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 113.

acesso privilegiado à verdade”³⁵. Na base deste paradigma destaca-se a filosofia de Descartes³⁶, que traz para a consciência do indivíduo a fonte do conhecimento³⁷. Na relação sujeito-objeto, o conhecimento não advém da observação da essência do objeto, mas sim do sentido que o sujeito dá ao objeto³⁸. Kant reforça essa guinada da transposição para o sujeito como produtor do conhecimento³⁹ e é considerado como um dos principais expoentes da filosofia racionalista⁴⁰.

Desse novo paradigma, da filosofia da consciência, a ênfase está no sujeito que diz qual o significado do objeto. O sujeito constrói o conhecimento e, no campo da hermenêutica, são considerados, seus adeptos, como subjetivistas⁴¹. Assim, a lei não é considerada mais um dado pronto e acabado, no qual o intérprete irá apenas revelar o sentido que nela se contém, mas, pelo contrário, é o intérprete que dará o significado da lei, conforme as finalidades desta, os interesses sociais, ou até como um ato puro de vontade de quem realiza a interpretação⁴². Centrados no paradigma da filosofia da consciência estão “[...] o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses [...]”⁴³.

É notável que os paradigmas filosóficos acabam influenciando a formação do pensamento do jurista. No Brasil, por exemplo, pode-se verificar obras doutrinárias abarcando

³⁵ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 115.

³⁶ O ser racional é a base da filosofia de Descartes: “Mas imediatamente notei que, enquanto queria assim pensar que tudo fosse falso, era preciso necessariamente que eu que o pensava fosse alguma coisa; e notando que esta verdade, *penso, logo sou*, que era tão firme e tão segura, que todas as mais extravagantes suposições dos céticos não eram capazes de abalá-la, julguei que podia aceitá-la sem escrúpulos como o primeiro princípio da filosofia que buscava”. DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 31-32.

³⁷ Del Vecchio explica que o pensamento dubitativo de Descartes apresenta as direções do pensamento moderno: “[...] ele estabelece, portanto, como certeza inicial apenas a existência do seu pensamento dubitativo (*cogito, ergo sum* – sou, porque penso, *sum cogitans* – penso, porque duvido. DESCARTES coloca em primeiro plano o problema gnosiológico e trata de lhe encontrar solução, procurando na consciência o princípio da certeza. Desta afirmação metodológica resultaram as direções racionalista, idealista e crítica do pensamento moderno”. VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 81-82.

³⁸ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 115.

³⁹ Para Kant, a racionalidade do conhecimento envolve a construção de conceitos: “O conhecimento *filosófico* é o *conhecimento racional*, [...]. *Construir*, porém, um conceito significa representar *a priori* a intuição que tem com ele correspondência. Assim, a construção de um conceito exige uma intuição *não empírica*, a qual, por via de consequência, como intuição, é um objeto *isolado*, mas que, no entanto, como a construção de um conceito (uma representação universal) tem de expressar na representação validade universal para todas as instituições possíveis que dizem respeito ao mesmo conceito”. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2020, p. 493.

⁴⁰ VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 127.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

o modelo da filosofia clássica⁴⁴, como outras que encampam os dois paradigmas filosóficos⁴⁵. Alguns desses autores constituem a bibliografia inicial dos estudantes universitários e a interpretação jurídica ou está inserta no paradigma da filosofia clássica, resumida na expressão “revelar o sentido da norma”, e/ou, ainda, no paradigma da filosofia da consciência, no qual o intérprete tem a função de fixar o sentido da lei.

Esse modelo de tratar a interpretação, adotando-se o pensamento da filosofia clássica ou a junção da filosofia clássica com a filosofia da consciência é observável em obras jurídicas nacionais, desde o início do Século XX. Em 1925, por exemplo, foi publicado o livro **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, de Carlos Maximiliano, um obra considerada tradicional⁴⁶ no âmbito da interpretação do direito e que se enquadra plenamente no paradigma da filosofia clássica: “*Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se

⁴⁴ Adota o paradigma da filosofia clássica: a) Washington de Barros Monteiro: “A lei quase sempre é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo (*lex clara non indiget interpretatione*). Deve então ser aplicada, como soam suas palavras, evitando-se a *interpretativo abrogans*, fonte de tantos abusos. Se houver injustiça, será de responsabilidade do legislador”. Vide: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 34; b) Maria Helena Diniz: “Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”. Vide: DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167; c) César Fiúza: “É mister que a *mens legis*, ou vontade, intenção da Lei seja conhecida. A este processo de conhecimento da *mens legis*, de aplicação adequada da norma jurídica ao caso concreto, chamamos interpretação”. Vide: FIUZA, César. **Novo direito civil**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 94.

⁴⁵ Identifica-se a utilização conjunta dos paradigmas da filosofia clássica e da filosofia da consciência: a) Carlos Roberto Gonçalves: “*Interpretar* é descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica. [...] não é a vontade do legislador que se visa, mas a vontade da lei (*voluntas legis*), ou melhor, o sentido da norma. A lei depois de promulgada separa-se de seu autor e alcança uma existência objetiva. Para a segunda, o juiz deve ter função criadora na aplicação da norma, que deve ser interpretada em função das concepções jurídicas morais e sociais de cada época”. Vide: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 77; b) Sílvio de Salvo Venosa: “Interpretar o Direito não significa simplesmente tornar clara ou compreensível a norma, mas principalmente revelar seu sentido apropriado para a vida real. Interpretar é, de fato, a ponte que liga o abstrato ao mundo real. O intérprete é um renovador, pois atualiza a extensão e compreensão da norma para o presente [...]”. Vide: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 234; c) Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “A finalidade da interpretação normativa é: a) revelar o sentido da norma; b) fixar o seu alcance”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 95; d) Caio Mário da Silva Pereira: “Esta pesquisa da vontade legal, que, de tão importante e construtiva, não falta quem classifique como última fase da elaboração normativa, sob fundamento de que a lei contém na verdade o que o intérprete nela enxerga, ou dela extrai, afina em essência com o conceito valorativo da disposição, e conduz o direito no rumo evolutivo que permite conservar, vivificar e atualizar preceitos ditados há anos, há décadas, há séculos, e que hoje subsistem somente em função do entendimento moderno de seus termos”. Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, p. 165.

⁴⁶ Afirma Marcellino Junior que o pensamento de Carlos Maximiliano é “[...] seguido por um verdadeiro exército de discípulos produtores dos mais ‘renomados’ manuais de Direito, tornou-se (e ainda é) tradicional e indispensável para o regime ‘bancário’ do ensino jurídico pátrio”. Vide: MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7655/4385>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

contém”⁴⁷. Paralelamente, em 1929, a reedição do livro **Teoria Geral do Direito Civil**, de Clovis Bevilacqua, já encampava a ideia de que o sujeito que interpreta tem a função de fixar sentidos ao texto legislativo, principalmente para adequá-los à evolução social e civilizatória⁴⁸, de modo que “[...] o intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um fator de evolução jurídica”⁴⁹. Essas tradições filosóficas, no entanto, começaram a sofrer um novo abalo, com a inserção do movimento da filosofia da linguagem.

No Século XX, um novo paradigma filosófico começou a se formar e tem como seus principais nomes Wittgenstein, Heidegger e Gadamer⁵⁰, dentre outros⁵¹. Trata-se do paradigma da filosofia da linguagem no qual o foco da ciência não está mais ligado à essência das coisas (filosofia clássica) ou à consciência do sujeito (filosofia da consciência), devendo ser considerado que a linguagem é “[...] a soma dos esforços de vários sujeitos envolvidos na comunicação, tratando-se, portanto, de uma mediação indispensável no processo intersubjetivo de compreensão”⁵². A linguagem, portanto, é uma prática social com regras definidas por uma dada comunidade, a partir de usos históricos⁵³. Sobre o paradigma da filosofia da linguagem, sintetiza Streck:

[...] o sentido não estará mais na consciência (de sido pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão.

Conceber a linguagem como totalidade, isto é, entender que não há mundo sem a mediação do significado, significa romper com a concepção de que há um sujeito cognoscente aprendendo um objeto, mediante um instrumento chamado linguagem. Daí a assertiva anteriormente feita: com o giro, morre o *cogito* cartesiano e todas as formas do ‘eu’ puro, desindexado de cadeias significantes. Da superada (?) relação sujeito-objeto passa-se à relação sujeito-sujeito. Essa superação ocorre com a

⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 7.

⁴⁸ BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Atualização Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 51.

⁴⁹ BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Atualização Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 52.

⁵⁰ Afirma Sales que os principais responsáveis pela virada linguística são os pensadores Wittgenstein, Heidegger e Gadamer. Vide: SALES, Marlon Roberth de. **O paradigma da linguagem como novo marco teórico para a interpretação jurídica**. <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a00932afc9f4deb1> acesso em: 22 fev. 2022, p. 22

⁵¹ Relata Carvalho que os integrantes do Círculo de Viena e pertencentes do neopositivismo lógico, como Moritz Schlick, Hans Hahn, Phillip Frank, Otto Neurath e Rudolf Carnap foram influenciados diretamente pelo livro *Tractatus logico-philosophicus*, de Wittgenstein, inclusive, “[...] havendo quem afirme que sem as ideias contidas nesses escritos, os neopositivistas jamais teriam alcançado os níveis de profundidade a que chegaram”. Vide: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 25.

⁵² NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 121.

⁵³ NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 122.

ontologia fundamental (analítica existencial). Com ela, decreta-se a morte da ideia de subjetividade como instauradora da condição ser-no-mundo do sujeito⁵⁴.

No paradigma da filosofia da linguagem, portanto, desaparece a relação sujeito-objeto, prevalecendo a ideia de que o conhecimento é fruto de uma relação de intersubjetividade, entre sujeito-sujeito, conforme os contornos linguísticos que regem tal relação. Não se analisa mais a essência do objeto, ou o que o sujeito tem a dizer com sua consciência sobre um objeto, mas o que a linguagem de uma comunidade compreende sobre um tema, em um contexto histórico. O texto legal é visto pelo intérprete por meio de seus pré-juízos, acepções e entendimentos, ou seja, com uma pré-compreensão. A partir dela, ele vai aprofundando a compreensão com outros elementos linguisticamente definidos (história, cultura, tradição etc) para formular uma interpretação, limitada em um determinado tempo. Todo esse processo interpretativo depende da linguagem⁵⁵. A linguagem, portanto, não depende da construção de sentido realizada por um só sujeito⁵⁶, pois, a linguagem de uma comunidade é que irá ditar o que é o conhecimento e desvelar a resoluções das questões, dentro deste paradigma⁵⁷.

Um ponto que deve ser abordado é que além de paradigmas filosóficos, outros paradigmas interagem paralelamente em um dado campo do saber ou a uma determinada sociedade. O âmbito jurídico também tem seus paradigmas, ou modos de pensar e as técnicas para resolver as questões que envolvem o fenômeno jurídico. Nascimento explica que, no âmbito jurídico, especialmente no estudo da decisão judicial, e que para que esta seja

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 254-255.

⁵⁵ Para Gadamer: “[...] é só na conversação que a linguagem possui seu autêntico ser, no exercício do *entendimento mútuo*”. [...] “O entendimento que se dá na linguagem coloca aquilo sobre o que se discorre diante dos olhos dos que participam da conversa, como ocorre com um objeto de disputa que se coloca no meio exato entre os adversários. O mundo é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade de linguagem, e digo mais, elas formam linguagem. Isso porque a linguagem é por sua essência a linguagem da conversação. Ela só adquire sua realidade quando se dá o entendimento mútuo. Por isso, não é um simples meio de entendimento”. Vide: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 576-577.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 256.

⁵⁷ Nascimento (**As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**, p. 121-122), com perspicácia, explica tal processo usando o poema *Tecendo a manhã*, de João Cabral de Melo Neto, no qual a definição de manhã não é feita por um sujeito, mas por uma comunidade: “*Tecendo a manhã*: Um galo sozinho não tece uma manhã;/ ele precisará sempre de outros galos./ De um que apanhe esse grito que ele/ e o lance a outro; de um outro galo/ que apanhe o grito de um galo antes/ e o lance a outro; e de outros galos/ que com muito outros galos se cruzem/ os fios de sol de seus gritos de galo,/ para que a manhã, desde uma teia tênue,/ se vá tecendo, entre todos os galos./ E se encorpando em tela, entre todos,/ se erguendo tenda, onde entrem todos,/ se entretendo para todos, no toldo/ (a manhã) que plana livre de armação./ A manhã, toldo de um tecido tão aéreo/ que, tecido, se eleva por si: luz balão”. (MELO NETO, João Cabral de. **A educação pela pedra e outros poemas**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 12-13.)

devidamente fundamentada, devem incidir de forma concomitante paradigmas filosóficos, históricos e jurídicos⁵⁸.

Na formação dos paradigmas jurídicos, portanto, outros se entrelaçam, como são os paradigmas filosóficos e históricos, e, nesse contexto, é oportuno destacar dois grandes paradigmas jurídicos, que se destacaram ao longo da história: o jusnaturalismo e positivismo jurídico. Conforme assenta Norberto Bobbio, até fim do Século XVIII, o direito era estudado sob o enfoque do direito natural e do direito positivo⁵⁹. No pensamento grego, o direito positivo, o direito da *polis*, por ser especial, prevalecia sobre o direito natural que era entendido como direito comum. Tal modo de pensar foi modificado na Idade Média, na qual

“[...] o direito natural é considerado superior ao positivo, na medida em que o primeiro não mais é visto como simples direito comum, mas como norma baseada na própria vontade de Deus e por este comunicada à razão humana posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana [...]”⁶⁰.

O direito natural também teve suas fases, sendo que na primeira delas o direito tinha sua legitimidade ligada a uma figura transcendental, de origem divina, papel este que foi reforçado com a adoção e popularização do cristianismo, na sociedade medieval europeia⁶¹. A outra fase, que já está sob a influência do racionalismo filosófico, na qual Kant tem um papel central, de modo que a legitimidade do direito não mais provém de uma figura divina, mas da própria razão humana, que deve ordenar o sistema jurídico⁶². Conclui-se que o paradigma do jusnaturalismo não teve um conceito único, pois influenciado pelos contextos históricos, foi tido como expressão da inteligência divina, em uma época em que a sociedade era fragmentada e a religião unificava e, posteriormente, a partir do renascimento⁶³ e do fortalecimento da

⁵⁸ Conforme explica Nascimento: “É o caso da dimensão filosófica que irá precisar da histórica que, por sua vez, precisará da jurídica em relação a qual as duas anteriores são imprescindíveis. [...] O resultado esperado, contudo, somente será obtido se elas se fizerem presentes de forma concomitante e incidível. Há, portanto, a necessidade da presença conjunta de todas as dimensões para a composição e configuração de uma decisão judicial devidamente fundamentada”. Vide: NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 358.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 31.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 32.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 52.

⁶² De acordo com Maria Helena Diniz: “Para o jusnaturalismo de Kant, sendo racional e livre, o homem é capaz de impor a si mesmo normas de conduta, designadas por normas éticas, válidas para todos os seres racionais, que, por sua racionalidade, são fins em si e não meios a serviço de outros. Logo, a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio. Aplicada à conveniência jurídico-social, essa norma moral básica transmuda-se em norma de direito natural. A obediência do homem à sua própria vontade livre e autônoma constitui, para Kant, a essência da moral e do direito natural. As normas jurídicas, para tal concepção, serão de direito natural, se sua obrigatoriedade for cognoscível pela razão pura, independente de lei externa ou de direito positivo, se dependerem, para obrigarem, de legislação externa”. Vide: DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 p. 58-59.

⁶³ Explica Tercio Sampaio Ferraz Junior: “A partir do Renascimento, o direito irá perder progressivamente seu caráter sagrado. E a dessacralização do direito significará a correspondente tecnicização do saber jurídico e a

posição do homem na sociedade, atribuiu-se ao intelecto humano o papel de estabelecer os princípios do direito natural.

É preciso reforçar que o direito natural não tem um conceito único e generalizável, tendo em vista os diversos autores e movimentos que o estudaram⁶⁴. Pode-se afirmar, no entanto, que está ligado, como informa Ferraz Junior, à “[...] procura do permanente, do universal e o do comum a todos os homens na definição do direito”⁶⁵. Sua preocupação transcende um determinado povo e aprofunda as investigações da filosofia do direito⁶⁶. Bobbio enumera seis características que definem o direito natural e o distinguem do direito positivo: a) é universal, vale em todos os lugares; b) é imutável no tempo; c) provém da razão humana; d) surge da natureza; e) possui critério moral, julgando comportamentos como bons ou maus; e, f) o direito natural define o que é bom⁶⁷. O estudo do direito natural foi reavivado no Século XX, de modo que tal paradigma está longe de ter sido superado⁶⁸, o que torna importante conhecer seus contornos teóricos.

O paradigma da filosofia clássica reforçava o direito natural, tendo em vista que os princípios gerais eram provenientes de verdades reveladas, das regras da natureza⁶⁹. Além disso, com a filosofia racionalista, o direito natural sofre uma modificação de legitimidade, de modo que deixa de ter origem divina e seus princípios passam a ser construídos pela razão humana. Nos dizeres de Vesting: “A ideia de que todo Direito vigente é Direito positivo é uma herança da filosofia prática da Idade Moderna, da *philosophic socialis*, e esta é determinada pelo pensamento sistemático de um sujeito racional”⁷⁰. No entanto, ao mesmo tempo que a filosofia racionalista operou tal modificação no paradigma do direito natural, o movimento histórico das revoluções do final do Século XVIII, tendenciou a importância do direito positivo em contraposição com o direito natural.

O direito positivo, até então estudado como uma parte do que consistia o direito, vez que sempre coexistiram o direito natural e o direito positivo, passou a ter um papel de

equivalente perda de seu caráter ético, que a Era Medieval cultuara e conservara”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 42.

⁶⁴ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 181.

⁶⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 136.

⁶⁶ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 186.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 30.

⁶⁸ Vesting diz que houve uma redescoberta do direito natural diante da constatação dos crimes praticados pelo Terceiro *Reich* contra os judeus, durante a 2ª guerra mundial. Aponta, nesse sentido o texto “Cinco minutos de filosofia do direito”, de Radbruch, que, em 1945 defende a tese de que “[...] poderiam existir leis com tal medida de injustiça e nocividade ao bem comum que se lhes deve recusar a validade e até mesmo o caráter jurídico”. Vide: VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180-181.

⁶⁹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 192.

⁷⁰ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

preponderância no Estado Moderno. Nesse panorama histórico, a formação do Estado Moderno e o declínio da sociedade medieval criaram o ambiente propício para o surgimento do positivismo jurídico⁷¹, como paradigma jurídico.

Com a ascensão do direito positivo como fonte hierárquica superior no período de formação do Estado Moderno, o Juiz não poderia mais julgar de acordo com a justiça do Rei ou da religião. Passaram os julgamentos a ter como exclusiva fonte o direito positivo, o direito legislado que provinha do Poder Legislativo, de modo que o jusnaturalismo perdeu força, vez que não provinha daquele Poder⁷². Essa comparação entre o direito comum e o direito estatal tem seu desfecho no final do Século XVIII e início do Século XIX, com o advento das Codificações⁷³.

Esse movimento para o positivismo que ocorreu na Europa continental também ocorreu na Inglaterra, mas não pelos mesmos caminhos. Bobbio explica, analisando o direito inglês, que a diferença entre direito natural e direito positivo, entendidos como direito comum e direito particular, respectivamente, é uma distinção de duas formas de direito positivo, compreendido entre *common law* (direito comum ou consuetudinário) e o *statute law* (direito legislado)⁷⁴. A *common law* não sofreu forte influência do direito romano⁷⁵, mas sim dos costumes das relações sociais anglo-saxônicas utilizados pelos juízes nomeados pelo Rei. Tais costumes ao longo do tempo se convertem em regras judiciais seguidas pelos juízes para resolver os casos concretos em um sistema de precedente obrigatório. Já o *statute law* é posto pelo Rei, em um primeiro momento, e pelo Rei e pelo Parlamento, em um segundo momento⁷⁶.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 33.

⁷² Sobre a função judiciária na transição para o Estado Moderno, Bobbio afirma: “Com efeito, em uma etapa primitiva o Estado limitava-se a nomear o juiz que dirimia as controvérsias entre os indivíduos, extraindo a norma a aplicar ao caso em exame seja dos costumes, seja de critérios equitativos, e sucessivamente somou à função judiciária a coativa, cuidando ele mesmo de executar as decisões do juiz; no entanto, com a formação do Estado moderno subtraiu-se ao juiz a faculdade de extrair de normas sociais as regras a aplicar na resolução das controvérsias e se lhe impôs a obrigação de só aplicar as normas instituídas pelo Estado, que assim se torna o único criador do direito”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 36.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 40.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 40.

⁷⁵ Assinala Tucci sobre a influência do direito romano na formação do *common law*: “Enfim, a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a ‘recepção falhada’ das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra. [...] A legislação de Henrique II (1154-1189) propiciou a ampliação dos limites da jurisdição da *Curia Regis*. O direito que dominava àquela época era composto por normas consuetudinárias, anglo-saxônicas e normandas, com certa influência de regras de direito romano e de direito canônico”. Vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152-153.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 41.

Na Inglaterra, o Rei que exercia a jurisdição por meio de seus juízes, era limitado pelo *common law*, principalmente a partir do Século XVI⁷⁷, de modo que o poder do monarca não era absoluto⁷⁸. Hobbes, pelo contrário, era opositor do *common law*, defendendo a prevalência do direito legislado sobre aquele. A teoria de Hobbes observa que no estado da natureza, onde todos os homens são iguais e, portanto, cada um é livre para usar a própria força para resolver seus interesses, as leis perdem sua eficácia. Assim, é preciso criar o Estado, atribuindo-lhe a exclusividade da força do soberano, de modo que as leis criadas neste ente, tendo em vista que o seu descumprimento irá acarretar as sanções impingidas pelo soberano com uso da força. Assim, somente as normas postas pelo Estado devem ser consideradas normas jurídicas, devendo ser colocado de lado o direito natural⁷⁹.

Se, portanto, na Europa continental o direito positivo passou a ter prevalência sobre o direito natural para equilibrar a balança entre os Poderes, de modo a reduzir a hipertrofia do Poder Executivo, representado pelo Estado absolutista, na Inglaterra, onde o Rei não possuía direitos absolutos e era limitado pela *common law*, o direito positivo foi visto como forma de enaltecer o poder do soberano. Nota-se que o destino do direito europeu, seja o continental, seja o anglo-saxônico, caminhou para a prevalência do direito positivo sobre o direito natural, embora sob enfoques sociais e históricos bem distintos. Mas, um importante fator deve ser observado, com relação à sobrevivência do direito natural. Bobbio afirma que os escritores do Século XVII e do Século XVIII não excluíram completamente o direito natural dos ordenamentos jurídicos, tendo em vista que a “[...] função sub-rogação do direito natural, no caso das lacunas do direito positivo, é uma concepção tão difundida entre os escritores do Século XVII e do Século XVIII que podemos verdadeiramente considerá-la como uma *communis opinio*”⁸⁰.

Tal situação revela o quanto é difícil para o jurista desavisado perceber em qual paradigma ou resquício paradigmático ele está inserido. Se tiver, por exemplo, uma índole positivista poderá estar inserido no paradigma da filosofia da consciência, na qual interpreta o objeto criando os sentidos normativos que lhe são adequados conforme tal perspectiva ou, se iniciado na filosofia da linguagem, terá consciência de que sua interpretação está ligada ao que a sociedade cultural e historicamente já estabelece linguisticamente, sobre o que se pretende

⁷⁷ Conforme observa Tucci o sistema de precedentes do *common law* passou a ter força vinculante a partir do Século XIX, mas essa tradição de observar as decisões dos tribunais teve início ainda no Século XVI, com as compilações dos julgados em *Law Reports*. Vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 155-158.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 41.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 43.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 51.

interpretar. Mas, como visto no parágrafo anterior, é possível que o direito natural seja incluído nesse processo, nos casos de lacuna ou quando o próprio direito positivo estabeleça que a interpretação estiver ligada a critérios de justiça ou equidade.

Por outro lado, no próprio positivismo é fácil encontrar derivações. Destaca-se, neste sentido, a existência de diferentes matizes existentes nos positivismos desenvolvidos na Alemanha, na França e na Inglaterra, que acabaram por formar dois grandes paradigmas dentro do próprio positivismo. Um que ficou conhecido como a escola da exegese e outro, denominado, pandectismo.

Na Alemanha, ao fim do Século XVIII e início do Século XIX, a chamada “escola histórica⁸¹”, que teve um de seus principais representantes o jurista Friedrich Carl von Savigny, iniciou as bases do positivismo germânico, ao emplacar uma crítica forte ao direito natural⁸². Ao lado de Savigny, integrante também do positivismo alemão, estava Anton Friedrich Justus Thibaut, entusiasta da codificação. Assim, além da crítica ao direito natural, o apelo à criação de um Código, representante da sistematização racional das leis, teve sua influência na Alemanha, a partir da ocupação de territórios germânicos pelos exércitos da França revolucionária, o que fez difundir em uma sociedade estamental ideais como a igualdade formal dos cidadãos⁸³.

Thibaut defendia a codificação, conforme surgida na França, para eliminar as dificuldades da pluralidade jurídica do então Estado fragmentado alemão⁸⁴. Em 1803, escreveu o **Sistema de Direito das Pandectas** (*System des Pandektenrechts*) “[...], que representa a primeira tentativa de ordenar sistematicamente o direito positivo (especialmente o privado)”⁸⁵.

No entanto, Thibaut obteve direta oposição de Savigny quanto ao projeto de codificação do direito alemão⁸⁶. Entendia Savigny que, apesar de não ser contrário à codificação de um modo geral, percebia que o momento histórico alemão não era propício para a unificação da legislação em um Código. Afirmava que era necessário, para a criação de um Código, que o

⁸¹ O historicismo tinha como principais traços, conforme relata Bobbio, (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 63-64): a) a individualidade e variedade do homem, pelo que o direito não pode ser considerado único, aplicável a todos de um mesmo modo; b) a irracionalidade das forças históricas, pois o direito não é um mero cálculo de uma razão superior; c) o pessimismo antropológico, representado na desconfiança de novas instituições ou inovações jurídicas, que acobertariam improvisações prejudiciais à sociedade; d) o amor pelo passado, com a recepção do direito romano e revalorização do antigo direito germânico; e, e) o sentido da tradição, com a valoração dos costumes como normas jurídicas, fiéis representantes do espírito do povo.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 56.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 67-68.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 68.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 69.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 73.

nível civil e cultural da nação fosse superior ao da época antecedente⁸⁷, e que em uma época de decadência da cultura jurídica, como a vivenciada na Alemanha, um Código faria agravar e manter tais males. Propunha, então, “[...] o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, da elaboração do direito por obra da ciência jurídica”⁸⁸. O positivismo de Savigny não tinha como base o direito legislado, mas sim o direito produzido pelos estudiosos, de caráter científico. O pandectismo, como ficou conhecido o positivismo alemão, “[...] abeberava a tradição jurídica alemã a partir das fontes romanas, cultivando a história do direito romano e a interpretação dos textos da compilação justiniãnea, com o escopo de aplicá-los como fonte direta do direito alemão”⁸⁹.

Na França, o positivismo que foi gerado, teve origem nos ideais iluministas da Revolução Francesa, de raiz racionalista, que pretendeu criar um direito simples e unitário⁹⁰. A codificação é fruto das ideias que se formaram durante o período revolucionário (entre 1790 e 1800) para combater a fragmentação do então ordenamento jurídico francês⁹¹. O Código Civil ou o Código de Napoleão, como ficou conhecido mundialmente, é a base na qual vai sustentar as construções do positivismo francês, também denominada da escola da exegese (*école de l'exégèse*)⁹².

De acordo com Bobbio, as principais características da escola da exegese eram: a) a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, de modo que aquele só é utilizado se a lei positiva assim o determinar⁹³; b) concepção rigidamente estatal do direito, pois é direito apenas a lei que é produzida pelo Estado (princípio da onipotência do legislador)⁹⁴; c) a interpretação da lei é fundada na vontade do legislador⁹⁵; d) culto do texto da lei, devendo o intérprete prestar-lhe fiel obediência⁹⁶; e, e) respeito ao princípio de autoridade, de modo que é o legislador quem define o justo e o injusto na sociedade⁹⁷.

O positivismo da escola da exegese e do pandectismo pecavam por um rigoroso fetichismo dos textos, centrado no método sistemático e dedutivo, com a aplicação do direito

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 74.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 74.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.71

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 79.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 80

⁹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 94.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 102-103.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 104.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 105.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 106.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 106-107.

fixado por um rígido processo legislativo⁹⁸. A diferença, entre o positivismo alemão e o francês, portanto, residia no ponto de partida, no objeto da investigação do jurista. Enquanto no positivismo francês a relação sujeito-objeto se dava entre o jurista e a lei, no positivismo alemão esta relação se estabelecia entre o intérprete e os textos oriundos do direito romano, incorporados à tradição germânica⁹⁹.

Há também influência do positivismo no *common law* da Inglaterra, onde no início do Século XIX, houve a ascendência das ideias da escola histórica, com a prevalência do fetichismo dos textos e a propagação de uma atividade mecanicista da atividade judicial¹⁰⁰. No caso inglês, os precedentes e as ordenações tradicionais consistiram no ponto de partida do positivismo, de modo que acabou por “[...] consagrar como absoluto o velho direito”¹⁰¹, petrificando o direito.

Assim, identificados os grandes paradigmas filosóficos (filosofia clássica, filosofia racionalista e filosofia da linguagem) e jurídicos, como o jusnaturalismo, bem como o positivismo e suas derivações, é possível deixar claro que a gênese de uma determinada técnica decisória pode estar vinculada a um paradigma ou à fusão de alguns e, se não identificados corretamente, abre-se espaço para confusões conceituais, indicando um dos alicerces do edifício da irracionalidade decisória.

2.2 O Juspositivismo

Nesse ponto, é preciso situar que o positivismo é um paradigma jurídico que tem como objetivo, em linhas gerais e a partir do que fora delineado no tópico anterior, diminuir a insegurança para o cidadão do que seja o direito, e de quem tem legitimidade para produzir o direito. A necessidade histórica do surgimento de um Estado unificado e comandado pela razão humana, pavimentou o caminho para que a fonte normativa passasse da lei divina para o direito positivo produzido pelos órgãos estatais. Além disso, o ambiente revolucionário do Século XVIII estabeleceu a ideia de prevalência do direito positivo, sobre o direito natural, de modo que fosse reduzido o espaço de discricionariedade do julgador, que estaria obrigado a aplicar

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 72.

um texto normativo, seja este um Código de leis escritas, uma interpretação científica de textos históricos do direito romano ou os precedentes judiciais.

O direito brasileiro sofre influência do paradigma do positivismo jurídico. O nosso ordenamento é baseado em leis escritas postas pelo Estado. Há predominância de Códigos para as mais diversas áreas jurídicas, que tentam regular os mais diversos e pormenores da vida em sociedade no país¹⁰². No entanto, a multiplicidade de leis escritas e de regulamentos normativos não impede, por si só, a existência de discricionariedade judicial.

O positivismo francês não teve sucesso em eliminar o decisionismo judicial que assombrava os idealizadores da escola da exegese. Além disso, outras variações do positivismo que se seguiram ao longo do Século XX demonstram que o debate sobre este paradigma está aceso, de modo que não é tarefa fácil estabelecer qual é o modelo teórico que predomina na formação dos juristas e que irá conduzir as soluções dos casos concretos. A discricionariedade judicial, na visão de Kelsen¹⁰³, não era um problema a ser resolvido pela Ciência do Direito e, para Hart¹⁰⁴, a discricionariedade era admitida sem grandes preocupações. Já o pós-positivismo¹⁰⁵, que utiliza o recurso a valores e princípios para corrigir as leis escritas, preservando valores éticos da sociedade, pode contribuir para um ambiente decisório permissivo, conferindo ao Magistrado uma ampla liberdade na escolha da solução dos casos

¹⁰² Além da Constituição Federal de 1988, destaca-se a existência do: Código Civil (Lei nº 10.406/2002), Código Comercial (Lei nº 556/1850), Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940), Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941), Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/1943), Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/1969) e do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002/1969). Além disso, há diversas leis específicas que regulam um determinado tema, como são os Estatutos: a) da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990); b) da OAB (Lei nº 8.906/1994); c) da Cidade (Lei nº 10.257/2001); d) do Torcedor (Lei nº 10.671/2003); e) do Idoso (Lei nº 10.741/2003); f) do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003); g) da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010); h) da Juventude (Lei nº 12.852/2013); i) da Metrópole (Lei nº 13.089/2015); j) da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

¹⁰³ Kelsen reconhece a existência da discricionariedade do aplicador da norma, mas entende que tal problema não está inserido no âmbito da Teoria do Direito, e sim da política: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. [...] Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”. Vide: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393.

¹⁰⁴ Hart afirma que as normas por possuírem uma textura aberta permitem que os juízes criem direito: “A textura aberta do direito outorga aos tribunais um poder de criar o direito [...]. Qualquer que seja a decisão de um tribunal, tanto sobre questões situadas naquela parte da norma que parece clara para todos quanto sobre aquelas situadas em sua fronteira sujeita a contestação, a decisão permanece de pé até que seja alterada pela legislação; sobre a interpretação desta, os tribunais terão mais uma vez a palavra final autorizada”. Vide: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 187-188.

¹⁰⁵ Conforme enuncia Luís Roberto Barroso sobre o pós-positivismo: “[...] a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; [...]”. Vide: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 244.

concretos. De logo, verifica-se que a insegurança que motivou os adeptos do exegetismo francês, a adotarem a codificação do direito, ainda é uma questão em aberto e talvez sem solução.

O contexto histórico pelo qual o positivismo jurídico se desenvolveu nunca deixou de ser conturbado. Da França Revolucionária até a hodiernidade, houve transformações sociais e econômicas, como a ascensão da burguesia liberal e a prevalência do modelo econômico capitalista no mundo ocidental, principalmente após a revolução industrial. Os grandes impérios do passado foram sendo dissolvidos pela independência das colônias. Países nasceram, unificaram-se ou deixaram de existir. Estes rearranjos políticos levaram o mundo a duas grandes guerras mundiais, com incontáveis vidas ceifadas, bem como a um longo período de polarização entre duas grandes potências, Estados Unidos (EUA), de um lado, agregando os países do bloco capitalista, e a União Soviética (URSS), do outro, liderando os países do bloco socialista. Ainda, surge no final do Século XX o neoliberalismo com propostas de expansão do capitalismo em um mundo globalizado. Assim, o modelo positivista durante todo esse processo histórico passou a ser visto com ares de desconfiança, fruto de uma verdadeira campanha difamatória, e que deu azo ao surgimento do denominado pós-positivismo. Conhecer tais nuances evolutivas abre caminho para um melhor entendimento do direito aplicado no Brasil, principalmente sobre a tendência de adotar teorias e tradições jurídicas de outros países de modo acrítico¹⁰⁶.

O positivismo jurídico nasceu na Europa, sendo desenvolvido, em seus estágios iniciais, na França e na Alemanha, países que bem representam a tradição do *civil law*¹⁰⁷. Na França, berço da Revolução de 1789, o positivismo se desenvolveu encampando as conclusões racionais do pensamento jusnaturalista¹⁰⁸. A superação de um direito natural aos homens calcado na concepção de que certos direitos eram imanentes, provenientes ou de dogmas religiosos, como professou Santo Agostinho, ou da razão humana, foi substituída pelo

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

¹⁰⁷ Conforme Bobbio, o desenvolvimento do Estado moderno exigiu a prevalência da lei como fonte predominante do direito. Nas palavras do autor: “O positivismo jurídico, portanto, nasce do impulso histórico para a legislação, realiza-se quando a lei se torna fonte exclusiva – ou de todo modo absolutamente predominate – do direito e seu resultado último é representado pela codificação”. Vide: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 143-144.

¹⁰⁸ Ferraz Junior explica que a positivação dos direitos fundamentais e a trivialização de tais direitos enfraqueceu a noção de direito natural: “Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas *postas* na Constituição, de algum modo ‘positivou-o’. [...] Essa trivialização dos direitos fundamentais foi precedida pela trivialização do próprio direito natural. Quando todo o direito passou a ser logicamente redutível a direitos naturais, a noção perdeu força comunicacional, sua relevância foi ficando amortecida e gerou até descrédito”. Vide: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 135.

paradigma positivista, que estabelecia a lei escrita ou codificada como único material a ser utilizado pelos juristas¹⁰⁹.

Apesar de existirem vários tipos de positivismo¹¹⁰, tem-se, por oportuno, para os fins deste trabalho, referir-se apenas ao positivismo clássico ou legalista e ao positivismo normativo, que foram as vertentes mais difundidas no Brasil. No positivismo legalista, é possível estabelecer duas grandes escolas: a primeira, denominada exegetica, foi desenvolvida na França, e a segunda, estabelecida na Alemanha, denominada pandectista. Ambas tiveram importante papel e influência no direito brasileiro.

2.2.1 O Positivismo Francês – A Escola da Exegese

O positivismo francês, legalista, determinava que os fatos sociais deveriam ter uma solução única e prevista nas leis. Teve a pretensão de esgotar todos os aspectos da vida da sociedade em um grande monumento legislativo, o Código Civil Francês ou Napoleônico. Na lei, estariam todas as soluções para a resolução dos conflitos individuais, não existindo espaço para a discricionariedade dos juízes¹¹¹.

Esta desconfiança do papel da magistratura na França é justificada pelo fato de os juízes serem vistos como a nobreza do *ancien* régime de toga. A rejeição ao arbítrio e à discricionariedade fizeram com que a lei fosse considerada o repositório de todas as soluções para os conflitos, esvaziando o papel do Poder Judiciário.

É assente que no exegetismo os casos devem ser resolvidos pelo método silogístico. A premissa maior é a hipótese prevista em lei, e a subsunção ao caso concreto é a premissa menor, gerando a conclusão representada pela decisão judicial, não existindo espaço para a discricionariedade judicial. Reduz-se, desse modo, ao aplicador do direito, o papel de autômato, passando a declarar apenas a solução prevista no Código para o caso concreto, de modo que “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor¹¹²”, o que resultou na expressão famosa do juiz boca-da-lei¹¹³.

¹⁰⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 80.

¹¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 66.

¹¹¹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81.

¹¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175.

¹¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 53.

Esse positivismo legalista do exegetismo tinha como características: a) o reconhecimento da lei posta pelo Estado como único direito; b) seu objeto de estudo eram a legislação e os Códigos; c) as leis não possuíam vários sentidos; d) privilegiava-se a interpretação literal, devendo o intérprete declarar ou extrair da lei seu significado unívoco¹¹⁴. O positivismo exegético focava seu estudo na lei, produto da experiência vivencial da sociedade francesa, estabelecido pelo Poder Legislativo, de modo que “[...] é a materialização da proeminência e do arbítrio do legislador¹¹⁵”.

O próprio termo exegese reduz a interpretação a um olhar para o texto somente pela lente gramatical e lógica, de modo que o intérprete não possa criar sentidos ao texto¹¹⁶. Entre o texto e o fato, o intérprete apenas faz a subsunção, como se fosse uma peça de uma máquina, uma engrenagem, que sempre terá que indicar a resposta legislativa para o caso concreto. Não há, portanto, espaço para a doutrina estabelecer outros critérios de interpretação ou uma visão não estabelecida no texto e que poderia ser equacionada pela interpretação sistemática. A partir do Código de Napoleão não se ensinava o direito civil, mas apenas o Código Civil¹¹⁷.

Cabe ressaltar que um dos juristas elaboradores do Código Civil Francês, considerado o mais proeminente membro da comissão, Jean-Étienne-Marie Portalis¹¹⁸, considerava que a interpretação do Código deve recorrer a outros critérios, quando a lei for omissa, obscura ou incompleta. Sobre o pensamento de Portalis, afirma Bobbio:

Cabe ao juiz, pois, “penetrado pelo espírito geral das leis”, decidir sobre os detalhes, aplicando os critérios estabelecidos pelas próprias leis: assim, em todas as nações civilizadas, ao lado do santuário das leis, forma-se um depósito de máximas, de decisões e de doutrina que constituem verdadeiro suplemento delas.
[...]
A complementação das leis deve ocorrer - prossegue Portalis -, recorrendo ao juízo de equidade, a propósito do qual afirma (polemizando com quem pretende que as decisões do juiz, não só em matéria penal, mas também civil, sejam sempre baseadas em lei, já que a equidade é subjetiva e, portanto, arbitrária) [...]¹¹⁹

Assim, o espaço de indeterminabilidade normativa não foi expurgado pelo Código Civil Francês¹²⁰. Tal monumento legislativo continha lacunas e os próprios doutrinadores da

¹¹⁴ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81.

¹¹⁵ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 80.

¹¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 54.

¹¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 54

¹¹⁸ Bobbio lembra que: “O projeto definitivo do Código Civil foi obra de comissão instalada por Napoleão como primeiro cônsul, em 1800, e composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Préameneau e Portalis. O papel mais importante nesta comissão foi desempenhado por Portalis”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 86-87.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 92.

¹²⁰ O art. 4º do Código Civil de Napoleão continha a seguinte redação: “O juiz que se recusar a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei poderá ser processado como réu de denegação de justiça” Vide BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 90.

escola da exegese perceberam tais falhas e buscaram estabelecer alternativas. Verifica-se, assim, que as “[...] soluções interpretativas que formularam esses doutrinadores para os casos controvertidos refletiam opções políticas pessoais e não resultavam da ‘exegese’ da letra da lei e da pura ‘dedução’¹²¹”. Desse modo, a crítica que se faz à escola da exegese, de que esta é um sistema de aplicação automática ao texto da lei, não pode ser considerada totalmente válida, ante a própria criação de interpretações fora do texto da lei, pelos membros do exegetismo francês.

Contudo, apesar das divergências dentro do exegetismo francês, a escola da exegese ficou marcada na história sob o ângulo do apego exclusivo ao texto da lei, da subsunção mecânica e do juiz boca da lei. Bobbio relata que a escola da exegese “[...] foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código Napoleônico como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, [...]”¹²².

2.2.2 O Positivismo Alemão – O Pandectismo

Na Alemanha, outro positivismo também foi desenvolvido. Trata-se do pandectismo ou jurisprudência dos conceitos. Nesse positivismo a importância do legislador, enquanto produtor da lei, é transferida para os acadêmicos, que, em um processo de elaboração de conceitos, vão formando a legislação. Anota Perelman que o positivismo pandectista buscava deixar mais claros os termos legais, diminuindo as obscuridades, ambiguidades e imprecisões¹²³, pois “[...] fixava de uma vez por todas o sentido dos termos jurídicos, de modo que permitisse, a partir dos textos legais, um raciocínio tão estrito quanto dentro de um sistema matemático¹²⁴”. Frise-se que o Código Civil Francês surgiu em 1804 e o Código Civil Alemão somente em 1900, principalmente como resultado da maturação dos termos jurídicos utilizados pelo legislador, a partir da doutrina dos conceitos. Desse modo, “[...] o Código Civil Alemão (BGB) resulta de um processo acadêmico de apuração de conceitos, levado a cabo pelos homens doutos daquela época¹²⁵”.

Os pandectistas rejeitavam diretamente o jusnaturalismo, bem como seu caráter de doutrina universalizante. Focavam o estudo na legislação, mas agregando a esta os “[...]”

¹²¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 54.

¹²² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 94.

¹²³ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 69.

¹²⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 69-70.

¹²⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 82.

costumes específicos da cultura de cada país ('espírito do povo') e reputam decisivo para a configuração do direito do trabalho sistematizador da doutrina jurídica¹²⁶.

Ainda na Alemanha é preciso destacar que o positivismo da jurisprudência dos conceitos, que propugnava o estudo e depuração dos textos do direito romano¹²⁷, acabou por fazer surgir um outro movimento teórico, também de matriz positivista, que ficou conhecido como jurisprudência dos interesses. Os seus teóricos combatiam a simples subsunção do fato à lei, devendo ser verificado nesse processo a realidade social e a intenção do legislador¹²⁸. Há, assim, uma mudança no papel da doutrina pois está "[...] já não se restringirá a determinar exatamente o sentido dos termos empregados, mas será antes uma investigação teórica da intenção que presidiu à elaboração da lei, tal como se manifestou nos trabalhos preparatórios¹²⁹". Insere-se a necessidade de investigar o ambiente histórico que encaminhou o legislador a criar a lei, aplicando-se um método teleológico subjetivo¹³⁰ no processo de interpretação das normas.

É preciso deixar claro que na perspectiva do positivismo francês, da escola da exegese, ou do positivismo alemão, da jurisprudência dos conceitos e depois da jurisprudência dos interesses, o material base do operador do direito era o texto da lei. A lei inserida no ordenamento de um país é a matéria prima que deverá ser interpretada, seja pelos métodos gramatical, lógico, teleológico ou histórico, de modo a ser revelado o seu sentido, conforme a razão e sapiência do sujeito que decifra seus sentidos. Tal paradigma do positivismo legalista entrelaçado com o paradigma da filosofia da consciência, transcorreu sem muitos abalos até o fim do Século XIX e início do Século XX, ocasião em que surgiu um novo positivismo.

2.2.3 O Positivismo Normativista de Kelsen

O positivismo normativista de Hans Kelsen surge em um ambiente de profusão teórica sobre o direito em geral e sobre o positivismo em particular. Além da jurisprudência dos interesses, há o movimento denominado Escola do Direito Livre¹³¹, de modo que a conjugação

¹²⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 70.

¹²⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 70.

¹²⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 147-148.

¹²⁹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 71.

¹³⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 148.

¹³¹ Sobre a Escola do Direito Livre esclarece Lenio Streck que tal movimento teórico defende: "[...] a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas, mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como 'o justo'". Vide: STRECK, Lenio. **O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei!** In. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomun-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

destes revelou um afrouxamento na interpretação do direito, tendo em vista a inserção e influência de outros campos na interpretação da lei. Importante destacar a seguinte lição de Streck, sobre esse momento de surgimento do positivismo normativo:

É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela Jurisprudência dos Conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre - que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do Direito¹³².

Frise-se que Kelsen recebeu influência do Círculo de Viena, movimento teórico de acadêmicos de diversas áreas, que propugnavam “[...] a construção de uma linguagem lógica ou de segundo nível (metalinguagem) que não fosse refém da subjetividade da linguagem natural (linguagem objeto) ¹³³”. Por força dessas ideias, Kelsen desenvolve sua **Teoria Pura do Direito**, especificando que a ciência do direito é uma metalinguagem que tem como linguagem-objeto o direito, de modo que é possível afastar da ciência jurídica todos os elementos que não fazem parte do direito, como a política, a psicologia, a sociologia e a ética¹³⁴. A **Teoria Pura do Direito** tinha, portanto, como pretensão “[...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos¹³⁵”.

Kelsen, portanto, inovava ao criar um positivismo normativo, pelo qual o direito é tratado como norma e a ciência jurídica tem como função, estudar e descrever as normas jurídicas, afastando-se das demais ciências naturais:

Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais¹³⁶.

A **Teoria Pura do Direito** distingue a ciência do direito e as ciências da natureza. Estas são regidas pelo princípio da causalidade, enquanto aquela pelo princípio da imputação¹³⁷. Tal distinção é fundamental para entender a obra, vez que nas relações em que vigora o princípio da causalidade, o efeito é consequência da causa, enquanto na ciência jurídica o efeito não é automático, é ato produtivo, fruto da vontade de se imputar determinado efeito a um fato ou a

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

¹³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 84.

¹³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 86.

uma conduta¹³⁸. Assim, se um cidadão evita um determinado comportamento para que não lhe seja imputada uma sanção cumprirá um dever jurídico. Desse modo, “[...], os sujeitos de direito nada são mais do que centros de imputação normativa, e vontade, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação¹³⁹”.

Kelsen desenvolve em sua teoria a ideia da norma hipotética fundamental, que tem como função constituir o fundamento de validade das normas integrantes de um sistema de direito positivo¹⁴⁰. Considerando que as normas jurídicas somente são válidas quando uma norma superior a fundamenta¹⁴¹, aparece o problema de saber qual é a norma que sustenta a norma superior de um ordenamento – a Constituição de um país. Tal norma existe e é pressuposta pelo ordenamento, “[...] visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada¹⁴²”. A norma hipotética fundamental confere validade ao ordenamento jurídico, é o fundamento último de validade das normas, dando fechamento lógico ao sistema¹⁴³. Possui como funções a ordenação “[...] que todos se conduzam de acordo com as normas positivas supremas do ordenamento¹⁴⁴” e “[...] considera válidas todas as normas que decorrem da manifestação de vontade do criador das normas supremas¹⁴⁵”.

Assim, pela norma hipotética fundamental Kelsen estabelece que todos devem respeitar a Constituição de seu país¹⁴⁶. As normas infralegais são obedecidas porque encontram fundamento em normas infraconstitucionais e estas nas normas constitucionais. Para validar as normas da Constituição, Kelsen cria a norma hipotética fundamental que confere a validade

¹³⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89.

¹³⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 93.

¹⁴⁰ De acordo com Kelsen: “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

¹⁴² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

¹⁴³ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 94.

¹⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 118.

¹⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 118.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 224.

para a própria Constituição, difundindo que esta deve ser obedecida¹⁴⁷. É inegável o valor de tal contribuição doutrinária ao estabelecimento da supremacia da Constituição e para o desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade.

Kelsen também contribui para a superação de que o direito é apenas o texto da lei, paradigma básico do positivismo legalista, e de que o aplicador do direito não tem liberdade na interpretação¹⁴⁸. Sobre a interpretação, é importante destacar o seguinte trecho do pensamento kelseniano:

[...], o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, [...]¹⁴⁹

A interpretação, portanto, deixa de ser um ato de mera declaração ou revelação do texto legal, tendo em vista que, em Kelsen, a norma jurídica traz uma moldura a ser preenchida pelo intérprete, dentre as várias significações que o texto normativo pode encerrar. A interpretação deixa de se fixar exclusivamente no aspecto sintático, pois diante da pluralidade de sentidos possíveis, verifica-se que o problema da interpretação passa a ser semântico¹⁵⁰. Contudo, é preciso deixar claro que o próprio Kelsen estabelece que a interpretação é um ato de vontade, pois o intérprete pode, dentre as várias significações de um texto legislativo, escolher uma delas para a solução do seu caso prático¹⁵¹. Percebe-se, desse modo, que a sua obra enfrenta os aspectos pragmáticos da interpretação, mas não propõe uma solução para dizer qual é a interpretação correta.

O fato de Kelsen reconhecer as várias possibilidades de interpretação da norma jurídica e, ainda, a liberdade do intérprete na escolha daquela que entende mais conveniente para solucionar um caso concreto fomenta críticas à sua teoria, muitas vezes injustas. Por exemplo,

¹⁴⁷ Para Kelsen: “As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são – como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita – um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 224

¹⁴⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 44.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

¹⁵⁰ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 98.

¹⁵¹ Nesse sentido: “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394.

Pedron e Ommati acusam, sob esse aspecto da liberdade da interpretação, que a teoria Kelseniana levou “o autor a defender ora a discricionariedade na aplicação do direito, quanto um próprio decisionismo na prática judicial¹⁵²”. Tal crítica deve ser combatida. Assim, é oportuno mencionar a visão de Tércio Sampaio, para o qual o problema de Kelsen foi ter sido fiel à ciência no sentido de reconhecer os limites da interpretação, mas não aprofundar o estudo teórico dos meios doutrinários para se chegar a uma verdade hermenêutica¹⁵³. Em outras palavras, Kelsen entende que as possibilidades de interpretação do texto normativo existem e que não é papel da ciência jurídica dizer qual é o método correto de interpretação, no qual se estabeleceria uma única verdade. Mas daí passar a dizer que Kelsen era defensor da discricionariedade judicial é uma impropriedade que só contribui para reforçar os críticos do positivismo e adeptos do pós-positivismo.

No âmbito filosófico, há quem defenda que Kelsen não está inserido no paradigma da filosofia da linguagem¹⁵⁴. Conforme adverte Lenio Streck, pode-se encontrar na teoria kelseniana tanto elementos da filosofia clássica, como elementos da filosofia moderna¹⁵⁵. No entanto, para Warat, encontra-se na obra de Kelsen elementos da filosofia da linguagem¹⁵⁶. Seja como for, Kelsen e seu positivismo normativista representa um avanço teórico, que irá aquecer o debate acadêmico do Século XX, tendo em vista o virulento ataque que Kelsen recebeu ao longo dos anos, ocasionando uma forte crítica e reação ao positivismo.

¹⁵² PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 45.

¹⁵³ Essa crítica é nominada por Tércio Sampaio de *desafio kelseniano*: “Com isso, porém, Kelsen frustra um dos objetivos fundamentais do saber dogmático, desde que ele foi configurado como um conhecimento racional do direito. [...], sua produção teórica fica sem fundamento, aparecendo como mero arbítrio. Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando esta busca e atinge o sentido unívoco das palavras da lei? Seria um contrassenso falar em *verdade* hermenêutica?”. Vide: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 221.

¹⁵⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 45.

¹⁵⁵ Nesse ponto, Streck afirma: “[...] Em Kelsen, tanto a validade do Direito como a postura do juiz são produto da metafísica moderna: a validade da norma é dada por um pressuposto lógico-transcendental, pois não se poderia encontrá-la no mundo factual para não derivar valor de fato; a postura discricionária/voluntarista do juiz advém do sujeito solipsista que interpreta o mundo a partir de sua subjetividade individual (podemos chamar a esse ato subjetivista de fruto de um subjetivismo particularista, na classificação de Lorenz Puntel). Já a postura descritiva do cientista em Kelsen, enquanto ato de conhecimento, prende-se ao conceito de verdade correspondências (eis aqui a permanência da metafísica clássica que atravessa os séculos), em que o sujeito está preso ao objeto que descreve, sem se dar conta que, para começar a realizar essa tarefa, ele já deve tê-la começado”. Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 55-56.

¹⁵⁶ Adverte Warat: “Kelsen foi o primeiro autor que utilizou, para o campo jurídico, às noções de linguagem-objeto e metalinguagem, ainda que sem mencioná-las expressamente. A distinção que efetua entre normas e regras de direito corresponde às mesmas necessidades que levaram Wittgenstein a falar de ‘uso’ e ‘menção’ e Russel de ‘linguagem-objeto’ e ‘metalinguagem’”. Vide: WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 50.

2.2.4 O Ataque ao Positivismo de Kelsen

O positivismo, enquanto paradigma teórico, passou a ser severamente criticado e rechaçado após a Segunda Guerra Mundial, ante a construção do entendimento de que o direito não poderia ser apartado de valores éticos e morais. Atribuiu-se a Kelsen e ao positivismo as barbáries praticadas no regime hitlerista, de modo que a doutrina kelseniana teria “[...] adubado o terreno para que, nos tempos do nazismo, os juristas não pudessem tomar plena consciência da ilegitimidade e da radical injustiça daquelas normas¹⁵⁷”.

É preciso esclarecer que Kelsen e seu positivismo normativista não encontraram eco durante o período da República de Weimar. A **Teoria Pura do Direito** era fortemente criticada pelos juristas da época, “[...] que faziam qualquer coisa para ganhar os favores do Führer¹⁵⁸”. Kelsen, inclusive, foi perseguido pelo nazismo, expulso da cátedra na Universidade de Colônia¹⁵⁹, tendo que viver exilado¹⁶⁰ durante sua vida a partir da intensificação da perseguição aos judeus. Antes, porém, quando ocupou o cargo de membro da Corte Constitucional da Áustria sofreu forte oposição do partido social-cristão, que perfilhava os ideais fascistas italianos, deixando o cargo com a reforma constitucional de 1929 empreendida pelo referido partido¹⁶¹. Tais fatos já tornam improvável que o positivismo kelseniano tenha sido o fator que legitimou as barbáries praticadas no período de dominação nazista. Nesse ponto, é interessante constatar que juristas proeminentes deste período e que se destacaram no pós-guerra como defensores da dignidade da pessoa humana, eram frontalmente opositores ao positivismo, pois guardavam no Führer a esperança da construção de uma grande nação, que cooptaria o espírito do povo ariano. Nesse sentido, é oportuno resgatar um escrito de Karl Larenz, que bem representa as ideias da comunidade jurídica nazista:

¹⁵⁷ AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019, p. 54.

¹⁵⁸ AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019, p. 62.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 167.

¹⁶⁰ AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019, p. 76.

¹⁶¹ Em sua autobiografia, Kelsen detalhou tal episódio: “A reforma constitucional de 1929, iniciada pelos social-cristãos, tinha em primeiro lugar por objetivo fortalecer substancialmente o poder do presidente da Federação e com ele todo o Executivo, e assim tornar possível um governo sem parlamento, no qual a forte minoria social-democrata era altamente incômoda e os social-cristãos só compunham a maioria junto com os nacionais alemães. Um segundo objetivo, não menos importante, era a eliminação da Corte Constitucional, pelo menos na forma que ela tinha”. [...] “Declarei ao prefeito Seitz que eu considerava a eliminação de uma Corte Constitucional independente do governo um passo funesto, ainda mais porque as tendências fascistas do partido social-cristão já eram bastante claras naquela época. Os acontecimentos ulteriores deram-me razão”. Vide: KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução Gabriel Nogueira Dias; José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 82-83; p. 92.

No Estado do *Führer* [*Führerstaat*] a questão se decide de outra maneira, pois pertence à ideia de *Führer* que nele se sintetize do modo mais visível a unidade de vontade do povo e a vontade do Estado. Portanto, ninguém além do *Führer* pode tomar a última decisão sobre se determinadas regras valem ou não. Frente a ele não se necessita de nenhuma garantia de justiça, pois ele, em sua condição de *Führer*, é o ‘guardião da Constituição’, o que equivale a dizer o guardião da concreta e não escrita ideia de direito de seu povo. Por conseguinte, uma lei que provenha de sua vontade não deve ser submetida a nenhum tipo de controle judicial. [...] O juiz está obrigado a reconhecer e a aplicar como direito toda lei que entre em vigor a partir da vontade do *Führer*, mas tem de aplicá-la segundo o espírito do *Führer*, de acordo com a atual vontade jurídica, com a concreta ideia jurídica da comunidade. [...] A concepção alemã de direito coloca a comunidade no lugar da mera coexistência de indivíduos e a responsabilidade de cada um, como membro da comunidade, no lugar da abstrata igualdade. A filosofia alemã entende a ideia de liberdade enquanto responsabilidade moral, de acordo com a qual cada um, em sua posição, se sabe corresponsável pela totalidade. Da força dessas ideias resultam as velhas orientações básicas da concepção jurídica alemã: a prioridade do interesse coletivo sobre o interesse individual [...], a subordinação dos direitos subjetivos às obrigações a eles relacionadas, a atenuação da contraposição entre Direito Público e Direito Privado e a preferência do primeiro. Para a construção da comunidade do Estado nacional-socialista é determinante, antes de tudo, a ideia racial, a consciência do vínculo entre o povo e o sangue¹⁶². (LARENZ, 1934, apud Amado, p. 69-70)

Pelo que se observa, o direito alemão que legitimou o nazismo e o holocausto do povo judeu, está bem distante do positivismo kelseniano ou de qualquer tipo de positivismo. O direito tinha que se adequar à vontade do *Führer*, não existindo outro fator de legitimidade que não o interesse de Hitler e do Partido Nazista, que ditaria o espírito do povo alemão¹⁶³ e os ideais da sociedade ariana. Não existia um direito positivo a ser seguido cegamente, mas apenas a vontade do ditador que deveria prevalecer em todos os casos. No direito do período nazista ocorreu o contrário do positivismo kelseniano, pois “[...], abandonou-se a essência de uma teoria pura mediante a incorporação de vários elementos estranhos ao direito¹⁶⁴”, como a política, a ideologia, os costumes etc. Não existiu o culto ao formalismo exarcebado ou ao Juiz como uma máquina de subsunção que deveria obedecer ao conteúdo previsto na lei de forma automática¹⁶⁵.

¹⁶² LARENZ, 1934, apud AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019?, p. 69-70.

¹⁶³ SARLET e Godoy explicam que: “No núcleo da construção de uma narrativa a doutrina jurídica do nacional-socialismo apropriou-se de conceitos vagos de inspiração romântica, a exemplo *Volksgeist* (espírito do povo), *Volksseele* (alma popular), *Rassenseele* (alma da raça), *Blut* (sangue), *Leben* (vida), *konkrete Ordnung* (ordem concreta), *Rechtsgefühl* (sentimento jurídico), *Lebensraum* (espaço vital), entre outros. Esses conceitos se formatavam, principalmente, a partir de ideias, também vagas, vazadas em *slogans* e gritos de guerra, como o da pureza racial, o combate ao perigo ‘vermelho’ bolchevista e à conjuração judaica, que associavam ao ressentimento em face derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, traduzido e difundido mediante o recurso à imagem romantizada e imprecisa de uma *punhalada nas costas - der Dolchstoß in den Rücken* representadas pela imposição das condições contidas no Tratado de Versalhes à Alemanha (1919) já completamente desmobilizada depois do armistício que encerrou com a Guerra em 1918”. Vide: SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 214.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 215.

¹⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 53.

É notável que tal crítica ao positivismo kelseniano ainda hoje é reverberada pela doutrina no Brasil. Nesse sentido, oportuna a transcrição do pensamento de Luís Roberto Barroso:

[...], a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente¹⁶⁶.

Também, no mesmo sentido, é o entendimento de Ana Paula de Barcellos:

Após a Segunda Guerra Mundial, e uma vez que o significado da barbárie nazista pôde ser apreendido pelo pensamento jurídico, o positivismo exclusivamente formal e normativista, que já se encontrava em crise, deixou de ser considerado uma forma adequada de compreender o direito¹⁶⁷.

Essa crítica que surgiu após a 2ª Guerra Mundial levou a um intenso debate sobre o positivismo no decorrer do Século XX, principalmente pelo estudo da moral como fator de correção e legitimidade dos textos legais. Frise-se que Kelsen tratou do estudo da moral em sua **Teoria Pura do Direito**, mas a afastou como critério legitimador do direito. A sua obra afirma que a moral não pode servir como critério de validade, pois, para tanto, a moral tem que ser absoluta. Nas suas palavras:

[...] A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. [...], mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade¹⁶⁸

Verifica-se, assim, que o fato de Kelsen ter afastado de seu positivismo critérios morais de legitimidade, não o fez para dar azo a um ordenamento jurídico neutro, em que se deve cumprir as leis, independente de seu conteúdo. Na verdade, ele o fez porque não se pode identificar um único critério moral que inclua todos os segmentos sociais, de modo que a moral de um grupo não pode prevalecer sobre a de outro. Ora, durante o regime do nacional-socialismo na Alemanha, o que se viu foi o critério “moral” do Führer que aglutinaria o sentimento da comunidade alemã ou os interesses da “raça” ariana como o critério de validade do direito positivo¹⁶⁹. Se realmente o positivismo kelseniano fosse a base teórica dos juristas

¹⁶⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 237

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 78.

¹⁶⁹ Nesse ponto afirma SARLET e Godoy: “A ordem normativa nacional-socialista não se informava, objetivamente, por uma recorrente adesão ao cumprimento fiel e exato da lei. O ponto referencial não era, assim, a norma posta ou efetivamente válida. A administração de um forte sistema repressivo (já que não se poderia falar,

nazistas, o holocausto nunca teria acontecido, ante a vigência da Constituição de Weimar, uma das primeiras a elencar um rol de direitos fundamentais¹⁷⁰. Além disso, mesmo no período em que surgiram as leis raciais¹⁷¹, poderiam os juristas alemães, caso realmente imbuídos do positivismo kelseniano e utilizando-se das possibilidades interpretativas de um texto legal, conforme exposto no Capítulo VIII da **Teoria Pura do Direito**, ter humanizado sua aplicação ou já incluir elementos morais de respeito à vida humana¹⁷².

Assim, em que pesem as duvidosas acusações feitas ao positivismo normativista de Kelsen, o que se sucedeu após a 2ª Guerra Mundial foi o surgimento de correntes do positivismo, que abordavam o critério da moral como integrante ou não do direito.

Para uma corrente, denominada de positivismo jurídico exclusivo, a moral “[...] não pode ser utilizada em nenhuma hipótese como critério de identificação do direito positivo, tanto no sentido da constatação de sua validade como no sentido de realização de sua interpretação¹⁷³”. Assim, os que aderem a tal positivismo excluem a moral tanto como critério de validade do direito, como critério para a interpretação das normas jurídicas. O que importa é que o direito provém dos fatos sociais e a validade do direito está centrada em critérios formais, proveniente das autoridades que possuem a competência para ditar os textos legais¹⁷⁴.

Para uma outra corrente, conhecida como positivismo jurídico inclusivista, há a possibilidade de que, em uma determinada sociedade, a moral seja critério de validade do direito e de interpretação da legislação¹⁷⁵. Essa diferenciação entre positivismo exclusivista e inclusivista ganha importância também no estudo dos princípios jurídicos, dentro do ordenamento jurídico. Os exclusivistas rejeitam normatividade aos princípios, enquanto os inclusivistas entendem que os princípios podem ser utilizados na interpretação das normas jurídicas¹⁷⁶.

em seu sentido puro e metafísico, de uma Justiça na Alemanha nazista) dependia muito menos de regras objetivas do que de uma intensa subjetividade, carregada de formulações autoritárias”. Vide: SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 225.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 198.

¹⁷¹ Vide: As leis raciais de Nuremberg. **Enciclopédia do holocausto**. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-nuremberg-race-laws>> Acesso em: 20 de jan. 2022.

¹⁷² AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019, p. 86.

¹⁷³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 135.

¹⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 135-136.

¹⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, 137.

¹⁷⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 111.

Como visto, o declínio do positivismo normativista kelseniano, de modo enviesado, acabou por gerar novos debates sobre o positivismo.

2.2.5 O Debate Hart-Dworkin

É importante destacar que o positivismo e o pós-positivismo não são movimentos teóricos que se sucederam, com marcos temporais definidos, a partir dos quais o pós-positivismo teria sucedido o “ultrapassado” positivismo. A obra **O Conceito de Direito** de Herbert Hart¹⁷⁷, lançada após mais de 20 anos do fim da 2ª Guerra Mundial, é uma afirmação de que o positivismo jurídico não foi sepultado como pretende seus oponentes. Além disso, tal livro suscitou um famoso debate entre Hart e Ronald Dworkin, que em 1967, publicou um artigo com críticas às ideias centrais da teoria positivista de Hart¹⁷⁸.

Esse duelo teórico se estendeu durante o restante do Século XX e início do Século XXI, vez que o próprio Hart preparou um pós-escrito que somente foi publicado em 1994, após a sua morte. Nesse texto, Hart analisou não só as críticas elaboradas por Dworkin, mas também por outros teóricos, reafirmando, em grande medida, os termos de sua obra¹⁷⁹. Dworkin, por outro lado, elaborou uma tréplica, publicada em 2004¹⁸⁰. Tais fatos demonstram que a discussão sobre o positivismo indica que este não é um paradigma superado, e que teve como termo histórico o final da 2ª Guerra Mundial. O debate Hart-Dworkin, bem como a classificação entre positivismos inclusivistas e exclusivistas, conforme a adoção ou a exclusão da moral como critério de validade e/ou aplicação do direito, não permite decretar o fim do positivismo, como pretende alguns pós-positivistas.

Hart desenvolveu a ideia das normas primárias e secundárias, sendo que as primeiras estão dispostas a regular a conduta humana, de modo a orientar as pessoas a observarem um comportamento socialmente adequado, enquanto as segundas, estão determinadas a regular o

¹⁷⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁷⁸ Dworkin publicou o artigo intitulado **O Modelo de Regras I**, em 1967, o qual foi republicado em 1977, no capítulo 2 do livro **Levando os Direitos a Sério**. Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁷⁹ Nas palavras do próprio Hart: “Embora eu tenha feito alguns disparos na direção de alguns de meus críticos, especialmente o falecido prof. Lon Fuller e o prof. R. M. Dworkin, não havia dado até agora resposta geral e completa a nenhum deles; preferi observar e aprender com o debate extremamente instrutivo em curso, no qual alguns de meus críticos discordaram de outros tanto quanto haviam discordado de mim. Mas, neste Pós-escrito, tentarei responder a algumas das críticas de maior alcance feitas enfaticamente por Dworkin em muitos artigos seminais coletados em *Taking Rights Seriously* [*Levando os direitos a sério*] (1977) e *A Matter of Principle* [*Uma questão de princípio*] (1985) e no livro *Law’s Empire* [*O império do direito*] (1985). Vide: HART, **O conceito de direito**, Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 308,

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

modo de estabelecer as normas principais, bem como explicitar como extinguir, modificar, incidir e aplicar as normas primárias¹⁸¹. Para Hart as normas primárias possuem uma incerteza própria e para solucionar tal problema explicita a existência de uma norma de reconhecimento que: “[...] especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma de grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”¹⁸².

Essa norma, portanto, tem a função de reconhecer que uma norma tem a possibilidade de regular a conduta em uma dada sociedade. Sem este reconhecimento, não há como saber se uma norma está incluída em um ordenamento jurídico, e tem a aptidão de estabelecer deveres sob coerção de um grupo social. Para Hart as normas de reconhecimento podem revestir diversas formas, como, por exemplo: “[...], o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico, ou sua longa prática consuetudinária, ou ainda por sua relação com as decisões judiciais”¹⁸³. Além disso, tais características podem ser aceitas concomitantemente, levando a existência de eventuais conflitos, resolvidos pelo estabelecimento de uma ordem de preferência “[...], como no caso da habitual subordinação do costume ou do precedente à lei positivada, constituindo esta última uma ‘fonte hierarquicamente superior’ do direito”¹⁸⁴.

O selo de autoridade que a norma de reconhecimento confere a uma norma induz a ideia de sistema jurídico, pois as normas não são mais isoladas e desconexas, e passam a integrar uma unidade, estabelecida pelos critérios da norma de reconhecimento. Essa ideia também induz a concepção de validade jurídica, pois uma norma é jurídica se está autorizada pela norma de reconhecimento¹⁸⁵.

Dworkin é frontalmente contrário à regra de reconhecimento de Hart, à qual apelida como teste de *pedigree*¹⁸⁶. Para Dworkin, não é possível estabelecer um padrão ou uma regra que reúna todas as características para se afirmar que uma norma é uma norma jurídica, principalmente quando se está diante de um princípio jurídico¹⁸⁷. Em suas palavras:

¹⁸¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105.

¹⁸² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 122.

¹⁸³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 123.

¹⁸⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 123.

¹⁸⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 123.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 64.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 65.

Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única ‘regra’, por mais complexa que fosse. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart¹⁸⁸.

Para Dworkin, a questão de saber se uma regra ou um princípio pode vincular um comportamento, passa pela necessidade de que os membros de uma comunidade política devem aceitar que são regidos por princípios comuns, que vão definir em seu sistema as ideias de justiça, equidade e justo processo legal¹⁸⁹. Essa comunidade de princípios terá autoridade moral, de modo que “[...] suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade¹⁹⁰”. Dessa comunidade princípios comuns decorrem os princípios da integridade da legislação, o qual “[...] pede aos que criam o direito por legislação que mantenham coerente quanto aos princípios¹⁹¹” e da integridade no julgamento que “[...] pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido¹⁹²”.

Esse ponto de divergência entre os autores acerca da existência ou não da regra de reconhecimento é apenas uma das questões de discordância deste debate. Constata-se, também, que Hart e Dworkin não se entendem quanto à utilização do critério moral no direito.

Sob esse aspecto, Dworkin coloca a moral na base de sua teoria, de modo que não há como separar o direito da moral. Na verdade, Dworkin entende que o direito é um ramo da moral política¹⁹³ e está tem por escopo estudar “[...] o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial¹⁹⁴”. Hart,

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 65

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 254.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 258.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 258.

¹⁹³ Nas palavras de Dworkin: “É fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política”. Vide: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 620.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 500.

por outro lado, afirma que não há como estabelecer uma conexão conceitual entre o direito e a moral¹⁹⁵ e que as leis não precisam passar pelo crivo da justificação moral para existirem¹⁹⁶. Somente em uma única situação, Hart admite a utilização de critérios morais pelo direito, quando for o caso das próprias fontes sociais do direito incorporarem aspectos da moral para sua identificação¹⁹⁷.

Dworkin é enfático contra o positivismo¹⁹⁸, de modo que não é adequado inseri-lo no rol de positivistas inclusivos, apenas pela sua adesão à moral como critério base de sua teoria, vez que ele é antipositivista¹⁹⁹. No entanto, o pensamento de Hart que admite a utilização da moral quando o próprio direito especifica a sua utilização como critério de identificação do direito, o leva a ser classificado como um positivista inclusivo²⁰⁰.

Além da divergência entre Hart e Dworkin no campo da moral, é necessário pontuar que eles também discordam sobre o tema da discricionariedade judicial. Hart entende que a interpretação conferida pelos tribunais aos textos legais pode gerar discricionariedade do julgador, principalmente pelo caráter de textura aberta²⁰¹ das leis, ou quando existam lacunas²⁰². Este problema pode ser resolvido pela criação de novas leis para diminuir a textura aberta, mas, adverte Hart, esta nova legislação também fica sob o crivo de avaliação pelo Poder Judiciário²⁰³.

Dworkin se posiciona contra a discricionariedade no direito. Nesse aspecto, Dworkin diverge frontalmente de Hart e estabelece uma metodologia para combater a discricionariedade.

¹⁹⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 346.

¹⁹⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 347.

¹⁹⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 347: “De acordo com a minha teoria, a existência e o teor do direito podem ser determinados consultando-se as fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais e os costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o próprio direito assim identificado tiver incorporado critérios morais para sua identificação”.

¹⁹⁸ Afirma o autor: “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”. Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

¹⁹⁹ Conforme lição de Flávio Pedron e José Emílio Ommati, para Dworkin o positivismo jurídico representa uma visão do Direito incompatível com a Democracia, por isso seu ataque ao positivismo e as ideias de Hart. Vide: PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 61.

²⁰⁰ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 101.

²⁰¹ Sobre o termo *textura aberta*, Hart fornece a seguinte explicação: “Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*”. Vide: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166.

²⁰² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 351.

²⁰³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 188.

O ponto chave para a teoria de Dworkin é o uso dos princípios, de modo que quando existir alguma lacuna ou uma indefinição textual, os princípios irão complementar as regras²⁰⁴.

A metodologia de Dworkin para combater a discricionariedade implica no reconhecimento e uso dos princípios²⁰⁵ como verdadeiras normas jurídicas, tema este que foi pouco explorado por Hart. No seu pós-escrito, Hart admite tal falha²⁰⁶, mas pontua que isso não representa uma substancial modificação de seu pensamento²⁰⁷.

Sem a pretensão de esgotar todos os pontos de divergência do debate Hart-Dworkin, resta evidente que a discussão engendrada pelos autores representa a efervescência concomitante de ideias a favor e contra o positivismo, no contexto da tradição do *Common Law*. A existência de adeptos de uma ou outra corrente, indica também que ainda permanece o duelo teórico, e ajuda a reforçar a classificação entre positivistas inclusivos e exclusivos, conforme a utilização ou não do critério moral do direito. Além disso, os principais pontos do debate, como a existência ou não de regra de reconhecimento, a utilização da moral como critério definidor do direito, a possibilidade ou o combate a discricionariedade judicial, bem como o reconhecimento de normatividade dos princípios, amplificam as discussões dogmáticas dos teóricos do direito.

Como se observa, o positivismo jurídico é um vasto campo teórico que influenciou a formação dos juristas brasileiros e, por consequência, as técnicas de interpretação e aplicação das leis no país. Não é difícil encontrar nas decisões judiciais citações aos métodos de interpretação da escola da exegese, ou citações a Hans Kelsen e Ronald Dworkin. Muitas vezes, essas citações surgem para fundamentar certos subjetivismos judiciais, mesmo que todos esses autores pró ou contra o positivismo não se mostrem favoráveis ao arbítrio judicial. Além disso, é fácil perceber que o positivismo sofreu intensa propaganda negativa após a 2ª Guerra Mundial, cnicamente lhe sendo imputada a justificativa normativa para os horrores cometidos durante o conflito. Essas questões críticas levantadas contra o positivismo durante todo o Século XX, fez

²⁰⁴ Afirma Dworkin: “Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.” Vide: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 71.

²⁰⁵ Dworkin conceitua princípio da seguinte forma: “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

²⁰⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 335.

²⁰⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 339.

surgir um novo movimento teórico denominado de pós-positivismo, que será melhor abordado no tópico seguinte.

2.3 O Pós-Positivismo

Com o movimento de redemocratização da Europa, no pós-guerra, as Constituições novas passaram a consagrar o comprometimento de tais nações com valores éticos e conformadores do direito, como a democracia, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana²⁰⁸. Inicia-se um movimento de superação dos problemas do positivismo, um movimento preocupado com fixação de um conteúdo ético a ser cumprido pelo direito. Frise-se que não há preocupação em desconstruir ou superar o positivismo²⁰⁹. Georges Abboud entende que a pretensão do paradigma pós-positivista é assentar a divisão entre texto e norma, interpretação como ato produtivo, decisão é interpretativa e não silogística, a teoria do direito tem função normativa e inexistência de discricionariedade judicial na solução das questões²¹⁰.

Contudo, um exame crítico das características relacionadas por Abboud indicam que alguns desses temas pertencem ao positivismo normativista de Kelsen ou de Hart. Por exemplo, a separação entre texto e norma já eram trabalhadas por Kelsen²¹¹ e Hart²¹². A interpretação como ato produtivo já era desenvolvida por Kelsen, não podendo ser atribuída ao pós-positivismo tal característica. De igual modo, Hart já trabalhava com a ideia de decisão interpretativa e não silogística. Tais conclusões estabelecem a dificuldade de caracterizar o pós-

²⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

²⁰⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 243.

²¹⁰ Conforme as palavras do autor: “Nessa senda, apresentamos o pós-positivismo como paradigma teórico assentado em proposições fundamentais, quais sejam: 1) há distinção entre texto e norma; 2) a interpretação é ato produtivo condicionado pela historicidade; 3) a decisão é sempre interpretativa e não silogística; 4) a teoria do direito tem função normativa; e 5) não existe discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas”. Vide: ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 75.

²¹¹ Para Kelsen: “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”. Vide: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387.

²¹² Conforme ensina Hart: “Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação das normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados. Contudo, essas atividades, por importantes e imperfeitamente estudadas que sejam, não devem disfarçar o fato de que tanto o contexto em que se inserem quanto seu principal produto final são as normas gerais”. Vide: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 176.

positivismo como um verdadeiro paradigma jurídico, pois uma importante base teórica dele é decorrente da adoção de premissas do positivismo.

É preciso destacar que um ponto central do pós-positivismo é a intensificação da utilização de princípios no texto constitucional²¹³, o que amplia as possibilidades de interpretação dos textos normativos.

No entanto, encontra-se na doutrina opiniões afirmando que o pós-positivismo pretende libertar o intérprete das amarras do texto legal, permitindo que a norma jurídica seja o resultado da interpretação sistemática da lei²¹⁴, cotejada com os valores e princípios constitucionais do respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, por exemplo. Ora, a adoção de interpretação sistemática da lei para extrair a norma jurídica é uma ideia do pandectismo alemão, de Savigny²¹⁵, o que não pode ser atribuído ao pós-positivismo como uma ideia original. Desse modo, considerando que os fundamentos jurídicos do pós-positivismo repetem em grande medida ideias fundantes do positivismo não se mostra adequado categorizá-lo como um verdadeiro paradigma, mas sim uma correção de certos “[...] aspectos teóricos e metodológicos do juspositivismo que se tornaram efetivamente ultrapassados, seja em virtude das revelações havidas no campo da filosofia, seja em razão da complexidade contemporânea [...]”²¹⁶.

Bonavides considera que tanto Friedrich Müller, na Alemanha, como Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, devem ser considerados como os representantes iniciais do pós-positivismo²¹⁷, sendo que, em ambos os autores as normas jurídicas não podem ser apenas constituídas dos textos legais, mas deve agregar também outros elementos normativos, para compor o ato final de interpretação²¹⁸. Nesse ponto, cabe destacar:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por

²¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 269.

²¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 50.

²¹⁵ Para Savigny: “A tarefa suprema da interpretação é a crítica superior, isto é, a restituição de sentido a um texto corrompido. Tudo aquilo que é dado, só é dado indiretamente, e, neste meio, neste ser dado, pode acontecer uma falsificação. Se o dado indiretamente diferir do texto fundamental, este deve ser restabelecido. A crítica superior deve contar com os mesmos elementos de toda interpretação, ou seja, com elementos lógicos, gramaticais e históricos. Também neste caso, o intérprete deve fazer surgir de modo artificial o conteúdo da lei, mas há de se supor que as partes extraviadas do texto original devem ser encontradas. Todas as partes estão em relação com um todo orgânico, querendo ser um todo, nada pode faltar. Se algumas partes forem autênticas e certas, elas servirão de base para concluir como seriam as incorretas”. Vide: SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 11.

²¹⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 198.

²¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 282.

²¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 282.

Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva aos princípios²¹⁹.

No entanto, o pós-positivismo, assim como o próprio positivismo, é um movimento teórico com vários sentidos, conforme a diversidade dos doutrinadores que o fundamentam. Na doutrina internacional, destacam-se, no entanto, com importantes contribuições para a formação teórica pós-positivista os estudos desenvolvidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy. No Brasil, compõem o cenário dos teóricos pós-positivista Lenio Streck²²⁰, Paulo Bonavides²²¹, Georges Abboud²²², Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos²²³, dentre outros.

Dimoulis²²⁴ afirma que existem duas tendências teóricas que estão na base do pós-positivismo. A primeira, de cunho idealista, influenciada pelo jusnaturalismo, admite que o direito deve se submeter a valores superiores, como a moralidade, a justiça etc. A segunda, de matriz sociológica, afere que o direito deve ser influenciado pelas vicissitudes presentes em uma determinada sociedade, possibilitando uma flexibilização da aplicação do direito aos padrões da sociedade que estão em constante mudança. O pós-positivismo “[...] parece unir essas duas tendências e constitui o principal referencial teórico (ou pelo menos terminológico) nos debates modernos²²⁵”.

A formação do pensamento do paradigma pós-positivista não é uníssona. Consta-se diferenças, por exemplo, no pós-positivismo alemão e no brasileiro. Para Friedrich Müller, autor da **Teoria Estruturante do Direito**, o direito deve ser interpretado levando em consideração elementos históricos e sociais, de modo que o jurista mantenha um papel ativo, criando sentidos ao texto da norma, conforme as especificidades do caso em análise²²⁶. Contudo, o próprio Müller rejeita a interferência de princípios morais, socorrendo-se de rigorosos métodos de interpretação²²⁷, para reduzir a discricionariedade²²⁸.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 270.

²²⁰ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 198.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 282.

²²² ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 74.

²²³ BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. Nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003, p. 64, disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj.online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2022.

²²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 47.

²²⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 47.

²²⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 48.

²²⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 48.

²²⁸ Nas palavras de Müller: “[...], o quão violento e metodicamente sem sentido sob o ponto de vista do direito material é um apelo ingenuamente direto a conteúdos extralegais, no sentido de premissas diretamente aplicáveis. Fundamento de validade, extensão, teor e limites da lei moral universal ou da lei moral da cultura ocidental cristã, válido universalmente são notoriamente discutíveis entre os participantes do ordenamento jurídico, bem como no âmbito da ciência e também na prática das mais altas cortes de justiça. E, nessas controvérsias, até agora ainda não

Essa concepção de Müller rejeitando os princípios morais como elemento de correção do direito não é recepcionada por autores brasileiros que se filiam ao pós-positivismo²²⁹. Para Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, por exemplo, no pós-positivismo deve existir uma religação entre o direito e a ética²³⁰. Nesse aspecto, a doutrina nacional é mais receptiva ao discurso antipositivista de Ronald Dworkin, que combate o positivismo jurídico e coloca na base de sua teoria os princípios, que representam “[...] uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²³¹”.

2.3.1 A Doutrina de Dworkin

Conforme foi verificado, no centro teórico do movimento pós-positivista é necessário destacar a doutrina de Ronald Dworkin, feroz crítico do positivismo e que é referencial teórico no Brasil em importantes núcleos de pós-graduação. Para Dworkin, entre direito e moral não há uma separação, muito menos uma relação de complementaridade. Ele afirma que o direito é um ramo da moralidade, de modo que entre os dois há uma estreita correlação²³².

Dworkin é um feroz crítico do positivismo jurídico, afirmando que tal paradigma não é compatível com o regime democrático. Para ele o positivismo permite que no caso de lacunas o Magistrado possa julgar com discricionariedade. Desse modo, o Juiz estaria autorizado a criar uma nova regra jurídica e aplicá-la retroativamente, o que surpreenderia as partes no

foi demonstrado que a lei moral, sem respaldo no ordenamento jurídico vigente e sem considerar a convicção daquele que pensa com parcimônia e justeza forneceria proposições normativas simplesmente aplicáveis, em que a concretização do direito pudesse se apoiar sem maiores problemas e, sob o aspecto da explicação racional e comprovável, pudesse se amparar sem maiores implicações. [...] A concretização do direito no Estado Democrático de Direito deve empenhar-se para abandonar o campo dos credos que se pautam em conclusões metodicamente precipitadas e trabalhar elementos da argumentação que possam ser concretamente, no sentido de racionalmente, examinados e discutidos no âmbito da ciência do direito, ou seja, que de um modo bastante específico constituam-se como elementos de relativa objetividade”. Vide: MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 119-120.

²²⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 49.

²³⁰ Barroso e Barcellos são enfáticos colocando no conceito do pós-positivismo a interligação entre o direito e a moral, conforme se verifica do seguinte trecho: “Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e a Ética”. BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. Nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. In. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003, p. 64. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj.online/edicoes/revista23/revista23_25.pdd>. Acesso em: 04 jan. 2022, p. 376.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

²³² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 620.

processo²³³. Com essa possibilidade permitida pelo positivismo estariam, assim, os regimes democráticos fragilizados.

Para eliminar essa discricionariedade judicial, Dworkin defende que há apenas uma única resposta/decisão correta e que os ordenamentos jurídicos, além das regras jurídicas, devem ter outras espécies de normas a serem utilizadas em caso de lacuna²³⁴. A solução de matriz positivista entende que é possível, em caso de lacunas, a existência de várias soluções que compõem uma moldura de decisões jurídicas racionais. Qualquer dessas é legítima para resolver a questão²³⁵. Tal raciocínio é identificado na prática judicial brasileira, posto que os Tribunais pátrios pluralizam entendimentos para “[...] situações absolutamente idênticas, pela análise parcial de argumentos (sem se respeitar o dever de consideração) ou mesmo pela escolha aleatória do entendimento que confirma a pré-compreensão do decisor (*confirmation bias*) sem se levar a sério o debate processual²³⁶”.

A teoria de Dworkin usa a ideia de virtude da integridade, pela qual todos os jurisdicionados devem ser considerados com o mesmo respeito e consideração, o que acarretaria ao Judiciário o dever de tratar todos os casos a sério e com cuidado²³⁷. Assim, o julgador deve se portar nos casos que enfrenta, com extremo cuidado e consideração, a fim de encontrar a resposta/decisão correta, para cada caso posto a julgamento²³⁸. Para concretizar o julgamento por integridade, Dworkin se vale de uma metáfora, que ele denomina de “Juiz Hércules”. Com isso, ele forma um método interpretativo que se encaixa no regime democrático, pelo que, além de verificar todos os argumentos trazidos pelas partes, bem como examinar o conjunto fático-probatório²³⁹ deve, também, considerar que a solução correta passa pela análise da história construída até então pelos precedentes existentes. Ainda, Dworkin insere uma nova metáfora, a do “romance em cadeia”, que impõe ao Juiz Hércules o exame dos precedentes anteriores para

²³³ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 61-62.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

²³⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 64.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p.64.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 281.

²³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 305-306.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

poder incluir, com a sua decisão, um novo capítulo deste romance, como se uma história estivesse sendo contada²⁴⁰. Essa construção do Magistrado de Dworkin pode ser sintetizada:

Essa obrigação hermenêutica, faz com que o magistrado de Dworkin se coloque como um membro de empreendimento coletivo, uma história (a história daquele direito em especial) que está sendo contada e construída a várias mãos - por isso o uso de outra metáfora: a do romance em cadeia. A responsabilidade de Hércules, portanto, o leva a ler e a levar em conta tudo aquilo que foi escrito e decidido acerca do direito envolvido.

A partir disso, Hércules fará sua parte - ou seja, ele será responsável por adicionar um novo capítulo desenvolvendo a discussão, sem ignorá-la ou sem reinventá-la²⁴¹.

Frise-se que esse processo hermenêutico de Dworkin, no qual a solução correta a ser dada pelo Juiz Hércules é o resultado de um diálogo entre os participantes do processo e da história daquela sociedade representada pelos precedentes, para que se possa construir um novo capítulo, é o modo pensado para eliminar a discricionariedade do julgador e possibilitar a efetivação de um ambiente hermenêutico. Neste espaço não existem lacunas, pois o sistema é constituído por regras e também por outras normas, como são os princípios e as diretrizes políticas²⁴², não sobrando possibilidade para a subjetividade do Judiciário.

Com essas noções, percebe-se que a teoria de Dworkin está ligada ao paradigma da filosofia da linguagem²⁴³, vez que a decisão judicial não é um produto da atividade subjetiva do Juiz criando os sentidos do texto legal. Para Dworkin, a decisão é o resultado de um processo hermenêutico em que o Juiz constrói a solução a partir do diálogo com outros sujeitos processuais e com a história jurisprudencial. Assim, desse debate intersubjetivo, o Judiciário estabelece o direito aplicável ao caso concreto, reduzindo o espaço de discricionariedade do positivismo jurídico.

2.3.2 A Doutrina de Robert Alexy

Outro teórico que é importante para o desenvolvimento do pós-positivismo e que é adotado por autores nacionais é Robert Alexy. Na obra **Teoria dos Direitos Fundamentais**²⁴⁴

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

²⁴¹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 67.

²⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

²⁴³ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 114.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Alexy desenvolve estudos sobre a normatividade dos princípios²⁴⁵, fortalecendo, assim como Dworkin, a possibilidade de o intérprete utilizar os princípios para solucionar os problemas concretos.

Alexy também contribui para a distinção entre princípios e regras utilizando um critério qualitativo²⁴⁶ de diferenciação, quanto ao modo de aplicação de cada espécie normativa. Alexy não utiliza o critério do grau de generalidade²⁴⁷ para separar os princípios das regras, seu enfoque é situado no modo de aplicar e no procedimento a ser adotado em caso de conflito normativo.

Assim, para Alexy as regras são aplicadas ou não são, ou tudo ou nada²⁴⁸. Se uma aplicação admite a solução por uma regra, esta deve ser aplicada, por subsunção. Quando ocorre o conflito entre regras, apenas uma delas prevalecerá, sendo considerada válida, ao passo que a outra deverá ser retirada do ordenamento jurídico por ser inválida²⁴⁹.

Os princípios não criam razões determinantes para sua aplicação, assim como ocorre com as regras²⁵⁰. Os princípios, na visão de Alexy, criam obrigações *prima facie*²⁵¹, vez que podem não ser aplicados, quando em confronto com outros princípios. Nesse ponto, demonstra-se como os princípios se diferenciam das regras, pois estas ou são aplicadas ou não são, e a regra que não for aplicada perde a validade. Já os princípios, no caso de conflito, se um deles não for aplicado em um determinado caso, não deixa de existir, continua válido e pode ser utilizado em outros casos, a depender das condições fáticas que se apresentem. Destaca-se a conclusão de Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios

²⁴⁵ Nas palavras de Alexy: “Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

²⁵⁰ Para Alexy: “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91.

²⁵¹ Alexy explica: “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106.

terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso²⁵².

Verifica-se, portanto, que no conflito normativo entre princípios, Alexy acentua que deve prevalecer o critério da dimensão de peso entre princípios, que não existe nas regras. Assim, os princípios são normas que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, conforme as condições fáticas e jurídicas que o caso apresenta, revelando a natureza de mandamentos de otimização²⁵³.

Se em um determinado caso concreto em que ocorre a colisão entre princípios, aquele que demonstrar, conforma as particularidades fáticas e jurídicas do caso, que tem maior peso em relação ao outro princípio, terá precedência, mas não importará na invalidação do princípio que deixou de ser aplicado. O princípio que tem menor peso em um determinado caso continuará válido para outros casos em que não exista conflito entre princípios ou, poderá prevalecer no caso de colisão com outro princípio, conforme a situação fático-jurídica que se apresentar.

Alexy também trabalha com outro ponto que é fundamental para o pós-positivismo: a admissão de critérios morais para a identificação e validade do direito. Considerando que o sistema jurídico normativo é composto por regras e princípios e quando estes estão em conflito, ou quando se está diante de uma norma com âmbito de abertura²⁵⁴, a atitude do Juiz em decidir e dar uma resposta correta representa uma avaliação de argumentos morais²⁵⁵.

²⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93-94.

²⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

²⁵⁴ Alexy utiliza o termo 'âmbito de abertura' para identificar uma norma obscura ou sujeita a interpretações dissonantes, no sentido do termo 'textura aberta', usado por de Hart: "Nesse sentido, pode-se falar num 'âmbito de abertura' do direito positivo, que pode ser mais ou menos amplo, mas que existe em todos os sistemas jurídicos. Um caso que se enquadre no âmbito de abertura deve ser caracterizado como 'caso duvidoso'". Vide: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 84.

²⁵⁵ Explica Alexy: "A tese da correção não apresenta dificuldades quando os princípios do direito positivo têm um conteúdo que, moralmente, é exigido ou, ao menos, admitido. [...] Como mandamentos de otimização, esses princípios exigem sua mais ampla realização possível. Juntos, exigem a realização aproximativa de um ideal jurídico, qual seja, o ideal do estado de direito democrático e social. Sendo esses princípios, ou seus inúmeros subprincípios, pertinentes num caso duvidoso, o juiz estará juridicamente obrigado a proceder a uma otimização relacionada ao caso concreto. Trata-se, aqui, de dar uma resposta a uma questão jurídica, que, por seu conteúdo, também é uma questão de moral política. Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão de sua ponderação tem, quanto a seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão à correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral".

Assim, para se determinar qual é o critério moral correto para vincular o direito, Alexy afirma que o jurista deve investigar a ideia de moral correta, como uma moral fundamentada em argumentos jurídicos e morais, de modo a afastar elementos de irracionalidade e injustiça²⁵⁶. O critério moral que deve prevalecer é uma construção hermenêutica, que exige do intérprete a conjugação dos princípios do ordenamento jurídico, com argumentos morais que eliminem a injustiça e a irracionalidade²⁵⁷.

2.3.3 Os Problemas do Pós-Positivismo

Assim, em que pese a doutrina estrangeira não assentar um conceito único do que seja o pós-positivismo, verifica-se que no Brasil este movimento teórico foi sendo direcionado para incluir na interpretação do direito positivo a incidência de princípios e valores, como a justiça, a ética, o bem comum e a dignidade da pessoa humana²⁵⁸. Acontece que esse intuito de tornar o “[...] ordenamento jurídico como justo ou moralmente adequado, [...]”²⁵⁹, é despreocupado em “[...] explicitar os métodos que permitiriam encontrar a solução justa em cada caso²⁶⁰”.

Neste ponto, Dimoulis indica o caráter problemático do pós-positivismo, pois o recurso a valores e princípios na interpretação pode representar “[...] um retorno ao ‘antigo regime’ político, jurídico que permitia a juízes e doutrinadores criar o direito no caso concreto²⁶¹”. Assim, no intuito de acrescentar uma evolução às falhas do positivismo, frequentemente acusado de ser uma teoria formalista, por exemplo, o pós-positivismo pode encerrar um retorno ao período anterior aos movimentos revolucionários do Século XVIII, em que os Juízes se valiam dos princípios e máximas universais do direito natural, para decidir como bem entendessem. Assim, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes²⁶² o pós-positivismo permite, na interpretação, o recurso aos valores e princípios, mas exige um esforço especial de justificação.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 93.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 97.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 97.

²⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 52.

²⁵⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 52.

²⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 53.

²⁶¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 62.

²⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação- interpretação do direito no séc. XXI. In. **Revista de Direito Privado** (São Paulo), v. 56, p. 11-30, 2013, p. 17.

Assim, se em um determinado caso concreto é utilizado o conceito de princípio de Robert Alexy, ou seja, normas que estabelecem direitos *prima facie*, mandamentos de otimização a serem aplicados na maior medida possível, conforme as condições fáticas e jurídicas apresentadas, será necessário que o jurista desenvolva um raciocínio que demonstre o preenchimento das três máximas parciais da proporcionalidade²⁶³. Somente dessa forma, explica Alexy “[...] que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios²⁶⁴”. Mesmo com a utilização das máximas da proporcionalidade é possível que ainda subsista campo para a discricionariedade²⁶⁵, que poder ser racionalizada por meio do discurso.²⁶⁶ Evidencia-se que o intérprete deve tomar cuidado na escolha de uma teoria para lhe auxiliar a aplicar o direito, pois se há uma intenção de reduzir ou de eliminar a discricionariedade, de modo a evitar subjetivismos, necessário verificar quem ou qual marco teórico propõe a redução ou a eliminação de qualquer discricionariedade.

No Brasil, Lenio Streck, enfrenta o problema da interpretação e da redução da discricionariedade, conforme contornos do pós-positivismo. O autor formula sua resposta ao problema da redução do subjetivismo por meio da interpretação, a qual denomina de “crítica hermenêutica do direito”. Consiste em uma matriz teórica, fundada na racionalidade da filosofia hermenêutica ou no giro linguístico (Heidegger/Gadamer) com influência da teoria de Dworkin²⁶⁷. Combate o personalismo da decisão judicial, sendo que deve estar presente a responsabilidade política do julgador para cumprir com as exigências do regime democrático, de modo que a decisão não seja um ato de vontade individual, mas sim, que seja um ato construído, que represente a sociedade²⁶⁸.

²⁶³ Alexy explica tal procedimento do seguinte modo: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais”. Vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 588.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 588.

²⁶⁵ Nesse ponto, Alexy indica: “O problema da discricionariedade epistêmica surge tanto no exame da adequação quanto no exame da necessidade”. Vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 592.

²⁶⁶ STRECK, Lenio. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr., 2016, p. 236.

²⁶⁷ STRECK, Lenio. **A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial**, p. 223.

²⁶⁸ STRECK, Lenio. **A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial**, p. 242.

É preciso pontuar também que o paradigma positivista ou os entendimentos do pós-positivismo nem sempre estão presentes nas decisões judiciais. Tome-se como exemplo o julgamento do Recurso Especial nº 1.704.520 – MT,

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. [...] 6 - Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. [...].²⁶⁹.

No referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça ampliou o entendimento sobre a taxatividade de hipóteses previstas no art. 1.015, do CPC, para interposição de agravo de instrumento. Nesse julgado, o Tribunal decidiu que apesar da decisão legislativa do CPC em restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento às taxativas hipóteses do art. 1.015, foi criada uma genérica hipótese de interposição no caso de urgência e risco de inutilidade da questão no julgamento ulterior do recurso de apelação. Essa nova hipótese de cabimento recursal anula a taxatividade prevista no CPC, que apesar de ser considerada por vezes doutrinárias como necessária²⁷⁰, não foi justificada adequadamente sob a ótica do positivismo ou do pós-positivismo.

No voto vencedor, a Ministra Nancy Andrighi, entendeu que era necessário reconhecer que o art. 1.015 do CPC tem uma taxatividade mitigada “[...] por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo²⁷¹”.

Percebe-se o caráter problemático da decisão referida, pois, no intuito de incluir uma nova cláusula de cabimento do agravo de instrumento, o que contraria a literalidade do CPC, a Ministra Relatora estabeleceu apenas que tal interpretação era condizente com as normas

²⁶⁹ BRASIL. **Acórdão em Recurso Especial – MT nº 1.704.520**. Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada – ME e Shirase Franquias e Representações LTDA. Relator. Min. Nancy Andrighi. DJe 19 dez. 2018. Disponível em: <

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF > Acesso em: 31 jul. 2022.

²⁷⁰ Conforme Fernanda Medina Pantoja: “O nome ‘taxatividade mitigada’, contraditório em si mesmo, não foi dos mais felizes, mas a hipótese flexível acrescida pelo STJ à lista de decisões recorríveis era absolutamente necessária”. Vide: PANTOJA, Fernanda Medina. Cabimento do agravo de instrumento: alguns mitos. **Revista de Processo**. v. 322, ano 46, p. 211-235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

²⁷¹ Trecho do Voto da Ministra Nancy Andrighi, relatora do Resp 1.704.520. **Acórdão em Recurso Especial – MT nº 1.704.520**. Quim Comércio de Vestuário Infantil Limitada – ME e Shirase Franquias e Representações LTDA. Relator. Min. Nancy Andrighi. DJe 19 dez. 2018. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF > Acesso em: 31 jul. 2022, p. 48-49.

fundamentais do CPC. Não houve qualquer preocupação em especificar as razões, ou de quais princípios fundamentais decorreria a decisão da Corte. Em que medida os princípios aplicados contribuem para fundamentar uma nova hipótese recursal não prevista em lei? Não houve o cuidado em dizer qual o princípio que fundamenta a interpretação que conduz o voto, satisfazendo-se tão-somente com o recurso argumentativo genérico de simplesmente dizer que está em sintonia com as normas fundamentais.

Esse exemplo demonstra que além das dificuldades de se estabelecer na interpretação do direito uma adequada aplicação dos marcos teóricos do pós-positivismo, principalmente quanto à utilização dos princípios, revela também um caráter de pouco cuidado com a racionalidade na fundamentação da decisão judicial. José Rodrigo Rodrigues especifica que as decisões colegiadas das Cortes brasileiras são produzidas sem preocupação na redação de um texto coerente, sendo mais uma catalogação dos votos dos integrantes do Tribunal²⁷². No ponto, a mecânica deste processo decisório é a seguinte:

[...], o tribunal não organizará a decisão de maneira unificada. Limitar-se-á a publicar todas as opiniões dos juízes em conjunto e sem hierarquia, incluindo a transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento, intercalados com os votos apresentados por escrito, que são elaborados com antecedência. O documento resultante, quase sempre longo, desorganizado e difícil de manusear, é um retrato fiel do processo decisório do STF em que vence aquele que convencer individualmente mais juízes. Os demais tribunais brasileiros repetem o mesmo padrão²⁷³.

A consequência é que essa “metodologia” utilizada pelos Tribunais Superiores acaba sendo replicada para os demais profissionais do direito (juízes, advogados, promotores, professores etc)²⁷⁴, gerando muitas vezes argumentações vazias de fundamento ou sem respaldo em um quadro normativo preciso, não sendo difícil encontrar petições que relacionam diversas ementas de julgados, sem, contudo, ser demonstrada a aplicabilidade para a lide em julgamento.

Contudo, verifica-se que esta abertura à utilização de princípios para a interpretação do direito legislado e, também, a frequente inclusão de princípios nos textos legais, ou, ainda, a permissão legislativa para o aplicador do direito incluir os princípios no processo de aplicação²⁷⁵, não vem sendo acompanhada por um rigoroso processo de interpretação e

²⁷² RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 51-52.

²⁷³ RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 71.

²⁷⁴ RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 59.

²⁷⁵ Nesse sentido, a dicção do CPC, Lei nº 13.105/2015: “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Vide: BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 fev. 2022.

justificação, agravado por uma racionalidade descuidada na formação da decisão. No Brasil, o que se verifica em muitos casos é uma adoção enviesada das ideias dos teóricos pós-positivistas com a utilização de princípios²⁷⁶ para diminuir, alargar ou até anular o conteúdo das leis, sem qualquer critério, apenas como elemento de justificação da decisão.

2.4 O Problema da Confusão de Métodos

Diante do panorama em que se verifica a existência de várias escolas jurídicas dentro do positivismo e mesmo no pós-positivismo, aliado à falta de delimitação do paradigma filosófico que influencia determinada teoria ou movimento teórico, torna-se visível a inexistência da preocupação do jurista em geral, em delimitar no conteúdo de suas manifestações (petições, pareceres, decisões, sentenças, acórdãos, palestras, cursos etc) qual paradigma jurídico e filosófico em que está inserido seu pensamento.

Tal situação é identificada por Edgar Morin, que elenca como característica de um paradigma a sua invisibilidade. Para o pensador francês: “O paradigma é invisível. Situado, como dissemos, na ordem inconsciente e na ordem supraconsciente, é o organizador invisível do núcleo organizacional visível da teoria, onde dispõe de um lugar invisível²⁷⁷”. A pessoa inserida em um paradigma não o identifica facilmente, pois seu pensamento está moldado a pensar seguindo o modelo paradigmático. Por isso, “[...], um paradigma é cogerador do sentimento de realidade, pois o enquadramento conceitual e lógico do que é percebido como real deriva da determinação paradigmática²⁷⁸”. Assim, um determinado modo de pensar, de agir ou de interpretar é facilmente explicado se houver consciência dos paradigmas que gravitam em torno do indivíduo em um certo momento histórico.

Quando o jurista entende o paradigma no qual está inserido, terá mais possibilidades de atuar conforme os rigores do pensamento que está identificado. Ora, se, por exemplo, um Juiz for um positivista kelseniano, não dará tanta importância à utilização de princípios na

²⁷⁶ Em interessante pesquisa realizada pelo programa de pós-graduação em Direito da UERJ, foi catalogada e analisada como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aplica de forma displicente os princípios inerentes à autonomia privada. A seguinte conclusão é emblemática: “Entre as mais de duas mil e quinhentas decisões cuja fundamentação foi analisada, somente em cerca de quarenta por cento se entendeu haver fundamentação argumentativa que desenvolveu as razões para a aplicação do princípio naquele caso concreto, destacando-se que em mais de dez por cento delas o princípio foi mencionado na ementa sem aparecer na fundamentação da decisão”. Vide: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In. TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Coord.). **Princípios contratuais aplicados**. Indaiatuba: Foco, p. 2-22, 2019, p. 21-22.

²⁷⁷ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 266.

²⁷⁸ MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 266

solução dos casos concretos, tendo em vista que para um princípio ter normatividade ele precisa ser revestido de coercibilidade prevista em lei estatal²⁷⁹. Mas, ao contrário, se for um julgador pós-positivista, da linha de Ronald Dworkin²⁸⁰, terá os princípios grande importância na sua metodologia de trabalho, quando estiver diante de casos difíceis ou em situações de obscuridade normativa.

Sucedem que, no Brasil, não há uma uniformidade metodológica na utilização de teorias ou de paradigmas na solução dos casos concretos e na interpretação do direito. A adoção do pós-positivismo vem sendo feita de forma enviesada e vem causando distorções no ordenamento jurídico, tanto no direito público, como no direito privado. A doutrina faz a seguinte crítica:

Vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão.

[...]

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito²⁸¹.

Nesse ponto, é preciso destacar que os princípios possuem normatividade para o pós-positivismo²⁸², de modo que a quantidade numerosa de princípios previstos na Constituição Federal de 1988, explícitos, como a dignidade da pessoa humana, legalidade, igualdade etc, e, implícitos, decorrentes de sua interpretação sistemática, como o interesse público, boa-fé, razoabilidade etc, denotam um agravamento do problema. A ausência do rigor metodológico na interpretação das leis e dos princípios constitucionais, associado, muitas vezes, aos valores

²⁷⁹ Nesse sentido explana Kelsen: “Visto que uma ordem jurídica é uma ordem de coação no sentido que acaba de ser definido, pode ela ser descrita em proposições enunciando que, sob pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica). Todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra neste esquema de proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, proposição esta que se deverá distinguir da norma jurídica posta pela autoridade estadual”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 65.

²⁸⁰ Afirma Dworkin, sobre os princípios: “Uma análise do conceito de obrigação jurídica deve, portanto, dar conta do importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 46.

²⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 205-206.

²⁸² Bonavides afirma que no pós-positivismo os princípios passaram a ser tratados como norma jurídica, como direito, de modo “[...] que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecidas pode impor obrigação legal”. Vide: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 271. No mesmo sentido: “Talvez os estudos mais decisivos para que os princípios passassem a ser compreendidos como dotados de dignidade normativa foram aqueles levados a cabo por Dworkin e por Alexy”. Vide: PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p. 47.

peçoais do intérprete, indicam um grave problema de insegurança jurídica, conforme leciona a doutrina:

Outro motivo para tanto – e, aliás, decisivo – sucedeu com o modismo que, com intensidade, grassou nestas plagas a contar da vigência da ordem jurídica advinda com a Constituição de 1988 e que vem privilegiando sobremaneira a aplicação dos princípios para a solução dos casos concretos.

A fascinação pelo uso dos princípios, agregada pela deformação que a estes vem imprimindo a obra de nossos intérpretes, tem implicado numa subversão não recomendável das diretrizes de interpretação, fomentando consequências desfavoráveis à segurança jurídica. A interpretação passou, na prática, a servir ao arbítrio exclusivo do aplicador do Direito²⁸³.

O aplicador do direito, diante da aquisição do caráter normativo dos princípios no pós-positivismo e, ainda, que sua aplicação tende a ser mais aberta, posto serem imediatamente finalísticos²⁸⁴, contribui para um quadro de justificação das decisões judiciais mais impreciso. É necessário advertir que o Magistrado tem toda liberdade de verificar o direito aplicável à espécie, mas, considerando que a fundamentação é um dever constitucional (art. 93, IX, CF/88), este deve ser satisfeito de acordo com o rigor argumentativo que se exige dos teóricos do pós-positivismo.

É importante destacar que após a Constituição Federal de 1988, os vários ramos do direito passaram a ser interpretados de acordo com os princípios constitucionais. O direito civil, por exemplo, deixou de ser o centro do sistema jurídico e passou a se subordinar aos princípios e regras da Constituição Federal. Tal mudança de paradigma levou o civilista a “interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência”²⁸⁵.

Sucede, como problema, a concepção de princípio ligada a uma forma de sistematizar de forma lógica os enunciados ou as grandes verdades de um determinado campo do saber, mas sem dignidade normativa²⁸⁶. Nesse plano, os princípios teriam uma função de critério para a interpretação das regras, de modo a orientar o intérprete a avaliar uma correta aplicação das leis²⁸⁷. Tal concepção de princípio pode levar a incongruências pelos adeptos do pós-

²⁸³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 277.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 227.

²⁸⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; v. 2, p. 36.

²⁸⁶ É oportuno o seguinte conceito de Miguel Reale: “Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. Vide: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

²⁸⁷ Nesse sentido, explica Emilio Betti que os princípios tem a função de servir como: “[...] critérios de avaliação que constituem o fundamento da ordem jurídica e possuem uma função genética em relação às normas individuais”. Vide: BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 270.

positivismo, de modo que é necessário delimitar de que modo é utilizado um princípio invocado. Se, por exemplo, for usado um princípio para colmatar imprecisões do texto legal, tal modo de proceder está mais afeto ao paradigma positivista e não ao pós-positivismo. Por outro lado, se um princípio é invocado como verdadeira norma para solucionar um caso de conflito de princípios ou de casos difíceis, terá que ser feita uma justificação, conforme o modelo de Dworkin ou de Alexy, por exemplo, e não, como uma ideia, uma máxima ou um valor que inspira uma decisão.

Essa perspectiva de possível confusão teórica acerca da concepção dos princípios adotada pelo aplicador poderá gerar situações que não se adequam aos modelos teóricos que o fundamentam. Uma norma principiológica, se adotada a percepção pós-positivista, não poderá ser justificada sua aplicação no caso concreto simplesmente como se fosse um valor que complementa, explica ou dissecar uma regra do direito positivado. Contudo, na experiência brasileira, muitas vezes os juízes e tribunais vêm utilizando os princípios constitucionais como normas jurídicas, ao modo pós-positivista, mas sem tratar adequadamente a justificativa que deve acompanhar tal opção. A seguinte crítica é importante no cenário apresentado:

É dizer, a decisão fundamentada em abstrações, para além de se furtar a analisar a complexidade da questão vertida, não traduz uma avaliação prévia quanto à solução mais adequada. Mais que isso, a utilização de conceitos abstratos pode importar em decisões subjetivas e arbitrarias, pois que a indeterminação de sua significação pode ocultar interesses escusos veiculados por seu intermédio. Ou gerar o efeito da fundamentação reversa, por intermédio do qual o decisor toma a decisão final e, após, se utiliza de conceitos abertos para justificar a sua decisão pré-tomada. E disso resulta a insegurança jurídica decisória²⁸⁸.

Esta abertura interpretativa legada pela adoção dos teóricos pós-positivistas, ante a possibilidade de utilização dos princípios para solucionar certos casos levados a julgamento, não imprime, no entanto, o rigor argumentativo que os Professores que teorizam no pós-positivismo expõem em suas teorias.

Dworkin, por exemplo, normalmente citado em decisões e pareceres quando da utilização de princípios, estranhamente não é lembrado que sua teoria impõe para o intérprete um dever de integridade, no qual o julgador deve ter igual consideração em todos os casos postos a julgamento, bem como a do romance em cadeia, pelo que o Juiz deve considerar os precedentes já existentes sobre o caso para concluir as tarefas do Juiz Hércules. A doutrina dworkiana é trabalhosa e envolve várias etapas para eliminar a discricionariedade judicial.

É preciso dizer que essas construções teóricas, positivismo exegético, pandectismo, positivismo normativo e o pós-positivismo têm influência no direito brasileiro, sendo que, em

²⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 22-23.

grande ou em pouca medida, “[...] todas essas tradições estão presentes no imaginário de forma difusa e, por vezes, acrítica²⁸⁹”. Resultando, portanto, em um “[...] desagradável sincretismo metodológico, importação e apropriação inadequadas de conceitos e de categorias, tudo em nome de argumentações grandiloquentes [...]”²⁹⁰. Tal confusão, portanto, facilita ao operador do direito a possibilidade de utilizar interpretações variadas dos textos normativos, pois sempre existirá uma teoria, uma escola e até um paradigma que pode ser manuseado para revestir com ares científicos uma dada interpretação.

Em termos mais precisos o sincretismo metodológico “[...], consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem²⁹¹”. Tal situação é agravada no processo de interpretação das normas constitucionais, principalmente pela multiplicidade de princípios que estão presentes no texto da Constituição Federal de 1988. A adequação desses princípios leva o intérprete, muitas vezes, a realizar conjugações de teorias que são totalmente opostas. Nesse ponto é oportuno transcrever o exemplo dado por Virgílio Afonso da Silva, sobre a impossibilidade de conciliação entre as teorias de Müller e Alexy:

[...], não parece ser fácil defender, ao mesmo tempo, as teorias de Müller e Alexy, simplesmente porque ambas partem de concepções irreconciliáveis acerca da definição dos deveres *prima facie* e definitivo de cada direito fundamental. Müller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente sem a necessidade de sopesamento, enquanto Alexy defende que não há decisões corretas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento.

No Brasil, contudo, ambas as teorias vem sendo defendidas como se fossem compatíveis entre si, e, mais ainda, como se fossem compatíveis com todos os outros métodos e princípios mencionados e analisados [...]”²⁹²

Tal exemplo induz que a confusão de métodos é um sintoma pouco refletido no direito brasileiro. A bibliografia jurídica pátria, notadamente os manuais de graduação, não se preocupam em esclarecer com profundidade os paradigmas, as teorias ou os métodos de interpretação. Há, muitas vezes, apenas uma exemplificação, uma catalogação de teorias, sem inserir o leitor em exemplos práticos de utilização ou de explicar a compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico brasileiro²⁹³.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

²⁹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição do civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In. **O Direito** (Lisboa), v. 143, p. 43-66, 2011, p. 45.

²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003. Disponível em: < https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf >. Acesso em: 20. Mar. 2022, p. 625.

²⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In. SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 115-143, p. 138-139.

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In. SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 115-143, p. 135-136.

Lenio Streck identifica que essa falta de método ou, em suas palavras, a existência de uma “mixagem teórica” está presente no âmbito das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal²⁹⁴. Atenta, ainda, o referido autor, que certos enunciados performativos advindos de teorias estrangeiras, como, por exemplo, “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade” e “razoabilidade” utilizados nas decisões judiciais “[...], têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o ‘sentido próprio’ e o ‘próprio sentido’. São sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito, rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder²⁹⁵”. O recurso a tais enunciados, portanto, mesmo sem especificar criteriosamente as teorias que o embasam, já seria suficiente para que uma Corte Superior agregasse um sentido científico, indene de críticas e contestações, que tem como consequência a reprodução na doutrina e nas decisões dos demais Tribunais.

Resta concluir que tanto a doutrina quanto os Tribunais brasileiros aderem a teorias e métodos de interpretação estrangeiros, sem se preocuparem em identificar os paradigmas jurídicos e filosóficos nos quais estão inseridos. Além disso, utiliza-se comumente parcelas de uma teoria sem a preocupação de verificação de todos os seus pressupostos, ou mescla-se conceitos teóricos inconciliáveis. Tal confusão de métodos é identificada como uma porta para a discricionariedade judicial, e revela que o paradigma presente no direito brasileiro parece ser o do caos metodológico, ou da convivência desarmônica das teorias, apenas para ser suprido o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Destaca-se a importância de se identificar o problema desta confusa importação de métodos e doutrinas para o direito brasileiro. Tal problema, entendendo-se que não há um paradigma claro e dominante no ambiente judicial pátrio, reflete também na postulação das partes. Ora, tanto o Juiz como os sujeitos processuais estão imersos nesse caos metodológico, o que pode proporcionar uma sinfonia de desafinados na aplicação do direito. Tal situação revela o cuidado que deve o Julgador imprimir em sua fundamentação, para que a decisão tenha uma sustentação racional e adequada com o paradigma ou com a teoria escolhida para solucionar o caso concreto.

²⁹⁴ Nas palavras de Streck: “Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (teoria da argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do HC n. 82.424, em 17-9-2003, que ficou conhecido como *caso Ellwanger*. Nele, argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a irracionalidade da fórmula. Registre-se, entretanto, que a ponderação que vem sendo utilizada – e que foi utilizada no caso sob comento – longe está da ‘fórmula original’ presente na teoria da argumentação alexyana”. Vide: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82-83.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 82.

2.5 O Ativismo Judicial

Outro ponto que deve ser abordado quando se trata da fundamentação da decisão judicial é a questão do ativismo judicial. Tal fato, presente no Poder Judiciário brasileiro é perceptível em todas as instâncias judiciais, do Supremo Tribunal Federal aos Juízos de Direito das Comarcas dos interiores mais recônditos do Brasil e, da mesma forma em que se utilizam teorias estrangeiras sem a necessária reflexão, o ativismo judicial desmedido pode vir a ser um convite para decisões com fundamentações deficientes, apesar de impulsionadas a satisfazer proteções sociais da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, em países como o Brasil, em que existe a tradição *civil law*, e que os julgadores estão inclusos em um ordenamento predominante de regras provenientes de leis oriundas do Poder Legislativo, a possibilidade de lacunas ou dúvidas de interpretação pode fomentar que estes Juízes promovam a criação judicial do direito, notadamente quando o caso envolva a concretização de direitos fundamentais²⁹⁶. Além disso, “[...] a falta de critérios rigorosos para pautar a atuação do juiz, nas situações em que existam lacunas no ordenamento jurídico, constitui um incentivo ao ativismo judicial²⁹⁷”.

O ativismo judicial tem origem nos Estados Unidos²⁹⁸, notadamente no papel exercido pela Suprema Corte ao longo da história, sendo que é fruto de um constante debate institucional entre os Poderes. De logo, deve-se esclarecer que existem pontos em comum e de divergência entre os ativismos judiciais praticados nos EUA e no Brasil, até porque tais países têm realidades e tradições jurídicas bastante diferenciadas.

Julio Grostein afirma que é possível identificar três fases do ativismo judicial na Suprema Corte Americana. A primeira, denominada de era tradicional, consiste no período que vai da promulgação da Constituição Americana, em 1787, até o final do Século XIX. A segunda fase, denominada era de transição, consiste no período em que compreende o final do Século XIX, até o ano de 1937, momento em que o então Presidente do Estados Unidos promove uma

²⁹⁶ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 17, p. 83-113, mar. 2008, p. 107.

²⁹⁷ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 17, p. 83-113, mar. 2008, p. 107.

²⁹⁸ Informa Julio Grostein que em janeiro de 1947 o historiador americano Arthur Schlesinger Jr. publicou um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, no qual foi utilizado pela primeira vez o termo *judicial activism* e a partir daí foi iniciado o debate sobre o ativismo judicial nos EUA. Vide: GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 77-78.

profunda modificação na composição do Tribunal. E, por fim, a terceira fase, denominada de era moderna, inicia-se em 1937 e persiste até os dias de hoje²⁹⁹.

Já no Brasil, é possível identificar duas fases de ativismo judicial do nosso Supremo Tribunal Federal, separadas por um extenso período de regime político ditatorial e antidemocrático. A primeira fase está situada na denominada República Velha, entre os anos de 1909 a 1926, sob a égide da Constituição de 1891. Em tal período surgiu, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*³⁰⁰, em que a Corte conferiu interpretação mais elástica ao dispositivo constitucional que regulava o *habeas corpus*, exercendo um papel criador do direito³⁰¹ para suprir a ausência de mecanismo processual adequado para tutelar direitos³⁰². Tal momento ativista tem seu termo final em 1926³⁰³, quando uma reforma constitucional restringe o conteúdo da norma que define o *habeas corpus* para evitar a sua utilização como remédio para tutelar direitos decorrentes de ilegalidades ou abuso de poder.

É oportuno pontuar que esse caráter ativista do STF na Primeira República fomentou, mesmo após a restrição ao *habeas corpus* em 1926, a necessidade de criação de uma ação adequada para remediar violações a direitos individuais. Foram encaminhados projetos de lei para regulamentar um novo remédio e, enquanto isso, a jurisprudência adequava as ações possessórias como substitutas do papel até então representado pelo *habeas corpus*³⁰⁴. Somente

²⁹⁹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 84.

³⁰⁰ De acordo com Grostein: “[...], o art. 72, §22, da Constituição de 1891, dispunha ser cabível o *habeas corpus* ‘sempre que o indivíduo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por ilegalidade, ou abuso de poder’. Esta era, à evidência, uma redação bastante genérica e bastante generosa com relação ao cabimento deste instituto processual”. [...] “[...], tendo em conta que o dispositivo constitucional não mencionava a liberdade de locomoção, coube ao Ministro Pedro Lessa – juntamente com o Ministro Enéas Galvão – liderar uma corrente moderada, que defendia o manejo do *habeas corpus* sempre que a liberdade de locomoção fosse o meio necessário para o exercício de outros direitos”. Vide: GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 153.

³⁰¹ Arnold Wald afirma que nesse período da doutrina brasileira do *habeas corpus* houve a delimitação de alguns termos que integrariam anos depois o conceito de mandado de segurança: “A idéia que se fixa na jurisprudência da época, dominando a maioria dos julgados e revelando a preocupação dos juízes, é a da defesa do direito certo e líquido, terminologia que viria a ter toda a sua importância com a conceituação do mandado de segurança”. Vide: WALD, Arnold. As origens do mandado de segurança. **Revista do Serviço Público**. v. 72, n. 3, p. 360-375, 1956, p. 371.

³⁰² GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 156-157.

³⁰³ Wald explica que: “A reforma de 1926 procurou restringir o campo de aplicação do remédio processual, estabelecendo que seria dado o *habeas-corpus* ‘sempre que alguém sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou de constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção’. Cerceava-se assim a extensão que tinha sido dada ao *habeas-corpus*. Oito anos depois, surgia o mandado de segurança cobrindo a área que tinha sido retirada ao *habeas-corpus*”. Vide: WALD, Arnold. As origens do mandado de segurança. **Revista do Serviço Público**. v. 72, n. 3, p. 360-375, 1956, p. 372.

³⁰⁴ WALD, Arnold. As origens do mandado de segurança. **Revista do Serviço Público**. v. 72, n. 3, p. 360-375, 1956, p. 375.

em 1934 o legislador constituinte consagra o mandado de segurança como ação constitucional apta a tutelar direitos individuais³⁰⁵.

Sucedem que entre 1937 e 1945 e entre 1964 e 1985 o Brasil esteve sob a égide de ditaduras, que restringiram a atuação do Poder Judiciário e, igualmente, o papel ativista do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, anota Continentino:

[...] é possível reconhecer, mesmo precipitadamente, que o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em tais momentos cruciais, não foi o baluarte das liberdades, mas um órgão preponderantemente técnico e legalista, o que, diante do sistema de direito posto, um direito de exceção e opressor, terminou por acarretar sua rendição frente ao império da força e da arbitrariedade estatal³⁰⁶.

Este fato é importante para destacar que o ativismo judicial depende do livre exercício da judicatura³⁰⁷. A existência de um regime de exceção tolhe a independência e as garantias para que os Magistrados possam exercer um papel criativo e fora do conjunto normativo ditatorial. O papel de autocontenção do Poder Judiciário nesses períodos sombrios da história constitucional brasileira decorre, portanto, não de uma opção dos membros da Corte, mas sim do receio e das perseguições engendradas daqueles que usurpam o poder.

A segunda fase do ativismo judicial, no Brasil, somente teve ascensão após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988³⁰⁸. O texto constitucional vigente trouxe para o Poder Judiciário um engajamento na avaliação dos pontos centrais das políticas públicas, do incremento dos mecanismos de atuação, e de ser a instância de poder que representa os anseios de minorias e das camadas sociais marginalizadas do processo político vigente³⁰⁹. Além disso, a Carta Constitucional estabeleceu diversos direitos sociais e políticos, muitas vezes contraditórios entre si³¹⁰, tornando previsível que a solução dessas controvérsias iria descambar no Poder Judiciário.

³⁰⁵ A Constituição de 1934 disciplinava o mandado de segurança no rol dos direitos e garantias individuais dos cidadãos: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes”. Vide: BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em 01 ago. 2022.

³⁰⁶ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, p. 1-25, mar./abr. 2012, p. 2.

³⁰⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15.

³⁰⁸ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 158.

³⁰⁹ VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV** [online]. 2008, v. 4, n. 2 [Acessado 20 MARÇO 2022], pp. 407-440. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>, p. 411>. Acesso em: 4 jan. 2022.

³¹⁰ VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV** [online]. 2008, v. 4, n. 2 [Acessado 20 MARÇO 2022], pp. 407-440. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>, p. 411>. Acesso em: 4 jan. 2022.

Esse catálogo amplo de direitos sociais previsto no texto constitucional, sem uma efetiva concreção pelos Poderes Executivo e Legislativo, nos diversos entes da federação brasileira, levou ao Poder Judiciário o papel de receptáculo das expectativas da sociedade em concretizar os direitos estabelecidos na Constituição³¹¹. Tal situação pavimenta o caminho para a ascensão de um Poder Judiciário mais ativista:

E nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora de ativismo judicial, levando juizes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem ‘queimar’ etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente³¹².

A Constituição Federal também estabeleceu o aparelhamento e a majoração do Poder Judiciário³¹³, para fazer frente às novas demandas sociais e aos mecanismos de participação previstas em seu texto. Não é à toa que ao Poder Judiciário “[...], a Constituição de 1988, dedicou diretamente 44 de seus 250 artigos, isso sem falar nas referências indiretas, espalhadas por todo o texto constitucional³¹⁴”. Além disso, foram criados cinco Tribunais Federais e um novo Tribunal Superior responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça. Ao Supremo Tribunal Federal foi reservado o papel de “guarda” da Constituição e de solucionar as disputas entre atores políticos, o que definiu ao Supremo um papel ativo no jogo político nacional³¹⁵.

Nessa perspectiva, Frederico Dantas relaciona que o princípio da inafastabilidade do controle judicial previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal vigente legitima e fundamenta o papel ativista do Poder Judiciário na concretização pelos Poderes Públicos do catálogo de direitos sociais e fundamentais, previstos na Carta da República:

Enfim, a conclusão de que o princípio da inafastabilidade serve de fundamento jurídico do ativismo judicial, pressupõe uma petição de princípio: a Constituição é uma verdadeira norma jurídica e todas as suas disposições, até mesmo as normas definidoras de direitos sociais, devem ser interpretadas e aplicadas como tal. Mas,

³¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: paradigmas dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

³¹² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: paradigmas dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

³¹³ Frederico Dantas esclarece que além do tratamento especial que o constituinte conferiu ao Poder Judiciário, houve também uma importante reestruturação Ministério Público: “Essa importante transformação no perfil institucional do Ministério Público repercutiu sobremaneira na atuação do Poder Judiciário, que se viu convocado a interferir em questões que até então ficavam afastadas das barras dos Tribunais, dentre as quais merece destaque a garantia de efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, mediante o controle jurisdicional das políticas públicas do governo”. Vide: DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 17, p. 83-113, mar. 2008, p. 93.

³¹⁴ VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV** [online]. 2008, v. 4, n. 2 [Acessado 20 MARÇO 2022], pp. 407-440. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>, p. 412. Acesso em: 4 jan. 2022

³¹⁵ VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV** [online]. 2008, v. 4, n. 2 [Acessado 20 MARÇO 2022], pp. 407-440. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>, p. 412. Acesso em: 4 jan. 2022

uma vez acatada a premissa, não subsistem maiores dificuldades para reconhecer nesse princípio fundamento de legitimidade para um Judiciário atuante, na defesa de direitos fundamentais³¹⁶.

Por conta desse amplo catálogo de direitos sociais e da majoração do acesso à justiça, com o aparelhamento do Poder Judiciário, é possível verificar que, no Brasil, as causas comumente atribuídas à existência do ativismo, estão relacionadas com as omissões para a concretização destes direitos. Assim, “[...], os estudos sobre ativismo no Brasil costumam também atrelar a causa do ativismo à inércia do Poder Público na efetivação de políticas públicas³¹⁷”. Por outro lado, constata-se uma desconfiança da população nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo considerado majoritariamente pela doutrina como uma das causas do ativismo judicial no país³¹⁸.

É importante destacar que tais nuances foram encontradas em pesquisa realizada por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos e que resultou na obra **A judicialização da política das relações sociais no Brasil**, lançada em 1999 e que traz um panorama preciso sobre o tema. Assim, a Constituição Federal de 1988 ampliou a atuação do Estado em diversos aspectos da vida da população, com o fim de proteger, por exemplo, pessoas em situações de risco, de pobreza e vulneráveis, ou, ainda, alavancando a proteção a diversos interesses difusos e coletivos, o que resultou na ampliação de possibilidades de tais direitos e interesses serem objeto de conhecimento pelo Poder Judiciário, ocorrendo, assim, a judicialização das relações sociais³¹⁹.

A incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo³²⁰ em dar vazão à concretização da democracia e da cidadania estabelecidas pela Carta Constitucional de 1988 determinou o crescente protagonismo do Poder Judiciário, de modo que “[...] a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia³²¹”.

³¹⁶ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 17, p. 83-113, mar. 2008, p. 111.

³¹⁷ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 218.

³¹⁸ Nesse ponto, esclarece Julio Grostein: “A realidade político-social brasileira é bastante diversa, eis que os poderes políticos, especialmente o Congresso Nacional, carecem cada vez mais da confiança da sociedade, gerando um verdadeiro *culto ao Judiciário*, o que confirma a percepção da doutrina brasileira majoritária: o ativismo é propiciado no Brasil em razão das crises pelas quais passam os demais poderes”. GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 217.

³¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização das relações sociais., In VIANNA, Luiz Werneck. et. al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

³²⁰ Observa Luiz Werneck Vianna que a atuação do Poder Executivo acabou “[...] sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações de imediata conjectura econômica”. VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização das relações sociais., In VIANNA, Luiz Werneck. et. al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

³²¹ VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização das relações sociais., In VIANNA, Luiz Werneck. et. al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

A doutrina verifica que o ativismo judicial pode ser identificado em certas situações, não existindo, portanto, um único sentido para o que seja ativismo judicial³²². Nos EUA, por exemplo, é considerado ativismo judicial quando há: a) o exercício do controle de constitucionalidade; b) a superação indevida de precedentes; c) a utilização de métodos não convencionais de interpretação; d) o julgamento com base nos fundamentos políticos e axiológicos do Juiz; e, por fim, e) a criação judicial do direito³²³.

Já no Brasil o ativismo judicial diverge do ativismo judicial praticado nos EUA. Aqui, a doutrina identifica os seguintes elementos caracterizadores do ativismo judicial brasileiro: a) a transposição de limites normativos impostos pelo ordenamento jurídico ao Poder Judiciário, que passa a exercer função legislativa; b) juízes utilizando como fundamento de suas decisões suas próprias posições políticas e ideológicas; e, c) criação judicial do direito³²⁴. Referindo-se a trabalho de Thamy Pogrebinski³²⁵, Dantas expõe que um Juiz pode ser considerado ativista quando, simultaneamente: “[...] a) questiona e revê decisões dos demais poderes; b) controla e promove políticas públicas; c) não identifica necessariamente a coerência do direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade³²⁶”. Observa-se, portanto, alguns pontos de contato entre os ativismos judiciais americano e brasileiro. No entanto, apesar da discussão do tema nos EUA remontar desde 1803³²⁷, é preciso advertir que a importação da doutrina do ativismo judicial americano pode ser inadequada para o Brasil. Isto porque a Constituição Federal de 1988 tem um caráter analítico, com um extenso rol de direitos e garantias individuais e sociais, bem como com amplas possibilidades de acesso à Justiça, diferentemente da Constituição sintética Americana³²⁸. Assim, é preciso que o tema do ativismo seja estudado com cuidado e parcimônia no Brasil, para não resultar em uma porta aberta e escancarada para uma ilegítima discricionariedade judicial.

³²² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

³²³ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 49-51.

³²⁴ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 53-54.

³²⁵ POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-RIO, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez., 2000.

³²⁶ DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil. **Revista ESMAFE**, Recife, n. 18, p. 30-39, 2008, p. 32.

³²⁷ Afirma Clarissa Tassinari: “[...], a discussão a respeito do ativismo judicial é realizada desde 1803, ou seja, há pelo menos dois séculos que a doutrina norte-americana vem enfrentando tal problemática”. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15.

³²⁸ Edilson Vitorelli explica esse ponto: “[...], ao contrário do que acontece com a econômica Constituição norte-americana, o texto brasileiro de 1988 contempla direitos fundamentais amplos o bastante para apoiar, em base constitucional, qualquer política pública, bastando, para isso, que se faça um pequeno esforço argumentativo. Em outras palavras, é mais difícil fundamentar a implementação de políticas públicas pela via judicial nos Estados Unidos do que no Brasil, uma vez que nossa Constituição contempla uma série de direitos econômicos e sociais que não estão explicitamente estruturados no minguado Bill of Rights dos americanos”. Vide: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 97.

A diferença entre o sistema de precedentes dos EUA e do Brasil impõe uma observação. Em decorrência dos EUA ser um país agregado à tradição do *common law* o precedente judicial é uma norma primária, uma fonte do direito, ou o material base do direito positivo³²⁹. Desse modo, há um sentido muito forte nos EUA em estabelecer como prática ativista a indevida superação de precedentes, tema este, que, no Brasil, é pouco abordado pela doutrina nacional³³⁰. A característica da indevida superação de precedentes como atitude ativista do direito norte americano pode resultar, no Brasil, em um indevido sincretismo metodológico, tendo em vista as diferentes tradições de cada país (*common law*, no EUA e *civil law*, no Brasil). Além disso, verifica-se a tendência de classificar como ativista uma decisão que não reflete os valores políticos-sociais de um determinado momento histórico:

18. No cenário brasileiro, todavia, verifica-se que as decisões alinhadas com os valores político-sociais predominantes, mesmo que possam conter indícios de ativismo, não são assim qualificadas, apartando-se o rótulo de ativista dos julgados elogiamos pela maioria.

19. E, ao reverso, verifica-se que certos desconfortos que algumas decisões do STF causam na doutrina nacional manifestam, substancialmente, críticas de ter havido indevida superação de precedentes, em que pese tal circunstância não ser apontada expressamente como uma concepção de ativismo pela literatura brasileira majoritária. Percebe-se, pois, a existência de uma concepção velada nas análises nacionais, prejudicando a coerência entre as concepções expressamente admitidas e os comentários efetivamente lançados sobre determinados casos³³¹.

Essa expansão do Poder Judiciário e de um perfil mais ativista de seus membros não é fenômeno isolado da democracia brasileira ou norte-americana. Tate e Vallinder no livro *The global expansion of judicial power*, afirmam que este fenômeno é global e identificam traços característicos comuns nos países em que ocorre tal expansão³³². Assim, para os autores em um sistema político em que se encontra presentes um regime democrático, a separação de poderes, um rol de direitos fundamentais, a utilização dos Tribunais por grupos de interesse, a utilização das Cortes pela oposição política, a inefetividade dos partidos políticos, a ausência de legitimidade de instituições governamentais, e a delegação ao Judiciário da autoridade para

³²⁹ Inocêncio Mártires Coelho reforça que não se pode falar propriamente que os Estados Unidos tenham uma Constituição escrita: “Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa*; que a proteção da lei deve ser *igual*; que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*; que as cauções e as multas não devem ser *excessivas*; que as investigações ou as detenções não devem ser *motivadas*; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o devido processo legal*, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual”. Vide: COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 2-22, 2015, p. 6.

³³⁰ GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 223.

³³¹ GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 227.

³³² TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, e-book.

decidir em certas áreas políticas, há um favorável ambiente para o desenvolvimento da judicialização da política³³³, e, conseqüentemente, de um Judiciário ativista. Além dessas condições, Tate e Vallinder indicam que é uma condição fundamental para a expansão judiciária a presença de Juízes que percebam o papel que o Judiciário deve projetar na formulação de políticas públicas³³⁴.

O ativismo judicial presente no cenário jurídico brasileiro tem a função de diminuir o déficit de frustração de direitos fundamentais, que não são disponibilizados a contento para a população, pelos demais Poderes da República. A atuação ativista do Juiz passa pela criação judicial do direito e está ambientado no regime democrático, no qual se estabelece garantias para o livre exercício da judicatura, bem como se estabelece um catálogo de princípios processuais básicos, como o devido processo legal e a inafastabilidade do controle judicial, proporcionando que a população possa reivindicar seus direitos e obter uma tutela eficiente no Poder Judiciário. Assim, o Juiz ativista revê as opções dos demais Poderes, examina a efetividade e a implementação de políticas públicas e não se prende a certos limites tradicionais de sua atividade. O fenômeno do ativismo é uma questão mundial e está ampla voluntariedade do julgador para solver a questão dos direitos fundamentais, não pode ser revertida em uma carta branca para qualquer tipo de intervenção com a adoção enviesada de aspectos do pós-positivismo e de um indevido sincretismo metodológico.

2.6 Reações Legislativas

Diante do quadro exposto nos tópicos anteriores é possível constatar que os profissionais que atuam na área jurídica possuem um amplo leque de possibilidades para fundamentar as suas manifestações, sejam estas decisões, pareceres, petições, aulas, livros etc. Como visto, há a incidência imperceptível de paradigmas filosóficos e jurídicos, de modo que o jurista pensa e interpreta o direito, conforme os padrões paradigmáticos que recebeu. Sucede, no entanto, que no Brasil, há a adoção de uma mistura de fragmentos de doutrinas teoricamente

³³³ No texto original escreveram os autores: “The presence of democracy, a separation of powers system, a politics of rights, a system of interest groups and a political opposition cognizant of judicial means for attaining their interests, weak parties or fragile government coalitions in majoritarian institutions leading to policy deadlock, inadequate public support, at least relative to judiciaries, and the delegation to courts of decision-making authority in certain policy areas all contribute to the judicialization of politics”. TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, e-book, p. 45.

³³⁴ Tate e Vallinder explicam: “Even under a very favorable constellation of facilitating conditions, the actual development of the judicialization of politics requires that judges have the appropriate personal attitudes and policy preferences or values, especially relative to the values of other decision makers.” TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, e-book, p. 45.

inconciliáveis, tudo isso amplificado pelo papel ativista que muitos Juízes possuem. Tal crise expõe não só a fundamentação das decisões judiciais, mas também as postulações que implicarão em um julgamento pelo Poder Judiciário.

No âmbito do Poder Judiciário, o recurso a padrões argumentativos vagos, próprios da utilização deficiente da normatividade dos princípios, ou, ainda, da ocorrência de discricionariedades em casos difíceis, bem como na interpretação e construção de sentidos dos termos legais de textura aberta, gerou uma reação provinda do Poder Legislativo. É uma resposta *darwinista*³³⁵ que visa minar o espaço da imprevisibilidade e da insegurança em que atua a decisão judicial, aferindo-se a necessidade de que o ato decisório tenha, ao menos, um exame das consequências e dos futuros impactos econômicos, sociais e financeiros.

No âmbito do direito privado é preciso destacar a promulgação da Lei nº 13.874/2019, resultado da conversão da Medida Provisória nº 881/2019, que, com o objetivo de proteger a liberdade econômica, traçou alguns limites para a intervenção do Estado e, parâmetros para a interpretação judicial³³⁶. Da leitura do texto da Lei de Liberdade Econômica (LLE), verifica-se que seu art. 7º alterou a redação do art. 421 do Código Civil e acrescentou o art. 421-A, ao referido Código, impondo às relações contratuais o objetivo de reduzir a intervenção nos contratos, e explicitar que a revisão contratual, tema tão comum no Poder Judiciário, deve ser encarado de forma excepcional e limitada. Pontua-se que a LLE traçou limites à atuação do intérprete.

No âmbito processual, o Código de Processo Civil vigente – Lei nº 13.105/2015 – contribui com dispositivos preocupados com a fundamentação das decisões judiciais, de modo a diminuir o âmbito de discricionariedade judicial. Destaca-se, por exemplo, dispositivos preocupados com a formação de precedentes (art. 947³³⁷), com a uniformização de entendimentos (art. 1.029, §4º³³⁸) ou, ainda, com a fundamentação (art. 927, §4º³³⁹). Tais

³³⁵ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 347.

³³⁶ LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In. MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUEZ JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Comentários à lei de liberdade econômica. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019, p. 57.

³³⁷ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

³³⁸ Art. 1.029 § 4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto..

³³⁹ Art. 927. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

exemplos já denotam uma tendência de que o processo civil brasileiro abarca um cuidado maior com a fundamentação das decisões judiciais.

Há ainda, no CPC/2015, um dispositivo emblemático quanto à fundamentação da decisão judicial. Tem, o Magistrado, que seguir um roteiro legislativo previsto no art. 489, §1º, I a VI, do CPC³⁴⁰, sob pena de sua decisão não ser considerada fundamentada. Essas regras revelam uma preocupação em impor ao Juiz deveres explícitos de justificação, especialmente com o intuito de combater a aplicação de princípios, valores e conceitos jurídicos indeterminados de modo vago e impreciso, privilegiando a racionalidade e combatendo o arbítrio³⁴¹.

Deve-se considerar também e, ainda, no seio da reação legislativa que visa impor contornos mais precisos à fundamentação da decisão, a Lei nº 13.655/2018 que introduziu na LINDB dez dispositivos, criando uma obrigação de fundamentação para equacionar a aplicação de princípios e valores com as consequências da decisão.

Referida norma acresceu novas obrigações para se determinar o conteúdo de uma decisão fundamentada, além de outras já estabelecidas pelo CPC, notadamente no art. 489, §1º. A verificação das consequências práticas da decisão deve ser considerada quando a decisão aplicar princípios ou valores abstratos³⁴². Para alguns, a opção da Lei reformadora da LINDB é a da inserção expressa do consequentialismo no direito brasileiro. Neste sentido:

No presente estágio de desenvolvimento do direito brasileiro, pôde-se afirmar que o consequentialismo foi adotado pelo sistema normativo, de maneira clara e inofismável, com a promulgação da Lei nº 13.655, de 25/04/18, que agrega alguns artigos ao Decreto-Lei nº 4.567, de 04/07/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁴³.

Por outro lado, Didier Jr., Braga e Oliveira, defendem que o disposto no art. 20 da LINDB representa “[...] um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de

³⁴⁰ Art. 489, §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³⁴¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 57.

³⁴² DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 403.

³⁴³ DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do direito administrativo. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato. (Coord.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 134.

motivar as decisões³⁴⁴”. Para os autores, o postulado hermenêutico adotado é o do pragmatismo, em que as possibilidades de sentido do texto legal que tenham um conteúdo semântico aberto, devem ser reduzidas pelo critério das consequências práticas da decisão³⁴⁵. Com relação à densificação da motivação das decisões, esclarecem que o julgador deve especificar o caminho do raciocínio, explicando os diversos sentidos do texto normativo e as consequências práticas da adoção de cada um dos sentidos, explicitando, ainda, a necessidade e a adequação pelo sentido que foi tomado na fundamentação da decisão³⁴⁶.

Desse modo, a análise das consequências práticas da decisão, conforme previsão do art. 20, da LINDB, sempre que tal ato processual for fundado em valores jurídicos abstratos, é uma imposição direta do ordenamento jurídico. É mais uma etapa de justificação imposta ao julgador ao lado dos previstos no art. 489, §1º, do CPC, para efetivar o dever de fundamentação previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 93, IX).

A inserção de tal regra legislativa vem com a função de densificar o dever de motivação, impedindo que a utilização de princípios, especificamente quando são adotados na perspectiva normativa do pós-positivismo, conforme teorias de Dworkin e Alexy, por exemplo, sejam fundamentos de decisões judiciais, apenas pela menção à sua existência. O próprio CPC, no art. 489, §1º, II, já estabelece regra a ser seguida pelo Magistrado, de modo a diminuir o déficit semântico³⁴⁷ na utilização de princípios vagos ou de conceitos jurídicos indeterminados, de modo que o estabelecimento da análise das consequências práticas da decisão, pelo art. 20, da LINDB, implica em mais uma condensação semântica a ser preenchida pela decisão judicial.

Essa resposta da legislação, portanto, para diminuir o problema da interpretação do direito no Brasil, introduzindo o consequencialismo como etapa da fundamentação e critério de correção das decisões judiciais precisa ser aprofundada, de modo a verificar se tal técnica constitui uma solução satisfatória para diminuir o espectro subjetivista do julgamento. Além disso, é preciso investigar o papel dos sujeitos processuais na construção da decisão, quanto aos

³⁴⁴ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 397.

³⁴⁵ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 400.

³⁴⁶ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 402.

³⁴⁷ Nesse sentido Beclate Oliveira Silva entende que houve uma ampliação semântica do conceito de decisão fundamentada, com o estabelecimento do rol exemplificativo previsto no CPC/2015, de modo a tornar mais efetiva a garantia constitucional da decisão fundamentada. Vide: SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 187-202, v. 1, p. 195.

aspectos da argumentação consequencialista, observando suas faculdades, ônus e deveres processuais.

2.7 Conclusões do Capítulo

Neste capítulo foi desenvolvido e estudado alguns fatores que levaram à conclusão da real e nefasta crise de racionalidade do direito, que resvala na atuação dos profissionais jurídicos, principalmente na fundamentação da decisão judicial no País. Foram observados vários aspectos que se juntam para edificar o paradigma de irracionalidade da fundamentação no Brasil. Verificaram-se os aspectos inerentes aos paradigmas, para situar o estudioso nos paradigmas filosóficos e do direito que influenciam a formação do jurista brasileiro. Na sequência, desenvolveu-se algumas peculiaridades acerca do positivismo, salientando a passagem dos primórdios do positivismo e suas escolas até o positivismo normativista kelseniano, bem como a crise que se seguiu após a 2ª Guerra Mundial. Tal momento histórico descambou em uma ampla discussão, no âmbito da teoria do direito sobre o papel da moral, como fator de correção do direito e a utilização de princípios como normas, principalmente no movimento denominado pós-positivismo. Essa efervescência dogmática, oriunda de ideias desenvolvidas por vários teóricos, como Hart, Dworkin e Alexy, resultou em uma intrincada e truncada importação de doutrinas estrangeiras no direito brasileiro, que, muitas vezes, não recebe o devido estudo e reflexão, abrindo campo para a discricionariedade judicial.

Este quadro foi incrementado com a expansão do ativismo judicial que se alastrou no País em todos os foros e tribunais, abrindo a porta para os juízes poderem alterar qualquer aspecto da organização administrativa e do funcionamento dos demais Poderes. Esse alargamento das funções do Poder Judiciário, com a sua atuação em todos os aspectos da ossatura da República, não veio acompanhado de rigores metodológicos na fundamentação da decisão judicial. Esse déficit de justificação é inerente ao decisionismo ou à discricionariedade judicial.

Assim, somando todos esses aspectos verificou-se que a decisão judicial precisa ser repensada. Algumas reações foram sendo inseridas no ordenamento jurídico por certas alterações legislativas, como o emblemático artigo 489, §1º, do CPC, mas também e, principalmente, com as alterações da LINDB, inseridas na Lei 13.655/2018. Tal diploma normativo inseriu um adensamento semântico da decisão judicial, com a necessidade de serem avaliadas as consequências práticas da decisão, para compensar a vagueza de certos valores jurídicos abstratos, quando invocados na sua fundamentação.

Todos esses pontos revelam o problema da irracionalidade do panorama da decisão judicial em particular, mas das manifestações dos profissionais jurídicos, em geral, consagrando uma verdadeira crise do direito, ou, uma crise de paradigma jurídico, que busca testar novas ideias para solver problemas internos do positivismo.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 Algumas diferenciações: Fundamentar ou Motivar?

Antes de abordar propriamente o tema da fundamentação da decisão judicial é preciso, preliminarmente, realizar um esclarecimento terminológico quanto aos termos utilizados pela doutrina, quando se trata das razões que justificam uma determinada decisão judicial. Esta preocupação tem relevância vez que é muito comum a utilização dos termos fundamentação e motivação nas diversas obras doutrinárias e, também, nas decisões judiciais nos foros e tribunais pelo país.

De logo, verifica-se que há doutrinadores que delimitam e diferenciam o ato de fundamentar e de motivar uma decisão. Assim, por exemplo, Alexandre Câmara diz que a fundamentação “[...] é o elemento consistente na indicação dos motivos que justificam, juridicamente, a conclusão que tenha chegado”³⁴⁸. Nesse modo de pensar, verifica-se que a fundamentação está ligada à ideia de uma conclusão, após a análise dos motivos. Assim, uma decisão é fundamentada, quando conclui uma certa proposição, a partir do exame dos motivos a, b, c, d etc.

Nessa linha, a motivação de uma decisão judicial está ligada ao exame dos motivos e a fundamentação consistiria no resultado de tal análise³⁴⁹. Assim, quando o Juiz decide e fundamenta sua decisão ele antes analisa os diversos motivos que levou em consideração para compor a conclusão do seu raciocínio. Esta conclusão deve ser escrita e justificada por meio da fundamentação. A motivação consistiria no exame das teses inseridas no debate judicial, e a conclusão do raciocínio deste exame é a fundamentação propriamente dita.

Tal delimitação dos significados dos termos fundamentação e motivação não é uníssona. Para Daniel Neves, não há diferença entre fundamentação e motivação, de modo que para o referido autor, ambos os termos definem a necessidade de exteriorizar as razões pelas quais o Juiz decidiu de uma ou de outra forma³⁵⁰.

³⁴⁸ CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 276.

³⁴⁹ CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícios Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, §1º, do código de processo civil de 2015). In **Revista eletrônica de direito processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019. Pgs 125-158, p. 128. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/41957/30275>>. Acesso em: 21 jan 2022.

³⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 184.

Desse modo, o papel de justificar a decisão é comumente referido como fundamentação ou motivação³⁵¹. Os termos são utilizados como sinônimos³⁵², apesar da diferenciação acima indicada.

No contexto desta pesquisa, um dos pontos que deve ser observado pelo Magistrado quando decide utilizando princípios ou valores jurídicos abstratos, nos termos do art. 20, da LINDB, é o exame das consequências práticas da decisão, de modo que esta seria uma motivação obrigatória que a sentença teria que examinar³⁵³. Assim, se for considerada a distinção entre fundamentar e motivar, o exame das consequências práticas da decisão é um dos motivos que deve ser analisado na decisão para compor a conclusão ou a fundamentação. No entanto, se se preferir utilizar fundamentação e motivação como sinônimos, o exame das consequências passa a ser um dos pontos a ser justificado pelo Magistrado no corpo de sua decisão.

Assim, em que pese existir uma diferenciação é usual a utilização dos termos motivação ou fundamentação para expor as razões que levaram o julgador a decidir de um certo modo. As consequências práticas da decisão, conforme a LINDB, podem passar a integrar essas razões, desde que o julgado utilize normas jurídicas de cunho principiológico ou de valores jurídicos abstratos, como é o caso no paradigma pós-positivista.

3.2 Ônus e Dever de Fundamentação

Conforme se verifica do texto da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário tem o dever de fundamentar todas as suas decisões (art. 93, IX), inclusive impondo a pena de nulidade, caso eventual decisão não cumpra com tal obrigação. É preciso destacar que em um Estado de Direito a lei sujeita todos os Poderes, de modo que toda intervenção destes na vida das pessoas deve estar submetida a um comando legal. Assim, como ao Poder Judiciário

³⁵¹ Pode-se verificar a utilização dos termos fundamentar e motivar como sinônimos, em um texto clássico do Prof. Barbosa Moreira: “Tem variado, inclusive, no tempo e no espaço, o próprio entendimento de ‘decisão motivada’, ou, em outras palavras, a extensão dos requisitos que se hão de satisfazer para que se tenha por cumprido o dever de fundamentar os pronunciamentos judiciais”. Vide: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

³⁵² Um interessante exemplo é a seguinte lição da Profa Teresa Wambier: “A ausência de motivação da decisão foi tida como ensejador de cerceamento de defesa, uma vez que, não estando fundamentado o ato judicial, fica a parte concretamente obstado de discutir a justiça ou a legalidade da decisão”. Vide: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 320.

³⁵³ De acordo com Fredie Didier Jr.: “O art 20 vai além de ser um postulado hermenêutico. O dispositivo contém, no parágrafo único, regra que impõe ao julgador dever específico de motivação”. Vide: DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 401.

compete preservar a integridade da Constituição e da legislação infraconstitucional, somente com a devida demonstração na fundamentação de uma decisão do Poder Judiciário poder-se-á verificar/ fiscalizar, se o Judiciário está cumprindo seu mister – de aplicar corretamente as leis de um Estado de Direito. Nesse sentido, Barbosa Moreira especifica que o dever de fundamentar espelha uma “[...] garantia inerente ao Estado de Direito”³⁵⁴.

Assim, se a fundamentação é um dever estipulado pela Constituição ao Poder Judiciário, deve-se compreender que tal atividade é ínsita à atividade do Juiz. Não haverá, portanto, um ato legítimo decisório sem a correspondente fundamentação, pois acaso subsista uma decisão sem fundamentação, estar-se-á diante de um ato autoritário, que desborda do perfil constitucional estabelecido pela Carta da República.

Contudo, a fundamentação da decisão, como dever do Estado-Juiz, não é livre³⁵⁵. O Juiz, para emitir uma decisão, necessita dos pedidos e respectivos fundamentos jurídicos encaminhados ao processo pelas partes. Beclaute Oliveira Silva, com precisão, leciona sobre o tema:

Ademais, o contraditório e a ampla defesa possibilitam às partes a utilização dos meios necessários para influenciar no conteúdo da decisão (sentença) judicial, tanto no que concerne à solução das questões de fato (*quaestio facti*), como das questões de direito (*quaestio iuris*). Através deles, as partes influenciam a criação judicial do direito. É neste aspecto que o contraditório e a ampla defesa desaguam na fundamentação. Desta forma, o contraditório e a ampla defesa acabam condicionando a própria fundamentação, pois é lá onde ficam esposadas as propostas de soluções às questões deduzidas no feito³⁵⁶

O Juiz tem que fundamentar sua decisão a partir dos elementos de fato e de direito debatidos nos autos, conforme argumentação do autor e do réu, e, ainda, relacionadas com as proposições probatórias que restaram provadas³⁵⁷. No caso, a interação do Juiz com as partes é essencial do ato de julgar, sendo que a incidência do contraditório e da ampla defesa como influência do cumprimento do dever de fundamentação do Juiz, mostra que essa relação é alimentada por um constante diálogo³⁵⁸.

³⁵⁴ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 94.

³⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do processo e da sentença. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.p. 110.

³⁵⁶ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus podivm, 2007, p. 131.

³⁵⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

³⁵⁸ Liebman defende em sua obra que a decisão do Juiz decorre de um diálogo com as partes: “Dessa maneira é assegurado também o princípio do contraditório, isto é, o direito de todas as partes de comparecer perante o juiz, seja na qualidade de autor ou na de réu, para sustentar as suas razões (*supra*, n. 3, letra ‘D’). Esse diálogo é o princípio animador do processo, o mecanismo técnico de que serve o direito para saltar a verdade diante do juiz”. Vide: LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 195-196.

Desse modo, o dever de fundamentação do Juiz mostra-se vinculado à demanda proposta pelo autor e contestada pelo réu. Desse embate o Juiz não poderá se afastar, vez que a decisão de mérito deve ser congruente com o pedido³⁵⁹. Poderá o Juiz, no entanto, dar qualificação jurídica diversa da narrada pelo autor em sua causa de pedir³⁶⁰, mas, nesse caso, terá que ouvir previamente as partes³⁶¹.

Ainda, mesmo considerando os contornos legislativos indicados pelo CPC em vigor, que limitam a atividade criativa do Juiz, na fundamentação da decisão judicial, conforme verifica-se do art. 489, §1º, do CPC, dentre outros dispositivos, há sempre espaço para o subjetivismo do julgador na apreciação dos fatos.

Verifica-se, desse modo, que a fundamentação da decisão judicial, como dever do órgão julgante, segue um roteiro previsto no CPC para evitar ou diminuir o subjetivismo. Esse dever de fundamentação é alimentado pelo contraditório e pela ampla defesa, tendo em vista que as partes com as suas demandas exercerão influência na futura decisão. Não há decisão judicial sem fundamentação e não há fundamentação sem análise da *causa petendi*. Ofertada uma tese, pelo autor ou pelo réu, terá o Juiz o dever de analisá-la, e, para além do que está nos autos, o Juiz terá, antes, de ouvir as partes,

Contudo, a fundamentação, como dever a ser cumprido pelo Juiz, depende da exposição da argumentação dos fatos e do direito invocados pelas partes. A fundamentação da decisão judicial decorre de uma relação complexa e constante dos sujeitos processuais.

Cabe, então, fazer uma reflexão sobre o papel das partes na fundamentação da decisão judicial, pois considerando que a decisão judicial depende dos fundamentos jurídicos lançados nos autos, é importante verificar se a atividade postulatória das partes encerra dever ou ônus.

3.2.1 Conceito de Ônus e Dever

³⁵⁹ Conforme clássica lição de Barbosa Moreira: “Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460). É o princípio da correlação (ou da congruência) entre o pedido e a sentença (*ne eat index ultra vel extra petita partium*), só afastável ante exceção legal expressa (para um exemplo, v. infra, n.º III, 2)”. Vide: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v.1, p. 22.

³⁶⁰ Nesse sentido, Fredie Didier: “O órgão julgador está limitado, na sua decisão, aos fatos jurídicos alegados e ao pedido formulado – não o está, porém, ao dispositivo legal invocado pelo demandante, pois é sua a tarefa de verificar se houve a subsunção do fato à norma (ou seja, verificar de houve incidência)”. Vide: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 22 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, v.1, p. 681.

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 22 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, v.1, p. 681

Partindo-se do conceito de situações jurídicas, Marcos Bernardes de Mello explica que estas são as consequências que revelam no mundo jurídico a ocorrência de um fato jurídico³⁶². Assim, são situações jurídicas “[...], os direitos, deveres, faculdades, ônus, pretensões, capacidades, competências, legitimidades, exceções, poderes, sujeições, etc”³⁶³. Quanto à evolução do conceito de ônus e de dever, Gustavo Azevedo traça com precisão a contribuição de vários juristas (Giovanni Brunetti, Carnelutti, Betti, Goldschmidt, Gavazzi). De logo, verifica-se que a contribuição de Carnelutti é a que teve maior influência na doutrina brasileira³⁶⁴, mas é possível também verificar a adesão da variação de James Goldschmidt. Assim, antes de explanar sobre a teoria de Carnelutti, faz-se necessário pontuar resumidamente alguns aspectos do pensamento de Betti, Goldschmidt e Gavazzi.

Para Emilio Betti e James Goldschmidt os ônus representam um imperativo do próprio interesse, compartilhando, assim, a mesma ideia geral de Carnelutti³⁶⁵. Para Goldschmidt³⁶⁶, ônus “[...] *se trata de imperativos del proprio interés*”³⁶⁷, mas o autor alemão especifica uma diferença, entre ônus perfeitos e ônus menos perfeitos: “*Las cargas son perfectas o menos perfectas, según que su incumplimiento traiga fozosamente aparejados determinados perjuicios, o pueda traerlos*”³⁶⁸.

Aqui se destaca a originalidade do pensamento de Goldschmidt, pois tanto Carnelutti, como Betti não distinguem a carga de intensidade entre ônus perfeitos e menos perfeitos. Essa possibilidade de existir um ônus em que gere um prejuízo certo e ônus que pode acarretar um prejuízo é seguida, no Brasil, por Cândido Dinamarco:

Existem ônus absolutos e ônus relativos.
São absolutos aqueles cujo não-cumprimento conduz *inevitavelmente* ao resultado desfavorável. [...]

³⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 95.

³⁶³ AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020 Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021, p. 236.

³⁶⁴ AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021, p. 245.

³⁶⁵ AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021 p. 245.

³⁶⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

³⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203. Tradução livre: “um imperativo do próprio interesse”.

³⁶⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 36. Tradução livre: “Os ônus são perfeitos ou menos perfeitos, conforme seu descumprimento acarrete, respectivamente, certos prejuízos ou a possibilidade destes prejuízos”.

Os ônus relativos não trazem consequências inexoráveis. Descumpridos, seu titular *corre o risco* de ser prejudicado mas ainda é possível que o risco não se consuma – o que se dará se interferir algum acontecimento favorável³⁶⁹.

O grande crítico da ideia de Carnelutti e, também de Betti e Goldschmidt, foi Giacomo Gavazzi³⁷⁰. Este autor especifica que o ônus não pode ser concebido sob uma perspectiva individual, que afete somente o próprio interesse, pois há ônus relacionado a interesses de natureza pública. Desse modo, para Gavazzi o ônus não se exaure apenas como “[...] um fenômeno típico de auto-regulação de interesses privados e, além do mais, internos a um determinado sujeito”³⁷¹.

Para Carnelutti, deve-se distinguir interesse próprio de interesse alheio, de modo que o ônus esteja ligado ao interesse próprio e o dever, ao interesse alheio. Gustavo Azevedo, explicando o pensamento de Carnelutti afirma: “[...] o dever estabelece uma conduta que será obrigatória para o agente (sem margem de escolha) para proteger direito alheio, [...]”³⁷². Por outro lado, com relação ao ônus: “[...] o agente sacrifica um interesse próprio em benefício de outro interesse também próprio, daí por que ele tem margem de escolha para agir ou não”³⁷³. Frise-se, por oportuno, que o comportamento relacionado a um dever, se descumprido, imprime um ilícito e, conseqüentemente, uma sanção. Por outro lado, o comportamento ligado ao ônus, quando descumprido não gera um ilícito, mas apenas a possibilidade de gerar certos efeitos não pretendidos pelo seu agente³⁷⁴.

Tal concepção é aceita pela doutrina. Nesse sentido, Alfredo Buzaid afirma que no dever o “[...] vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação ou sujeição”³⁷⁵. No mesmo sentido,

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 210-211.

³⁷⁰ AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021, p. 243.

³⁷¹ GAVAZZI, Giacomo. L'onere. Tra la libertà e l'obbligo. Torino, 1970 *apud* TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. In **Revista eletrônica de direito processual – REDP**. V. XI. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332> >. Acesso em: 20 ago. 2022.

³⁷² AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021, p. 240.

³⁷³ AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021, p. 240.

³⁷⁴ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 62.

³⁷⁵ BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 57, p. 113-140, 1962. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 21 jan. 2021, p. 127.

Eduardo J. Couture: “*La diferencia sustancial radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), em la carga el vínculo está impuesto por un interés propio*”³⁷⁶. Tal ótica sobre o tema tornou-se clássica, conforme relata Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: “Tradicionalmente, a doutrina classifica o ônus como situação jurídica passiva, sem correspondente ativo, pois o agente pratica o ato, desincumbindo-se do ônus, no interesse próprio e se o fizesse no interesse alheio, estar-se-ia diante de um dever jurídico”³⁷⁷. No ponto, cabe citar a sintetização realizada por Vitor de Paula Ramos:

1. O ônus:

1.1 é uma situação passiva subjetiva com sujeição branda;

1.2 é atribuído por uma regra jurídica imperativa;

1.3 é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) ‘apreciado’ pelo Direito, mas não categoricamente exigido;

1.4 dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha entre o agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) ‘apreciado’;

1.5 agindo em ‘contrariedade’ com o comportamento previsto na regra que atribui o ônus o sujeito não estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, não se configurando um ilícito;

1.6 justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento ‘apreciado’ não poderão ser cominadas sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (exemplo: multa diária), nem mesmo ser exigido de forma alguma pelo Direito que seja adotado o comportamento previsto na regra;

1.7 a consequência para a não adoção do comportamento estará na própria regra, no resultado ‘prometido’ para cada escolha. Isto é: ‘se adotares o comportamento A terás B’; ‘se não adotares o comportamento A não terás B’.

2. O dever:

2.1 é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical;

2.2 é atribuído por uma regra jurídica imperativa;

2.3 é uma forma de tutela que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito;

2.4 não dá ao sujeito obrigado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), apenas exige que se cumpra;

2.5 agindo em contrariedade com o comportamento previsto na regra que atribui o dever o sujeito estará praticando um ato/omissão contrário ao Direito, configurando-se um ilícito;

2.6 justamente por isso, ao sujeito que não quer adotar o comportamento exigido pelo Direito será oportuno que esse comine sanções diretas ou indiretas, multas, penalidades, técnicas coercitivas (exemplo: multa diária), de modo que o Direito utilize sua força para a adoção do comportamento desejado;

2.7 a consequência para a não adoção do comportamento estará não só na consequência prevista na própria regra (exemplo: pena de prisão para quem praticar homicídio), mas também na força que o Direito utilizará para lidar com o ilícito (v.g., a polícia deve utilizar a força para impedir que esse ocorra)³⁷⁸.

Assim, à vista de tais conceitos e delimitações sobre ônus e deveres processuais, pode-se verificar como estes incidem e se relacionam com a argumentação das partes. Desse modo o

³⁷⁶ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 212-213.

³⁷⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. DIDIER JR., Fredie. (Coord.). Salvador: Jus podivm, 2010, v.2, p. 764.

³⁷⁸ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 70-71.

comportamento do autor e do réu na construção de suas teses é sempre estabelecido conforme seus próprios interesses, de modo que a argumentação deficiente de um deles não prejudicará a outra parte ou o Juiz do processo, não sendo possível a imposição de uma sanção pela postulação fraca, deficiente ou incompleta. Vislumbra-se, desse modo, que nas postulações há ônus de fundamentação³⁷⁹. Tal situação é diferente quando se verifica a prolação de uma decisão judicial, seja ela, Decisão Interlocutória, Sentença ou Acórdão, pois estas necessitam de fundamentação, sob pena de ser violado o interesse das partes e da sociedade, que deixará de fiscalizar a higidez do exercício jurisdicional na preservação do ordenamento jurídico. Por esta razão, caso o julgador não cumpra o seu dever de fundamentar, terá como consequência a imposição de nulidade ao ato. Frise-se que, nesta perspectiva, faz sentido a eficácia da máxima *iuria novit curia*, pois eventuais falhas na fundamentação das partes podem ser supridas pelo Juiz, que trará os contornos jurídicos aos fatos que lhe foram apresentados.

Contudo, considerando a adoção no CPC/2015 do princípio da cooperação e do modelo colaborativo de processo (art. 6º, CPC/2015), novos deveres surgem para as partes. De acordo com Didier Jr.:

O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.³⁸⁰

Nesta linha de raciocínio, Didier Jr. estabelece um rol de deveres típicos e atípicos de cooperação, os quais incidiriam diretamente para as partes de um processo³⁸¹. Como visto anteriormente, é preciso ter cuidado com as noções de ônus e dever, de modo que nem sempre uma obrigação pode ser classificada como um dever. Este, quando violado, gera a incidência de uma sanção. Assim, se uma parte se recusa a esclarecer uma situação ou a manifestar-se sobre uma nova lei que possa alterar o resultado do julgamento, poderá ser-lhe impingida uma

³⁷⁹ Em sentido contrário: “O inciso III do art. 319 do CPC tradicionalmente é compreendido como referente à causa de pedir. Para ser válida, a petição inicial deve conter a afirmação da causa de pedir. Foi o que vimos no item anterior. Nesse sentido, o requisito da petição inicial seria atendido com a simples afirmação da causa de pedir. É preciso, porém, compreender esse inciso III de maneira mais ampla. *Ele deve ser compreendido como a exigência de fundamentação da postulação inicial*. Fundamentação, aqui, compreendida em sentido amplo, a abranger não apenas a alegação da causa de pedir (próxima e remota), tal como já examinado, mas também *argumentação jurídica*, ou seja, o conjunto dos instrumentos retóricos para convencimento do órgão julgador acerca da juridicidade do fato e da correção dogmática da interpretação do Direito proposta pelo demandante. [...] O inciso III do art. 319 do CPC, portanto, impõe que a petição inicial seja fundamentada, com a alegação da causa de pedir e com a exposição da respectiva argumentação jurídica”. Vide: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 683-684.

³⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 162.

³⁸¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 163.

sanção pelo descumprimento do dever de cooperação? Esta questão ainda será retomada em tópico neste Capítulo.

Apesar da intensificação da argumentação, conforme o diálogo que deve ser travado entre os sujeitos processuais e de deveres que qualificam a fundamentação das postulações das partes quando desenvolvidas (clareza e coerência, proibição à litigância de má-fé e respeito à boa-fé processual), verifica-se que a ausência de uma tese que poderia ser lançada pela parte no bojo de sua demanda, não importa em uma sanção, pois ainda se estará atingindo a sua própria esfera. Desse modo “[...] as partes têm o ônus de alegar e o juiz tem o dever de decidir argumentando com razões jurídicas”³⁸².

3.2.2 Ônus e Dever na Postulação das Partes

É preciso, ainda, fazer uma distinção. A parte autora em sua postulação tem que expor os fatos e os fundamentos jurídicos que embasam seu pedido (arts. 319, III, 330, II, §1º, I, CPC). Ora, uma petição inicial que não exponha os fatos e as normas jurídicas que concluem o pedido requerido deverá ser indeferida, caso o autor não a emende, nos termos do art. 321 e parágrafo único do CPC. O que se está afirmando, nesse ponto, é que uma petição inicial não pode ter só o endereçamento para o Juízo competente, a qualificação das partes e o pedido. É necessário, ao menos, a exposição fática que irá deduzir o pedido final. Sem a exposição de uma causa de pedir não terá o Juiz sequer como avaliar se há legitimidade das partes, se há interesse processual ou se incide, no caso, a prescrição.

Contudo, essa regra imposta pelo CPC de exposição dos fatos se não cumprida pelo autor da demanda, impõe uma sanção? Em outros termos, o indeferimento da petição inicial é uma sanção, pela ausência de causa de pedir? Sobre o tema, apesar da gravidade do referido defeito da petição inicial não há como sustentar que tal situação geraria o descumprimento de um dever e a incidência de uma sanção. Cândido Dinamarco afirma que são raros os deveres das partes, pois o legislador prefere estabelecer ônus para que os sujeitos processuais cumpram certas condutas. O não cumprimento da conduta estabelecida pela lei processual não acarretaria um ato ilícito gerador de sanção, mas apenas a possibilidade de serem geradas desvantagens para o agente omissor³⁸³:

³⁸² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 119.

³⁸³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 240.

Tudo são ônus, cujo descumprimento pode produzir desvantagens mas não constitui *ilícito processual*. Os mais relevantes dos deveres das partes no processo civil são o de *lealdade processual*, a cuja transgressão a lei comina as sanções inerentes à litigância de má-fé e aos atentados à dignidade da Justiça (arts. 79-81 e 774, *caput*, incs. I-V e par.); e o de *cooperação*, que o Código de Processo Civil explicita de modo genérico em seu art. 6º e depois especifica em outros dispositivos pontuais, como o do art. 774, inc. V (o dever de indicar ao juiz ‘quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores’ *etc*)³⁸⁴.

Especificamente quanto à ausência da causa de pedir, Dinamarco afirma que a petição inicial estaria eivada de invalidade formal e, diante de tal situação a lei processual impede que o referido ato alcance os efeitos desejados³⁸⁵. O reconhecimento da inépcia da petição inicial por ausência da causa de pedir, não é uma sanção para punir um ato ilícito, ou uma nulidade da petição inicial da parte autora. A inépcia é uma técnica utilizada para impedir que um ato inválido produza os efeitos pretendidos pelo seu agente³⁸⁶.

Já para o réu, a situação é distinta. Se o réu não apresentar uma contestação nenhuma sanção lhe será atribuída³⁸⁷. Ou, se apresentar uma contestação apenas para dizer que o autor não tem direito, também não terá qualquer sanção. Isto porque o réu age apenas no seu interesse, se deixar de contestar ou fazer uma defesa insuficiente, poderá vir a sofrer uma situação de desvantagem no processo, como a decretação da revelia, mas não necessariamente lhe será imputado uma penalidade³⁸⁸. Ao final, por exemplo, o Juiz poderá julgar improcedente a

³⁸⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 293.

³⁸⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 694.

³⁸⁶ “*Não se fala em nulidade dos atos das partes*. São outras as técnicas pelas quais da invalidade, ou seja, de sua imperfeição, se passa à sua incapacidade de produzir os efeitos desejados pelo agente. Diz-se que é *inepta* a petição inicial quando lhe faltar um elemento formal indispensável – ou a narrativa de fatos, ou o pedido, ou a coerência entre ambos – e ela será indeferida por esse motivo (art. 330, inc. I, e § 1º, incs. I e IV). De modo exposto a lei não diz o mesmo a respeito dos *recursos*, mas será também *inepto* aquele que não trouxer o pedido de nova decisão pelo tribunal ou os fundamentos desse pedido (art. 1.010, incs. II-III, *etc.*) – e o recurso não merecerá sequer ser processado. [...] Mesmo sem qualificar de *nulidade* o defeito dos atos processuais de parte, a lei lhes nega eficácia quando transgredirem exigências formais relativas ao modo, ao lugar ou ao tempo de sua realização. Tanto quanto aos atos defeituosos do *juízo*, os das partes têm sua eficácia comprometida. A diferença é que estes não produzirão efeito algum desde logo – e o réu será *revel* porque respondeu à inicial fora do prazo, ou a sentença *passará em julgado* automaticamente, em consequência da intempestividade do recurso, enquanto os atos *nulos* do juízo só perderão eficácia quando outro ato judicial a excluir, anulando o ato”. Vide: DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 695-696.

³⁸⁷ Nesse sentido: “Contestar o pedido formulado pelo autor é um ônus (*Einlassungslat*) – não trata de um dever. Isso quer dizer que o demandado é livre para contestar ou não o pedido”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 2, p. 199.

³⁸⁸ Importante a posição de Dinamarco: “o réu tem o ônus de oferecer contestação no prazo de lei, sob pena de revelia (art. 344). Ao contestar, é ônus seu a negação (*afirmação negativa*) dos fatos afirmados pelo autor ou a *afirmação de fatos novos*, em tese capazes de evitar que este obtenha a tutela jurisdicional pedida na demanda inicial. Ainda que ofereça contestação, o réu suportará a presunção de serem verdadeiras as afirmações feitas pelo autor ao demandar sempre que deixe de fazer essas afirmações contrárias. Tal é o *ônus da impugnação especificada dos fatos*, ditado pelo art. 341 do Código de Processo Civil”. Vide: DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 295.

demanda porque a pretensão do autor está prescrita (art. 332, §1º, CPC). Assim, considerando que a inércia do réu somente lhe prejudica, o ordenamento jurídico prevê que seu encargo está regido pela categoria do ônus³⁸⁹.

Foi dito que o autor tem que expor a causa de pedir, isto é, os fatos e fundamentos jurídicos da lide, para que a sua petição inicial possa produzir os efeitos pretendidos. No entanto, nessa atividade postulatória do autor há ônus. Inicialmente o autor possui o ônus de demandar³⁹⁰, ou seja, de provocar a jurisdição para obter o bem da vida que se tornou litigioso³⁹¹. Em um segundo momento, o demandante requer, conforme fatos e fundamentos jurídicos que expõe, de modo que sua petição possa produzir os efeitos pretendidos. No entanto, o autor pode escolher quais fatos e fundamentos jurídicos que deseja levar para consideração do Poder Judiciário. Carnelutti explica que tanto o autor como o réu devem se desincumbir do ônus de informação³⁹², colocando perante o Juiz todas as informações que possam ajudar na aceitação de suas razões, podendo, inclusive, não falar de motivos que possam lhe prejudicar³⁹³.

³⁸⁹ Nesse sentido, é o entendimento de Dinamarco: “o réu, sendo citado, tem o ônus de oferecer resposta, sob pena de revelia (art. 319). Ao responder, é ônus seu a *afirmação negativa* dos fatos afirmados pelo autor (negação) ou a *afirmação de fatos novos*, em tese, capazes de evitar que este obtenha a tutela jurisdicional pedida na demanda inicial”. Vide: DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 257.

³⁹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi* no processo civil. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 152.

³⁹¹ É a opinião de Dinamarco: “[...], ainda sem ser parte e antes mesmo que o processo exista, o sujeito que pretenda uma tutela jurisdicional já dispõe de um relevantíssimo ônus, que é o de *demandar* – ou seja, de tomar a iniciativa do processo, dirigindo-se a um órgão jurisdicional e apresentando-lhe uma pretensão a ser satisfeita”. Vide: DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2, p. 294.

³⁹² “*La carga de información antaño a lo que el juez debe saber para poder proveer mediante el proceso cognitivo o ejecutivo, acerca de la litis o acerca del negocio.*

Ante todo, lo que las partes deben darle a conocer, son las razones” Tradução livre: O ônus de informação se preocupa com o que o juiz deve saber para poder prover por meio do processo de conhecimento ou de execução, acerca do litígio ou do negócio. Em primeiro lugar, o que as partes devem fornecer ao juiz são as razões”. Vide: CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1959, v. 1, p. 336.

³⁹³ Explica, nesse ponto, Carnelutti: “[...] *es útil la constitución de la carga em virtude de la cual la parte, cuando sabe que sólo tiene que contar consigo misma, se ve apremiada a vaciar el saco, poniendo ante los ojos del juez todo el material que puede ayudar a la aceptación de sus conclusiones. Naturalmente, puesto que la información de la parte está dominada por su interés, hay el peligro de que ella oculte los motivos que, em vez de favorecerle, puedan perjudicarle; pero a este peligro ofrece remedio el contradictorio, em virtude del cual lo que a uma parte le perjudica le favorece a la outra, por lo cual si una parte puede verse inducida a calar, la outra se ve estimulada a hablar*”. Tradução livre: “[...] é útil a constituição de ônus em virtude do qual a parte, quando sabe que somente tem que contar consigo mesma, se vê premiada a esvaziar o saco, pondo perante os olhos do juiz todo o material que pode ajudar à aceitação de suas conclusões. Naturalmente, considerando que a informação da parte está submetida ao seu próprio interesse, há o perigo de ela ocultar os motivos que, em vez de lhe favorecer, possa prejudicá-la; mas este perigo é remediado pelo contraditório, pois o que a uma parte prejudica à outra favorece, de modo que se uma parte se vê induzida a calar, a outra se vê estimulada a falar”. Vide: CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1959, v. 1, p. 338-339.

Ora, se o demandante pretende ser ressarcido em razão de um acidente automobilístico, ele irá expor o fato (acidente ocorrido provocado pelo réu) e o fundamento jurídico (art. 186 c/c art. 927, do CC). No entanto, nos fundamentos de sua petição ele pode evidenciar somente a atitude do réu, deixando de expor, por exemplo, que um terceiro ocasionou uma atitude imprudente do réu e que gerou o acidente, simplesmente porque não possui prova desse fato isolado. Como não expôs completamente o fato, ele poderá vir a sofrer uma situação de desvantagem, mas não uma sanção. Ora, se o réu postular que sua atitude foi provocada porque um pedestre avançou inadvertidamente a via pública em que trafegava e em razão do desvio abrupto de direção, acabou abalroando o veículo do autor, e, ainda, provar tal fato, poderá o autor vir a ter sua pretensão julgada improcedente ou ser diminuído o valor a ser ressarcido pelo réu. Nesse caso, vê-se que nas postulações há um ônus de argumentação, que pode ser medido por cada participante do processo por questão de estratégia, por exemplo.

3.3 O Dever da Fundamentação da Decisão Judicial no Ordenamento Jurídico brasileiro

Verificado no tópico anterior a distinção entre ônus e dever, que para as decisões judiciais incide o dever de fundamentação pelo Magistrado. Necessário que neste ponto do trabalho seja verificado de forma mais cuidadosa o dever de fundamentação da decisão judicial, no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 A Evolução Histórica do Instituto da Fundamentação da Decisão Judicial no Brasil

O dever de fundamentação é uma realidade de estatura constitucional (art. 93, IX, CF/88), mas que nem sempre foi a regra no nosso ordenamento jurídico. Em um tempo anterior ao da vigente Carta da República, tal dever não era explícito como é hoje. Nesse sentido, nos Comentários de Pontes de Miranda ao CPC de 1973, o autor consignava que a falta de fundamentação era causa de nulidade, mas que havia Tribunais que a considerava uma mera irregularidade:

A sentença não fundamentada é nula (1.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 17 de novembro de 1941, *R.F.*, 89, 797). Sem razão, a 4.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 12 de novembro de 1940 (*R.F.*, 86, 605), que o reputa simples irregularidade³⁹⁴.

³⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 88.

Assim, se na hodiernidade não existem dúvidas quanto ao dever de fundamentar as decisões, é fácil concluir que tal clareza só foi estabelecida a partir da inserção no texto constitucional de tal dever. Quando a fundamentação das decisões estava somente no plano da legislação infraconstitucional, havia margem para interpretações dúbias dos Tribunais e até para o surgimento de leis no plano infraconstitucional que estabeleciam a desnecessidade da fundamentação para certas decisões judiciais³⁹⁵.

No contexto histórico brasileiro, verifica-se que nas ordenações filipinas encontrava-se dispositivo que determinava a motivação da decisão judicial, para proporcionar às partes a possibilidade de conhecer as razões do julgado, para decidir se seria conveniente a interposição de um recurso ou, ainda, para os julgadores da instância superior entender as razões que fizeram o Juiz prolator da decisão formar seu convencimento³⁹⁶. Já no período da Independência e do Império, o Código Comercial de 1850 também continha dispositivo expresso acerca da fundamentação da decisão judicial: “Art. 232. A sentença deve ser clara, summariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”³⁹⁷. Com essa mesma redação, o texto se espalhou nos Códigos processuais de vários Estados³⁹⁸, sendo que o CPC de 1939 referiu ao tema da fundamentação da decisão judicial no art. 118, parágrafo único: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”³⁹⁹, e no art. 280, II⁴⁰⁰. Já no CPC de 1973, o tema era desenvolvido nos seguintes dispositivos:

³⁹⁵ Relata Barbosa Moreira que a Emenda Constitucional nº 3, de 12 de junho de 1975, estabeleceu a arguição de relevância da questão federal pelo Supremo Tribunal Federal, como etapa preliminar para conhecimento dos recursos extraordinários. Nesse regramento, “A apreciação das ‘arguições de relevância’ é feita em sessão secreta e dispensa motivação: da ata da sessão, que se publica para ciência dos interessados, consta apenas a relação das arguições acolhidas e das rejeitadas (Regimento Interno, art. 308, §4º, incisos VIII e IX)”. Vide: MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 92.

³⁹⁶ Barbosa Moreira cita o seguinte trecho das Ordenações Filipinas: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, oram sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”. Vide: MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85.

³⁹⁷ BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em Lei nº 13.874/2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

³⁹⁸ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 85.

³⁹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

⁴⁰⁰ O texto legal do CPC de 1939 era o seguinte: “Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: [...] II – os fundamentos de fato e de direito; BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

[...]

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso⁴⁰¹.

Nesse período, que medeia a vigência do CPC de 1973 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia dispositivo que determinasse a nulidade da decisão que não for fundamentada, como ocorre com a vigente Constituição (art. 93, IX). Mas, particularmente, a doutrina já desenvolvia o entendimento de que a fundamentação era essencial às decisões judiciais, pois se ao Poder Judiciário cabe o papel de preservar a ordem jurídica, as decisões judiciais devem ser justificadas para que a população em geral e as partes em particular possam verificar se o Judiciário está cumprindo sua função⁴⁰². Em palavras mais claras sobre esse ponto: “Não pode existir Estado de Direito, nem garantia constitucional do devido processo legal, se o órgão responsável por administrar a justiça se encontra desobrigado de fundamentar as respectivas decisões (sentenças)”⁴⁰³. Decorre, portanto, a fundamentação das decisões judiciais, do próprio modelo de Estado de Direito adotado.

Com a Constituição Federal de 1988 houve a inserção em seu texto da regra do dever de fundamentação das decisões judiciais, conforme redação do art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”⁴⁰⁴. Verifica-se da redação do dispositivo que a fundamentação da decisão está expressamente consagrada como um dever para o Magistrado, inclusive com o estabelecimento de uma sanção, pelo seu descumprimento, impingindo ao ilícito da decisão não fundamentada a penalidade de nulidade do ato decisório.

3.3.2 A Constitucionalização da Fundamentação da Decisão Judicial

A previsão no texto constitucional da observância da fundamentação da decisão judicial não é uma novidade do direito constitucional brasileiro. O texto da Constituição

⁴⁰¹ BRASIL. LEI Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

⁴⁰² MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

⁴⁰³ SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 25.

⁴⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Italiana, de 1948 estabelece: “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”⁴⁰⁵ De igual modo, a Constituição de Portugal, de 1974, em seu art. 205º: “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”⁴⁰⁶. Ou, ainda, a Constituição Espanhola, de 1978, em seu art. 120, 3: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”⁴⁰⁷. Barbosa Moreira explicita que tem estatura constitucional a motivação das decisões judiciais “[...] a Constituição belga de 1831 (art. 97), as Constituições gregas de 1952 (art. 93) e de 1968 (art. 117) e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México, Peru”⁴⁰⁸. Desse modo, longe de ser uma novidade em termos constitucionais, conforme análise de direito comparado, a fundamentação da decisão judicial no texto da Constituição Federal de 1988 estabelece de uma vez por todas o dever do Juiz de justificar como chegou a uma decisão no processo, fixando, assim, mais um marco de proteção da democracia brasileira⁴⁰⁹.

O dever de fundamentação firmado no texto da Constituição precisa ser compreendido como uma verdadeira cláusula pétrea, decorrente da garantia do devido processo legal, conforme explica Beclate Oliveira Silva:

Sendo a fundamentação um imperativo da justiça, e esta é a forma de realizar a igualdade através do devido processo legal, tem-se, por via oblíqua, que este imperativo é uma cláusula pétrea, não sendo passível de revogação (art. 60, §4º, CF/88), [...]”⁴¹⁰

Desta forma, não pode existir Estado de Direito, nem garantia constitucional do devido processo legal, se o órgão responsável por administrar a justiça se encontra desobrigado de fundamentar as respectivas decisões (sentenças) judiciais. Além disso, o dever de motivar as decisões é uma garantia fundamental, constitucionalmente assegurada.⁴¹¹

A fundamentação da decisão judicial considerada como uma garantia fundamental do povo brasileiro e, por consequência, uma cláusula pétrea, tem função na proteção da democracia

⁴⁰⁵ Em tradução livre: “Todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas”. Vide: MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84.

⁴⁰⁶ PORTUGUAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

⁴⁰⁷ ESPANHA. **Constitución Española**. Disponível em: <<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t6>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

⁴⁰⁸ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 84.

⁴⁰⁹ Para Carlos Ayres Britto a democracia é o valor mais importante de uma Constituição. Vide: “5.4.1. É do nosso pensar que o ser das Constituições ocidentais, ao menos daquelas nascidas do ventre de uma Assembléia Nacional Constituinte, esteja na Democracia. Tanto na Democracia formal quanto na material; isto é, assim no Estado Democrático de Direito como no Estado de Direito Democrático, de cujo casamento por amor resulta o ansiado Estado de Justiça”. BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 183.

⁴¹⁰ SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 73.

⁴¹¹ SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 73.

como valor máximo do ordenamento jurídico⁴¹², e, vislumbra-se, também como um importante vetor interpretativo e que deve orientar o próprio legislador infraconstitucional de modo a ampliar o conteúdo normativo da referida garantia.

3.3.3 O Problema do Conteúdo da Fundamentação da Decisão Judicial

Fixada a obrigação de fundamentar no texto da Constituição Federal de 1988, não há para o Judiciário outra alternativa. É necessário sempre expor os motivos que levaram o julgador a decidir de um certo modo. Além disso, a Constituição não faz distinção entre sentenças (definitivas ou terminativas) e decisões interlocutórias. Todas as decisões emanadas de um processo judicial devem ser fundamentadas.

Com isso, cabe investigar o conteúdo da fundamentação. Se é necessário fundamentar é preciso verificar se a decisão judicial está realmente fundamentada. Sob esta ótica, o Prof. Nelson Nery Junior afirma que é necessária uma fundamentação substancial e não meramente formal⁴¹³, de modo que o Juiz possa examinar e expor as razões de seu convencimento quanto aos fatos e fundamentos jurídicos lançados nos autos pelas partes. Desse modo, certas expressões comuns no jargão jurídico como “presentes/ausentes os requisitos/pressupostos legais, concedo/denego a liminar”, não podem ser consideradas como uma decisão fundamentada, devendo ser-lhe aplicada a pena de nulidade⁴¹⁴.

Este aspecto da dificuldade de aplicação do dever de fundamentação nas decisões judiciais encontra espaço nas várias instâncias do Poder Judiciário brasileiro. Nesse particular, chama atenção recente decisão proferida pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal

⁴¹² De acordo com Britto: “5.5.3. Esses valores mais próximos do centro da Democracia, concebemo-los como os principais conteúdos ou as principais manifestações dela mesma. E sendo assim, eles passam a gozar de uma posição *intra-sistêmica* do mais alto relevo, pois toda interpretação normativa que os confirmar será uma ‘interpretação conforme a Constituição’. Vale dizer, uma interpretação conforme o ser da Constituição, especifica ou topicamente revelado nos valores que tais.

5.4.4. Entre duas interpretações possíveis de uma norma constitucional, portanto, deve-se prestigiar aquela que melhor assegure a eficácia do princípio que mais proximamente esteja do ser da Constituição (e tal ser é a Democracia, como tantas vezes dito). É preciso intuir com essa *força de gravidade* do ser da Constituição, porque ele é *uma porta aberta* para a compreensão de cada parte da Lei das Leis e de todo o conjunto normativo-constitucional”. BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 187-188.

⁴¹³ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, p. 327.

⁴¹⁴ Nesse sentido, o Prof. Nelson Nery Junior expõe: “Quantas vezes observamos situação semelhante, notadamente em ação civil pública, onde o desembargador revoga liminar em casos importantes e de gravidade, com decisão à mão, em uma linha, do seguinte teor: ‘Ausentes os pressupostos legais, revogo a liminar’; ou, o que se nos afigura ainda mais grave, simplesmente ‘revogo a liminar’. Sem qualquer fundamentação de fato ou de direito, essas decisões infelizmente têm proliferado no foro brasileiro, sem o menor constrangimento do Poder Judiciário em afrontar texto expresso da Constituição Federal”. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, p. 334.

Federal, em sede de pedido de suspensão de liminar, que decidiu suspender a eleição indireta para Governador do Estado de Alagoas, pela Assembleia Legislativa estadual. Na íntegra, o teor da decisão:

Trata-se de suspensão de liminar apresentada simultaneamente a ação de descumprimento de preceito fundamental, visando à suspensão de eleição indireta para os cargos de Governador e Vice-Governador do Estado de Alagoas.

Verifica-se que a eleição será realizada pela Assembleia Legislativa em 02/05/2022 (segunda-feira), às 10:00 horas, após decisão autorizativa do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas proferida em 29/04/2022 (sexta-feira).

Ad cautelam, considerando o risco de perecimento do direito invocado, SUSPENDO a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas nos autos do processo n. 0802803-23.2022.8.02.0000 até que o relator da ADPF 969 se manifeste naqueles autos⁴¹⁵.

A decisão acima é emblemática da ausência de fundamentação. Nenhum dispositivo de lei foi mencionado e só foi referida a data em que seria realizada a eleição na Assembleia Legislativa estadual. Em apenas três parágrafos decidiu-se interferir no funcionamento de um Poder e sem sequer indicar qual o dispositivo normativo que autorizaria a suspensão de liminar. Como se observa, se a Suprema Corte do país tem julgados em que não há uma fundamentação substancial, é periclitante que tal comportamento ilícito seja replicado para os demais órgãos do Poder Judiciário no país.

Para combater esse tipo de decisão, além da ilicitude prevista na própria Constituição Federal, a doutrina vem estudando o tema para estabelecer o que é uma decisão fundamentada. Afinal, a decisão “[...] é a janela para o Estado de Direito, sendo a fundamentação o meio para descortiná-la”⁴¹⁶. Não basta, portanto, que o julgador utilize de fórmulas genéricas no corpo da decisão. A fundamentação vai além exigindo do Juiz um papel ativo na demonstração de um raciocínio, conforme os fatos, as provas e as normas jurídicas efetivamente debatidas nos autos de um processo judicial.

É uma evidência que os dispositivos legais dos ordenamentos jurídicos não se preocupam em especificar com exatidão o que é verdadeiramente uma decisão fundamentada. Tal papel foi assumido pela doutrina⁴¹⁷, de modo que a partir dos anos 70 do Século XX foi gestada uma teoria padrão de argumentação jurídica, conforme explica Chiassoni: “[...] *um conjunto de teorias analíticas del razonamiento jurídico, cuya elaboración se debe principalmente a estudiosos como Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Neil MacCormick,*

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em suspensão de liminar nº 1.540**. Autor: Partido Socialista Brasileiro Alagoas. Réu: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator Luiz Fux. Decisão monocrática. DJe 01 mai. 2022.

⁴¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reauter Brasil, 2021, p. 208.

⁴¹⁷ CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 17.

*Aleksander Peczenick y Aulis Aarnio*⁴¹⁸. Nesse ponto, cabe dizer que Michele Taruffo desenvolveu a tese de que para que uma decisão seja considerada fundamentada, ela deve conter um conteúdo mínimo necessário de motivação⁴¹⁹, de modo que possa ser verificado:

1) a afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da: individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto, consequências jurídicas daí derivadas; 2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre cada um dos enunciados, [...]; 3) a justificação de cada um dos enunciados a partir dos critérios de juízo segundo os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas⁴²⁰.

Tais requisitos são necessários em conjunto, pois faltando um deles seria “[...] impossível o controle externo, por parte dos diversos destinatários da motivação, dos fundamentos racionais da decisão”⁴²¹. Além desses requisitos, não se pode perder de vista outro elemento que a decisão judicial deve conter para ser considerada fundamentada. Há necessidade de que a decisão seja munida de elementos de fato e de direito, frutos de um contraditório justo e efetivo, proporcionado pelas partes, de acordo com as regras que regem o processo⁴²².

3.3.4 A Fundamentação da Decisão Judicial no CPC/2015

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 o tema passou a ser densificado na legislação. A nova norma processual assume um papel muito mais preocupado com a consideração do que seja uma decisão fundamentada, do que as fórmulas legislativas pretéritas que apenas indicavam que a decisão judicial deveria ser motivada. Conforme explica Daniel Mitidiero, a partir do CPC/2015 o direito pátrio “[...], não se contenta com o esquema mínimo. Ele exige fundamentação concreta, estruturada e completa”⁴²³. Para o referido autor a fundamentação é concreta pois: a) o caso deve ser julgado de modo que o julgador não indique, reproduza ou faça paráfrase de normas sem relacioná-las com o caso; b) ou quando invocar

⁴¹⁸ Tradução livre: “[...] um conjunto de teorias analíticas do raciocínio jurídico, cuja elaboração se deve principalmente a estudiosos como Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aleksander Peczenick y Aulis Aarnio”. CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 17.

⁴¹⁹ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 387.

⁴²⁰ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 387.

⁴²¹ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 388.

⁴²² De acordo com Beclate Oliveira Silva: “[...], o contraditório e a ampla defesa possibilitam às partes a utilização dos meios necessários para influenciar no conteúdo da decisão (sentença) judicial, tanto no que concerne à solução das questões de fato (*quaestio facti*), como das questões de direito (*quaestio iuris*). Através deles, as partes influenciam a criação judicial do direito. É neste aspecto que o contraditório e a ampla defesa desaguam na fundamentação.

Desta forma, o contraditório e a ampla defesa acabam condicionando a própria fundamentação, pois é lá onde ficam esposadas as propostas de soluções às questões deduzidas no feito. Em outras palavras, na ação, na defesa e no contraditório são expostas as pretensões de validade discursiva, [...]”. SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 131.

⁴²³ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210.

termos vagos faça a correspondente explicação; c) não utilizem fundamentos que se prestem a justificar qualquer outra decisão; d) aplicando ou deixando aplicar precedentes deve demonstrar as razões de subsunção, distinção ou superação⁴²⁴. Deve, também, a fundamentação ser estruturada pois “[...] a interpretação e a aplicação têm de se dar a partir de fatos, provas e normas claramente identificados”⁴²⁵. A fundamentação, por fim, deve ser completa, no sentido da existência de um verdadeiro diálogo entre os fundamentos alegados pelas partes capazes de informar uma decisão, e os fundamentos utilizados na decisão pelo julgador⁴²⁶.

Esse último aspecto deve ser ressaltado. A decisão judicial não é produto exclusivo da atividade intelectual do Juiz. É uma construção de sentido elaborada pelas partes, de forma intersubjetiva, ao modo do paradigma da filosofia da linguagem. Ora, o contraditório não é uma garantia formal de dar voz às partes de um processo judicial, é uma garantia de dar voz e que está voz seja ouvida e considerada na construção do raciocínio jurídico que resulta a fundamentação da decisão judicial.

Nesse ponto, afirma Mitidiero que existe “[...] um arco que liga invisivelmente a decisão às postulações”⁴²⁷. Assim, na ação e na defesa residem as propostas⁴²⁸ de solução da futura sentença judicial. Não cabe ao Juiz querer introduzir outras matérias não discutidas ou suscitadas pelas partes, de surpresa, na sentença. Para tal mal, o próprio CPC trouxe norma expressa proibindo esse comportamento abusivo do julgador, conforme art. 10. Assim, nesta relação de debate ou diálogo existente no processo, o Juiz para cumprir seu dever de fundamentação para com as partes e para com a sociedade em geral, julga de acordo com as postulações empreendidas pelas partes. Claro, como já visto no tópico anterior, autor e réu tem ônus argumentativo em suas postulações, ou seja, escolhem quais teses, motivos, provas, normas, etc são utilizadas para que suas pretensões sejam, ao final, reconhecidas pela decisão judicial. Até mesmo a omissão em suscitar uma tese, pode ser encarada como uma questão de estratégia, ou, no mesmo sentido, até a escolha pelo réu em não apresentar contestação. Seja como for, um mínimo de debate é estabelecido com o autor da ação.

Para o autor, há a imposição de expor uma *causa petendi* de modo a fundamentar seu pedido. Se este não cumpre tal obrigação legal, sua petição é considerada inepta e aplica-se a extinção do processo sem resolução do mérito. Assim, há um dever do Juiz em fundamentar e

⁴²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210.

⁴²⁵ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210.

⁴²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210.

⁴²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 211.

⁴²⁸ SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 131.

uma obrigação legal para o autor em expor a causa de pedir para que sua petição possa gerar os efeitos pretendidos, mas, internamente, a causa de pedir pode ser bem ou pouco fundamentada, pois a qualidade da postulação é um ônus da parte autora.

Com isso, verifica-se que a fundamentação da decisão judicial é um dever a ser cumprido pelo Juiz, de modo que o julgador analise os fundamentos de fato e de direito, suscitados pelas partes.

Mas, uma vez que as partes manifestem suas postulações, de forma completa ou incompleta, boa ou má, há para o Magistrado o dever sempre de julgá-las, e de forma fundamentada.

O CPC de 2015, nesse ponto estabeleceu um verdadeiro roteiro de fundamentação da decisão judicial. O art. 489, §1º estabelece hipóteses típicas de decisões não fundamentadas⁴²⁹, ou, ainda, o referido dispositivo acabou “[...], ampliando semanticamente o espectro do que seria uma decisão fundamentada, [...]”⁴³⁰. O texto codificado é uma grande inovação do sistema processual pois além de densificar o conteúdo do dever de fundamentar previsto na norma constitucional (art. 93, IX), “[...] permite um controle mais efetivo dos pronunciamentos judiciais, reduzindo a margem de subjetividade quanto à percepção do que é e do que não é uma decisão fundamentada”⁴³¹.

Essa inovação é uma mudança de cultura quanto à precisão da fundamentação da decisão judicial, pois se antes havia uma confusão ou um desacordo para se considerar o que era ou não uma decisão fundamentada⁴³², tal situação de incerteza é reduzida com o estabelecimento de regras claras quanto à fundamentação judicial. Afinal, havendo a

⁴²⁹ Conforme ensina o Prof. Carlos Frederico Bastos Pereira existem hipóteses típicas e atípicas de decisões não fundamentadas: “Nada impede, contudo, que a densificação do dispositivo constitucional ocorra pelo legislador infraconstitucional, seja por meio de hipóteses típicas, como ocorreu com a positivação do art. 489, §1º, do CPC/2015, seja por meio de hipóteses atípicas, isto é, espalhadas tanto pela legislação processual quanto por outras legislações”. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 115.

⁴³⁰ SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 195.

⁴³¹ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 411.

⁴³² Nesse sentido, relata Sergio Sérvulo da Cunha: “Em seu código de processo civil anotado (nota 12 ao rt. 458 do CPC 1973, que trata dos requisitos essenciais da sentença), Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêia mencionam alguns acórdãos considerando nula ‘a sentença não fundamentada’, assim como ‘a que é omissa a respeito do ponto central’; e outros que consideram válida, desde que contenha o essencial, a sentença ‘fundamentada sucintamente’, ‘de maneira deficiente’, ou ‘mal fundamentada’.

Para que essas decisões possam ser aplicadas a outros casos, falta precisar o que seja ‘ponto central’, ‘fundamentação sucinta’; e, igualmente, o que é ‘essencial’. [...]”. CUNHA, Sergio Sérvulo da. **Dever constitucional de fundamentar no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2019, p. 41.

densificação⁴³³ do que é fundamentação pelo CPC reduz-se o grau de vagueza e indeterminação da norma constitucional⁴³⁴.

Além disso, é preciso deixar claro que existem outras hipóteses em que a decisão judicial pode ser considerada não fundamentada. O rol do art. 489, §1º, do CPC é meramente exemplificativo⁴³⁵, existindo “[...] hipóteses atípicas de decisões judiciais não fundamentadas, que, por sua vez, podem ser encontradas tanto ao longo do próprio CPC/2015, como fora dele”⁴³⁶. Carlos Frederico Bastos Pereira, indica, por exemplo, algumas hipóteses atípicas de decisões não fundamentadas: 1) que não enfrenta todas as provas produzidas no processo capazes de infirmar a decisão judicial; 2) que valora a prova mas não justifica tal ação; 3) que emprega regra de experiência mas não a justifica; 4) que adota a técnica *per relationem*; 5) que faz controle difuso mas não demonstra a inconstitucionalidade da norma com a Constituição; 6) que é omissa quanto à questão que deveria ter sido manifestada; 7) a que é obscura, não sendo clara e incompreensível quanto à linha de raciocínio utilizada; e, 8) a contraditória⁴³⁷.

3.3.5 A Inserção pela Lei nº 13.655/2018 de um Novo Dever de Fundamentação para o Juiz

É preciso esclarecer que o CPC/2015 em seu art. 489, §1º estabeleceu algumas hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão judicial, dando melhores contornos semânticos à garantia constitucional da fundamentação das decisões do Poder Judiciário⁴³⁸. Contudo, o rol previsto no referido dispositivo é exemplificativo, isto porque se a legislação houvesse delimitado um rol taxativo, haveria um conceito fixo de decisão fundamentada, o que diminuiria a eficácia da garantia constitucional⁴³⁹. Por outro lado, tais regras não impedem que outras sejam reconhecidas, no caso concreto, de modo que “[...] o aplicador poderá encontrar

⁴³³ De acordo com Canotilho densificar consiste em “[...] preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1201.

⁴³⁴ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 115.

⁴³⁵ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 117.

⁴³⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p.117.

⁴³⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 169.

⁴³⁸ SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 195.

⁴³⁹ SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 196.

outras situações que não realizam o preceito constitucional e, por isso, nulas”⁴⁴⁰. Assim, é possível verificar que além das hipóteses previstas no CPC/2015, a Lei nº 13.655/2018 estabeleceu mais uma hipótese de decisão não fundamentada. Nesse sentido:

O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1º do art. 489) – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, par. ún., II, do CPC⁴⁴¹.

Isso porque o art. 20, da LINDB determina que o julgador, ao utilizar como norma jurídica de sua fundamentação valores jurídicos abstratos, passa a ter o dever de analisar as consequências práticas da decisão. Tal regra inserida na LINDB é mais uma hipótese para densificar o dever de fundamentação da decisão judicial.

Assim, conclui-se que o dever de fundamentação previsto no ordenamento jurídico brasileiro é fruto de uma evolução que reconheceu a necessidade de ser topograficamente estabelecido no texto constitucional, com o estabelecimento claro de nulidade para o ato decisório que o descumpra. Com isso, as incertezas passaram a ser domadas no âmbito da obrigatoriedade ou não de se fundamentar uma decisão. Além disso, o CPC/2015 traz importantes inovações sobre o tema estabelecendo hipóteses de decisão não fundamentada e, a *contrario sensu*, estabelecendo o que é uma decisão fundamentada, conforme rol não taxativo previsto no art. 489, §1º, do CPC. Aumenta-se a definição semântica⁴⁴² do que seja decisão fundamentada, reduzindo as incertezas que outrora permeava as decisões dos Tribunais. Por fim, verifica-se que a LINDB, foi alterada para introduzir mais uma hipótese em que a decisão pode ser considerada como fundamentada ou não, a partir do exame das consequências toda vez que se utilizar valores jurídicos abstratos na *ratio* da decisão judicial.

Fixadas essas premissas da fundamentação da decisão judicial, cumpre investigar no próximo tópico como o modelo colaborativo de processo admitido pelo CPC de 2015 se insere no contexto de tomada de decisão pelo Poder Judiciário.

3.4 O Modelo Colaborativo de Processo

⁴⁴⁰ SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 197.

⁴⁴¹ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 403.

⁴⁴² SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 195.

Foi visto no tópico anterior que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a constitucionalização do dever de fundamentação. O processo, como os demais ramos do direito, não ficou imune aos influxos desse movimento de inserção no texto da Carta da República, de pontos centrais das disciplinas jurídicas. Nesse sentido, Fredie Didier Jr., explana que a constitucionalização do direito processual sedimentou “[...] a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais”⁴⁴³, e, também, no plano da doutrina processual, o estudo das “[...] normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório desenvolvido pelos constitucionalistas”⁴⁴⁴. A própria adoção de um regime democrático estabelece que o exercício da atividade jurisdicional deve se adequar aos ditames da participação popular, de modo que:

Na democracia constitucional, *o povo é a única fonte de poder*, apresentando-se como o construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica, *legitimando o Direito*. No Brasil. A atividade interpretativa deve se dar dentro de um determinado contexto político-jurídico-principlológico, qual seja, o contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse pano de fundo paradigmático, não se pode admitir a interpretação solitária de uma autoridade supostamente sábia e justa, haja vista que o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma *processualidade dialógica constitucionalizada*⁴⁴⁵.

Assim, verifica-se que a democracia recém-inaugurada após a Carta de 1988 passa por um processo de lenta absorção pelas leis e até pela própria cultura⁴⁴⁶ jurídica do país. Somente após 27 anos da promulgação da Constituição vigente é que foi elaborado um novo Código processual, ambientado no regime democrático e que potencializa o fortalecimento do processo como instrumento da democracia. Durante todos os anos que medeiam o início da vigência da Constituição Federal até o fim da *vacatio legis*, do CPC/2015, os profissionais do direito e, principalmente, os jurisdicionados foram obrigados a conviver com um processo pensado em um ambiente ditatorial, tendo em vista que o CPC de 1973 foi estabelecido nos anos de chumbo,

⁴⁴³ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 161.

⁴⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 161.

⁴⁴⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. In. DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo: panorama mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2010, vol. 2, p. 137-158, p. 150.

⁴⁴⁶ Afirma sobre a interação entre cultura e direito Marco Félix Jobim: “[...] a cultura influi diretamente no Direito e, por conseguinte, também, no processo. É conveniente anotar desde já que o Direito e o processo também devem ser modificadores da cultura.

Diante de tais fatos, pode-se afirmar que o processo e o Direito devem se adaptar àquela determinada cultura na época ou na sociedade na qual se vive, assim como esta adaptar-se às inovações porventura trazidas por aqueles”. JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 48-49.

vigendo em pleno regime democrático. Este quadro precisava de uma mudança legislativa que impulsionasse o processo para o campo da democracia e do respeito aos direitos fundamentais.

Vários princípios que regem o processo encontram-se constituídos no núcleo das garantias fundamentais da Constituição Federal, como a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), o juiz natural (art. 5º, LIII), o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório, a ampla defesa (art. 5º, LV) e a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX). Além disso, a Constituição da República garante a fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade (art. 93, IX), e estabelece o direito ao cidadão de manejar várias ações constitucionais para garantir a tutela adequada à defesa de direitos fundamentais, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXXI), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o *habeas data* (art. 5º, LXXII) e a ação popular (art. 5º, LXXIII). Prevê, ainda, o Texto Constitucional, a gratuidade da justiça aos que não podem arcar com os custos do processo (art. 5º, LXXIV), bem como a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Todo esse conjunto normativo estabelecido na Carta da República, de cunho principiológico, demandou, no âmbito da doutrina processual, “novas preocupações e novas leituras, exigindo também uma nova mentalidade”⁴⁴⁷. Com o desenvolvimento dos estudos do processo, a partir da roupagem prevista na Constituição Federal de 1988, verificou-se a necessidade de substituir o CPC de 1973, por um novo Código. Este seria o primeiro Código de processo forjado em ambiente democrático, com a devida relevância dos valores democráticos permeados no processo, tornando-o paritário e colaborativo e, ainda, já seria formulado após mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, o que lhe traria um grau de maturidade ante a interpretação dos princípios constitucionais⁴⁴⁸. Nesse novo processo civil, Cândido Dinamarco explana de modo preciso o modelo adotado:

Um processo sincrético (sem um processo de execução por título judicial, separado do processo de conhecimento), fortemente comprometido com os princípios constitucionais, empenhado na universalização da tutela jurisdicional inclusive mediante a oferta de tutela coletiva e absorção de litigantes de pequeno poder econômico, com grandes aberturas para a cooperação entre o juiz e as partes e para o emprego dos meios alternativos de solução de conflitos, dispondo o juiz de significativos poderes em matéria de iniciativa instrutória e para a efetividade do processo, com tendência à aceleração da outorga da tutela mediante provisórias, sendo relativamente rígido e atenuadamente oral o procedimento e dispondo as partes de amplas possibilidades de acesso aos órgãos superiores da jurisdição mediante a interposição de recursos e propositura de ação rescisória (pluralidade dos graus de

⁴⁴⁷ OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 32.

⁴⁴⁸ OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

jurisdição) – eis os traços centrais responsáveis pela configuração do modelo atual do processo civil brasileiro⁴⁴⁹.

Assim, o CPC de 2015 estabeleceu que o processo se submete aos valores e princípios da Constituição Federal (art. 1º), e, ainda, determinou que o juiz na interpretação do ordenamento jurídico observe os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (art. 8º).

Essa abertura à utilização dos princípios insere o processo civil nos riscos do pós-positivismo, principalmente de uma prática jurídica decisionista e discricionária, na qual princípios são criados sem lastro normativo e utilizados em todos os casos levados ao Judiciário⁴⁵⁰.

Este quadro sobre a normatividade dos princípios, bem como o embate do paradigma positivista com o movimento do pós-positivismo e a aderência do processo civil ao contexto de submissão de seu conteúdo ao conjunto principiológico da Constituição Federal, faz emergir uma realidade em que a vontade do intérprete pode ser fundamentada sob qualquer aspecto, tendo em vista a textura aberta dos enunciados normativos. Sobre esse movimento, verificou-se no capítulo anterior à crise de racionalidade do direito no Brasil e sua relação com a decisão judicial.

No âmbito do processo pós Constituição de 1988 é necessário que o contraditório e a ampla defesa sejam efetivos. A necessidade do amplo debate entre os sujeitos processuais é um mecanismo para diminuir o autoritarismo do julgador. Tais princípios se acoplam e reforçam o perfil democrático que a tomada de decisão deve seguir no paradigma do pós-positivismo. A construção de sentido no processo não pode ser um ato solitário do Juiz⁴⁵¹, pois este deve compartilhar tal mister. A democracia, portanto, não se limita à realização da participação popular nas eleições. Vai além, faz parte dos processos discursivos que antecedem à tomada de decisão. Nesse sentido, é a seguinte lição:

[...] quando se compreende que a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria. Um conceito adequado de democracia deve envolver não somente decisão, mas também discussão. A inclusão da discussão no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é uma tentativa de institucionalizar o discurso

⁴⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, v.1, p. 300.

⁴⁵⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 283-284.

⁴⁵¹ Nesse sentido esclarece Dhenis Cruz Madeira: “No Direito Democrático, o Processo deixa de ser *instrumento* da jurisdição, passando, ao revés, a constituir condição *sine qua non* para a legitimidade da própria atividade jurisdicional. Afasta-se, de pronto, a figura da autoridade solipsista e inesclarecidamente sábia, sendo insustentável apontar o Judiciário como o único (ou último) guardião da Constituição”. MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. In. DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo: panorama mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2010, vol. 2, p. 137-158, p. 151.

tanto quanto possível como um instrumento para a produção de decisão públicas. Essa dimensão discursiva da democracia é exercida pela representação argumentativa, e é nela que se situam as bases da convivência política legítima⁴⁵².

Essa tônica de democratização da participação do autor, do réu no processo judicial fortalece o princípio do contraditório, da ampla defesa e alça as partes a um mesmo nível discursivo do Magistrado. Fala-se que o processo deve seguir um novo modelo. As premissas democráticas do processo moderno, que visam produzir sentidos no paradigma do pós-positivismo, indicam a necessidade de criação de normas mais adequadas a impor tal racionalidade no processo.

Assim, fala-se no modelo colaborativo do processo e no princípio da cooperação, que serão o objeto de estudo do próximo tópico.

3.5 Princípio da Cooperação: Remédio ou Veneno?

O Código de Processo Civil de 2015 não deixa dúvidas quanto à adoção de um modelo colaborativo de processo. Logo nas suas disposições fundamentais estabelece o princípio da cooperação entre todos os sujeitos processuais (art. 6º), de modo que é evidente a incorporação de tal princípio pela legislação processual.

É necessário esclarecer que há modelos de processo, ou seja, modos de pensar e estruturar o processo, em decorrência da interpretação da cláusula do devido processo legal. Para Fredie Didier existem os modelos dispositivo ou adversarial, inquisitivo e cooperativo. Quanto aos dois primeiros, pode-se especificar o seguinte:

Em suma, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo⁴⁵³.

Quanto ao modelo cooperativo ou colaborativo, Daniel Mitidiero traça as seguintes balizas: a) existência de uma reformulação da divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, de forma equilibrada e evitando-se preponderâncias, transformando o processo em uma

⁴⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, p. 515.

⁴⁵³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 156.

comunidade de trabalho⁴⁵⁴; b) a rejeição da jurisdição como centro do processo civil⁴⁵⁵ e a adoção do processo como tema central da teoria processual⁴⁵⁶; c) proveniente da superação histórica dos modelos de processo isonômico (adversarial ou dispositivo) e assimétrico (inquisitivo)⁴⁵⁷; d) estruturado em pressupostos culturais, que se dividem em d.1) social, no qual o Estado passa a assumir um papel positivo para cumprir seus deveres constitucionais⁴⁵⁸; d.2) lógico, com o reconhecimento do caráter problemático do direito e com a reabilitação da função argumentativa, com a passagem da lógica apodítica para a dialética⁴⁵⁹; e d.3) ético, orientado, tanto quanto possível, para a verdade, exigindo-se dos participantes o respeito ao princípio da boa-fé objetiva⁴⁶⁰; e) por fim, uma nova dimensão do papel do Juiz no processo, devendo ser isonômico na condução do processo, paritário no diálogo e assimétrico quando profere a decisão⁴⁶¹. Além disso, pontua-se também, que os elementos dos modelos dispositivo e inquisitivo permanecem ainda em certos institutos processuais, de modo que é correto falar em uma predominância do modelo cooperativo⁴⁶².

Essa nova divisão de trabalho proposta pelo princípio da cooperação, tem origem no direito alemão (*Arbeitsgemeinschaft*)⁴⁶³, e, no Brasil, o primeiro autor a usar a expressão “comunidade de trabalho”, relacionando-a com estudos do direito germânico, foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

A natureza do processo apresenta-se, nesse contexto, não mais como uma luta das partes sob os olhos do tribunal, mas como ‘*uma comunidade de trabalho*’ entre o tribunal e as partes, com o fito de possibilitar ao juiz a decisão justa e verdadeira, restabelecer a paz jurídica entre as partes e assim defender os interesses maiores da sociedade⁴⁶⁴.

⁴⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 50.

⁴⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 43.

⁴⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 44-45.

⁴⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 53-54.

⁴⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 68-69.

⁴⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 44-45.

⁴⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 95.

⁴⁶¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 64-65.

⁴⁶² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 157.

⁴⁶³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 65.

⁴⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

Desse modo, há necessidade de entender como a cooperação interfere na comunidade de trabalho do processo. Quais as possibilidades para a atuação dos sujeitos processuais a cooperação sugere? No direito alemão, Reinhard Greger explica que a cooperação tem um conteúdo mais claro para a atividade do Juiz, que deverá provocar as partes para esclarecerem ou melhorarem o entendimento de seus argumentos, ou ainda determinarem a apresentação de documentos referidos pelas próprias partes, bem como a apresentação e avaliação pela ótica das partes ou de seus especialistas, quando não seja verificado conhecimento aplicável para um determinado caso⁴⁶⁵. Já para as partes, a cooperação, como princípio, não tem conteúdo de fácil entendimento, pois “[...], trata-se menos de um dever de cooperação (*Kooperationspflicht*) do que um ônus de cooperação (*Kooperationslat*), que, até certo ponto, toca as partes, como reflexo da tarefa judicial de gerenciamento do processo”⁴⁶⁶.

Critica-se a ideia de que a cooperação, como fruto do ambiente democrático, de ampla participação e debate de teses, para a convergência de uma solução final e consensual, seja adequada para o processo. Como adverte Greger é “equivocado relacionar a ideia de cooperação no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem do juiz como terapeuta social”⁴⁶⁷. No Brasil, Alexandre Câmara aponta com precisão:

Seria evidentemente uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos, e seria absurdo acreditar que o demandante vai ajudar o demandado a obter um resultado que lhe interesse (ou vice-versa)⁴⁶⁸.

As partes têm seus interesses, suas pretensões, enxergam o processo como meio para alcançar uma vitória sobre o adversário. Como diria Carnelutti, o elemento essencial da lide é o desacordo, é o conflito de interesses⁴⁶⁹. Desse modo, é preciso investigar se o princípio da cooperação pode determinar que as partes devam cooperar.

Assim, considerando a concepção de ônus e dever processual já estudada e, imbricando-a com o princípio da cooperação, é necessário fazer um raciocínio reflexivo. Se a parte não alega uma tese na sua postulação, por uma questão estratégica, por exemplo, contrariará seu próprio interesse, de modo que o ordenamento jurídico não lhe imputará uma sanção. Tratar-se-ia de um ônus de cooperação. A sentença que necessita ser fundamentada,

⁴⁶⁵ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, ano 37, abr./2012, p. 123-134, p. 127.

⁴⁶⁶ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, ano 37, abr./2012, p. 123-134, p. 128.

⁴⁶⁷ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, ano 37, abr./2012, p. 123-134, p. 125.

⁴⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. As normas fundamentais do processo civil brasileiro. In. CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval. (Org.). **Os juízes e o novo cpc**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 27.

⁴⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Leme: Edijur, 2018, p. 26.

por outro lado, representa um dever, pois a atividade do Juiz é realizada em interesse alheio, e, caso não se cumpra o dever, será declarada a nulidade. Assim, para o Juiz haveria deveres de cooperação e para as partes ônus de cooperação.

De forma contrária, entende Didier Jr. que existem tanto deveres típicos, previstos em lei, como atípicos, que podem ser depreendidos da interpretação do ordenamento jurídico. Com relação aos deveres típicos, leciona que as partes têm os seguintes deveres: a) dever de esclarecimento, pois as demandas devem ser elaboradas com clareza e coerência, sob pena de inépcia; b) dever de lealdade, haja vista as penalidades previstas para a litigância de má-fé (art. 79-81, CPC) e o respeito ao princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC); c) dever de proteção, pois a parte não pode causar danos à outra parte (art. 77, VI, CPC), e, ainda, a previsão da responsabilidade objetiva, quando a execução é injusta (arts. 520, I, e 776, CPC)⁴⁷⁰.

Em que pese a enumeração de tais hipóteses, vislumbra-se que tais deveres não emanam propriamente da cooperação. Esta, conforme diferenças entre ônus e dever acima expostas, está mais voltada para a atividade do Juiz. Filia-se, assim, ao entendimento de Daniel Mitidiero:

O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes-como parece sugerir o art. 6.º do CPC/2015. Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si⁴⁷¹.

Por outro lado, o princípio da cooperação, se mal interpretado, pode se tornar um instrumento de vilipêndio das garantias dos sujeitos processuais, dotando o Poder Judiciário de mais um instrumento argumentativo para reforçar o ativismo desmedido e a interpretação do direito sem racionalidade. Desse modo, adverte a doutrina:

Escudado na cooperação, terá o juiz condições de atuar solapando (ou relativizando) a ampla defesa das partes (CF-88, artigo 5º, LV), em interferência na liberdade que possuem, elas e seus advogados, para elegerem as linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor atenda aos seus interesses⁴⁷².

O espaço democrático, que deve permear o processo não pode ser um instrumento para conferir maiores poderes aos juízes, além daqueles inerentes à jurisdição. A aplicação do

⁴⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1, p. 163.

⁴⁷¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 70-71.

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 20 jan. 2022, p. 3.

princípio da cooperação, para obrigar que as partes colaborem, mesmo que contra a vontade delas, não pode ser uma interpretação razoável, no ambiente democrático que se pretende conferir ao processo. Isto seria uma “[...] maquiagem para um neoprotagonismo”⁴⁷³, do papel do Poder Judiciário.

A cooperação deve ser do Juiz para com as partes. Nesse sentido, o Juiz terá deveres de esclarecimento, consulta ou diálogo, prevenção e auxílio, para com as partes durante toda a tramitação processual⁴⁷⁴, sendo que fora dessas hipóteses, o princípio da cooperação pode ser deturpado para aumentar o problema da interpretação do direito processual podendo “[...] incrementar práticas processuais ativistas”⁴⁷⁵. Nessa linha, cabe frisar que a sanção pelo ato ilícito de descumprimento de um dever deve estar prevista em lei, em respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88). Com base no princípio da cooperação, o Juiz teria um instrumento para estabelecer sanções não previstas em lei, para supostos descumprimentos de deveres de cooperação das partes.

Assim, conclui-se que o princípio da cooperação, aqui considerado como norma na concepção pós-positivista, tal como está posto no texto do CPC (art. 6º), pode induzir a um protagonismo ativista do Juiz. Desse modo, o princípio, como é usual na prática jurídica, passaria de uma garantia das partes de poderem fortalecer seu poder de influência perante o órgão julgador, tendo em vista o constante diálogo que deve permear a marcha processual, para um instrumento de arbítrio, impondo às partes deveres contraditórios aos seus interesses no processo. De instrumento de participação, de debate, passaria a um meio de opressão e exclusão de garantias.

3.6 Conclusões do Capítulo

Neste capítulo foram abordados contornos temáticos referente à decisão judicial propriamente dita. Se no Capítulo anterior foram analisados os fatores que induzem a uma crise de racionalidade do direito, no País, neste foram estabelecidos aspetos teóricos da fundamentação da decisão judicial.

⁴⁷³ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 20 jan. 2022, p. 4.

⁴⁷⁴ MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 179.

⁴⁷⁵ DELFINO, Lúcio. **Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>>. Acesso em: 25 jan. 2022, p. 2.

Assim, após ser esclarecida a diferença entre motivar e fundamentar, bem como a total insuficiência da referida distinção no plano da dogmática jurídica, partiu-se para a análise e diferenciação entre ônus e deveres de fundamentação.

Para tanto, foi utilizada a teoria de Carnelutti, de ampla aceitação na dogmática jurídica nacional, sobre a diferenciação entre ônus e dever. Sendo, nesta senda, o dever ligado a interesses alheios, seu descumprimento acarreta a imposição de uma sanção. Já o ônus, relacionado ao interesse próprio, não importa em imposição de penalidade. Aquele é um ato ilícito e deve ser rechaçado, enquanto este é um comportamento que se não for realizado conforme solicitado pelo direito, poderá seu agente devedor vir a sofrer uma situação de desvantagem.

Tal noção é aplicada e analisada sob a perspectiva da fundamentação da decisão judicial e, também, das postulações das partes de um processo. Verificou-se que o Juiz é sempre devedor da fundamentação, tendo em vista que está é ínsita à atividade jurisdicional. Mas para as partes há diferenciações. A postulação do autor tem imposições legais para a produção dos efeitos pretendido e ônus, enquanto a do réu somente ônus. O autor tem que expor a causa de pedir que embasa o pedido, para que sua petição inicial possa produzir os efeitos pretendidos, podendo, no caso, ser indeferida a petição inicial, caso não supra a atipicidade formal. Mas, uma vez exposta a causa de pedir, a qualidade de tal postulação é classificada como ônus, pois a melhor ou pior postulação somente prejudicará o próprio interesse do autor. Por outro lado, o réu terá ônus de argumentação em sua postulação, pois sempre agirá em interesse próprio.

Na sequência, foi estudado o dever de fundamentação da decisão judicial no ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se de uma análise de sua evolução histórica, desde a previsão de motivação das Ordenações Filipinas, passando pelo Código Comercial, Códigos Processuais Estaduais, Código de Processo Civil de 1939, Código de Processo Civil de 1973, Constituição Federal de 1988 até o Código de Processo Civil de 2015. Tal análise verificou que a fundamentação da decisão era pouco densificada pela legislação vigente, o que tornava dúbia a interpretação pela jurisprudência da época. Ressalte-se que o disciplinamento pormenorizado do tema era feito pela doutrina que já a alçava como um dever constitucional, decorrente do modelo de Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1988 representou, no entanto, o grande marco do instituto no Brasil. A previsão do dever de fundamentação no texto da Constituição (art. 93, IX), consagrou-a como um direito fundamental e, também, como uma cláusula pétrea.

A previsão constitucional, contudo, não encerra o problema de fixar quais os parâmetros para se considerar uma decisão como fundamentada. Assim, verificou-se que a

doutrina, a partir dos anos 70 do Século passado, desenvolveu a temática procurando estabelecer critérios e padrões de argumentação da decisão ou um conteúdo mínimo, sem o qual a decisão não pode ser considerada como fundamentada.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 foi inaugurado um novo capítulo quanto ao tema da fundamentação da decisão judicial, vez que tal diploma normativo estabeleceu hipóteses típicas em que se considera não fundamentada uma decisão judicial, nos moldes do art. 489, §1º. Além destas hipóteses, há outras consideradas atípicas previstas no próprio CPC ou em outros diplomas normativos.

É importante destacar que o CPC/2015 trouxe um roteiro normativo para o julgador e, principalmente, para as partes, em fiscalizar o conteúdo decisório, de modo a classificá-lo como fundamentado ou não. Há, assim, um maior fechamento semântico quanto ao termo fundamentação explicitado pela norma, proporcionando maior efetividade no controle da atividade jurisdicional.

Já a Lei nº 13.655/2018 acrescentou alguns dispositivos à LINDB, inserindo no teor desta um novo dever de fundamentação para o Juiz. Trata-se da análise das consequências práticas da decisão, sempre que o julgador tomar uma posição com base em valores jurídicos abstratos. Esse dever consiste em mais uma etapa de fundamentação que deve ser satisfeita pelo Juiz no exercício da jurisdição, sempre que a norma jurídica paradigma da sentença for dotada de vagueza e indeterminação.

Além desses aspectos da fundamentação da decisão judicial foi estudado alguns contornos do novo modelo de processo adotado pelo CPC/2015, denominado modelo colaborativo de processo. Tal modelo, teria a função de estabelecer que o processo não é mais o espaço solipsista de um, mas uma divisão comunitária de trabalho.

Assim, decorre deste modelo novos deveres para o Juiz e para as partes. Tal aspecto revela-se polêmico no direito brasileiro, pois aliado às razões expostas no capítulo antecedente, a colaboração pode ser o fio condutor para o estabelecimento de novas facetas de arbítrio judicial. Justamente o que os valores democráticos permeados no novo modelo processual devem combater.

A decisão judicial, fruto da participação das partes, do debate, da efetivação do contraditório e da ampla defesa não pode se tornar em um espaço opressor de direitos, com a imposição de penalidades sem previsão na lei, sob o manto do cumprimento do conteúdo do princípio da cooperação ou do modelo colaborativo do processo.

4 O IMPACTO DA LEI Nº 13.655/2018 NA FUNDAMENTAÇÃO DAS POSTULAÇÕES CONTRA O PODER PÚBLICO

4.1 Introdução

Foi verificado nos capítulos antecedentes que a decisão judicial é um ato que deve ser fundamentado. Neste trabalho restou demonstrado que apesar da existência do dever constitucional de fundamentação, a crise paradigmática do direito no Brasil implica na possibilidade de adoção de teorias e métodos nem sempre correspondentes com suas próprias matrizes teóricas. A importação de ideias estrangeiras mostra-se muitas vezes parcial ou fragmentada⁴⁷⁶, quando em outras ocasiões, mistura-se teorias inconciliáveis⁴⁷⁷, proporcionando uma confusão na formação do jurista, o que poderá reverberar em petições, pareceres e decisões irracionais do ponto de vista metodológico. Nesse cenário, uma decisão pode vir a negar a vigência de uma Lei simplesmente com a invocação de princípios constitucionais, mas sem especificar a mecânica da aplicação dos aludidos princípios, ou melhor, sem explicar por que eles incidem e se eles podem afastar a eficácia de uma Lei. É possível, ainda, vislumbrar dos juristas que seguem o pós-positivismo, na linha em que se admite a moral como fator de correção das normas e a normatividade dos princípios, que em suas manifestações, não fundamentam com o rigor metodológico dos autores que estão no marco teórico do pós-positivismo, apenas, quando muito, citando trechos de suas obras⁴⁷⁸. Essa amplitude de soluções que o critério moral e os princípios proporcionam, pode vir a gerar decisões voluntaristas⁴⁷⁹ em que a intenção do julgador é mais importante que a conclusão que

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

⁴⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003. Disponível em: < <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003->>. Acesso em: 20 Mar. 2022, p. 625.

⁴⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, **Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição do *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**, In. O Direito (Lisboa), v. 143, p. 43-66, 2011. p. 45.

⁴⁷⁹ Relata Lenio Streck que no julgamento do AgReg em ERESP nº 279.889-AL, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Humberto Gomes de Barros manifesta sua posição voluntarista: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma

uma fundamentação rigorosa das normas e do pensamento doutrinário e jurisprudencial estabeleceria.

Assim, evidenciou-se que algumas reações legislativas reforçam a necessidade de conter a falta de critério na fundamentação da decisão. O CPC de 2015 representa um salto importante, conforme dispositivos que determinam o conteúdo semântico do que seja uma decisão não fundamentada e, ao mesmo tempo, do que seja uma decisão fundamentada (art. 489, §1º). Além disso, verifica-se que a Lei nº 13.655/2018, que acrescentou alguns dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, estabeleceu um desdobramento do dever de fundamentação para o Juiz. Passa o julgador a explicitar as consequências práticas da decisão, desde que utilize em sua fundamentação valores jurídicos abstratos, como é comum no paradigma pós-positivista.

Apesar de não ser possível cravar que a Lei nº 13.655/2018 tenha estabelecido uma obrigação de justificação consequencialista⁴⁸⁰ da decisão, é preciso investigar o que seja o consequencialismo e as teorias adjacentes, tendo em vista que muitos juristas entendem que o art. 20, da LINDB consagra a análise consequencialista⁴⁸¹. Além disso, deve-se verificar como a adoção do consequencialismo reflete nas postulações das partes, especificamente nas postulações que envolvem o Poder Público.

4.2 Pragmatismo, Consequencialismo, Análise Econômica do Direito e Decisão Judicial

Neste tópico, faz-se necessário especificar alguns conceitos de modo a proporcionar a construção de um raciocínio que pretende conduzir, ao final, a uma conclusão dogmática. Assim, inicia-se o ponto com a conceituação e contextualização do que seja pragmatismo,

imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. Vide: STRECK, Lenio. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁴⁸⁰ Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira o art. 20 da Lindb impõe a adoção de um postulado hermenêutico do pragmatismo em uma regra de densificação da fundamentação da decisão judicial. Vide: DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2, p. 397. Em uma posição intermediária, encontra-se Edilson Pereira Nobre Júnior: “Isso, todavia, não vai ao ponto de se impor uma prevalência do paradigma consequencialista sobre a legalidade, mas sim se objetiva que, de alguma forma, sejam ponderados os efeitos reais das decisões pela autoridade competente quando se encontrar diante da necessidade de concretizar a norma jurídica”. Vide: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 55.

⁴⁸¹ Assim se manifesta Adilson Abreu Dallari, Vide: DALLARI, **Consequencialismo no âmbito do direito administrativo**, p. 134; Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas: “O art. 20 que ora se comenta, ao conferir um raciocínio decisório consequencialista às decisões principiológicas, [...]”. Vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 37.

consequencialismo e análise econômica do direito, com o objetivo de relacioná-los com a decisão judicial. Tal opção metodológica visa cumprir a pretensão deste trabalho de aliar argumentos e estudos científicos com o conhecimento voltado para a prática⁴⁸², para a realidade que enfrenta um dos grandes problemas da decisão judicial, qual seja a racionalidade dos seus fundamentos.

Quando se fala em pragmatismo é preciso distinguir em que sentido o tema está sendo tratado. Isto porque o pragmatismo pode ser considerado como um elemento da comunicação humana, estudado ao lado da sintática e da semântica⁴⁸³, ou uma “específica forma de estudo da linguagem”⁴⁸⁴, pelos estudiosos da semiótica, bem como pode ser entendido como um movimento filosófico⁴⁸⁵. No primeiro sentido, a pragmática ou o sentido pragmático está ligado ao efeito da comunicação e sua aceitação proporcionando a existência de determinados comportamentos. Nessa linha, explicam Watzlawick, Beavin e Jackson que “[...], todo o comportamento, não só a fala, é comunicação; e toda a comunicação – mesmo as pistas comunicacionais num contexto impessoal – afeta o comportamento”⁴⁸⁶.

Não se pode perder de vista que o direito tem uma linguagem⁴⁸⁷. Gabriel Ivo, nesse ponto explana o seguinte:

O Direito, para cumprir a sua finalidade, que é alterar a conduta humana visando a solucionar conflitos, tornar a vida, dentro do possível, previsível, diminuir o azar, necessita estabelecer uma comunicação. Sem comunicação não há Direito. A comunicação, por sua vez, impõe uma linguagem⁴⁸⁸.

É necessário que seus utentes possuam as habilidades para expressar e compreender, tanto no processo de construção das normas jurídicas, como no processo de interpretação e de aplicação, quais comportamentos e regras de conduta são desejáveis em uma determinada

⁴⁸² Nesse sentido é a lição de Boaventura de Sousa Santos: “[...], a ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas. A mais importante de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas acções e damos sentido à nossa vida”. [...] “A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 88-89.

⁴⁸³ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don. D. **Pragmática da comunicação humana**. São Paulo: Cultrix, 1967, p. 18.

⁴⁸⁴ LUZES, Cristiano. **Legalidade e fraude à lei**. São Paulo: Noeses, 2021, p. 18.

⁴⁸⁵ EISEMBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Novos estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-108, mar. 2002.

⁴⁸⁶ WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don. D. **Pragmática da comunicação humana**. São Paulo: Cultrix, 1967, p. 19.

⁴⁸⁷ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 55.

⁴⁸⁸ IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). CARVALHO, Aurora Tomazini de. (org.). **Constructivismo lógico-semântico**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020, v. 1, p. 72-73.

comunidade. Na lição de Paulo de Barros Carvalho⁴⁸⁹, o direito positivo disciplina os comportamentos intersubjetivos por meio de três operadores deônticos (obrigatório, permitido e proibido) direcionando as condutas para os valores que a sociedade aspira.

Desse modo, por meio da linguagem jurídica o direito se expressa produzindo normas que tendem a estabelecer determinados padrões sociais de comportamento, regulando as condutas intersubjetivas, de modo a minorar os conflitos entre as pessoas. Além das regras de conduta que regulamentam as relações intersubjetivas, há outras normas produzidas pelos órgãos estatais competentes estabelecidas para a produção de normas⁴⁹⁰. Em síntese, o direito cria normas para regular as condutas dos membros da sociedade e cria normas para regular a criação de normas.

Nesse aspecto, as normas jurídicas, com sua linguagem prescritiva, estabelecem uma nova realidade⁴⁹¹. Esta nova dimensão, existe toda vez que se identifica que certos fatos têm o potencial de gerar desequilíbrios entre as pessoas, necessitando que o direito sobre ele edite norma para prescrever a conduta desejável⁴⁹². Assim, o direito conforma, por meio de sua linguagem prescritiva, como os fatos que ingressam no mundo jurídico devem ser tratados, proporcionando que certos efeitos tenham preponderância no seio social.

A pragmática, portanto, como meio de estudo da linguagem jurídica pretende comunicar quais efeitos, condutas, comportamentos ou interações devem prevalecer entre os interlocutores⁴⁹³.

Sob outro viés, há o pragmatismo filosófico que não se prende ao estudo puramente linguístico e que fez surgir a análise consequencialista. Destacam-se, inicialmente, os estudos de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey. Para Peirce, considerado o fundador da doutrina, é necessário entender que o que move as pessoas são as suas crenças, ou seja, os hábitos da mente. Assim, entender a mente significa compreender os seus hábitos que se

⁴⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Interpretação e linguagem – Concessão e delegação de serviço público. In: **Revista trimestral de direito público**, n. 10, p. 81.

⁴⁹⁰ IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). CARVALHO, Aurora Tomazini de. (org.). **Constructivismo lógico-semântico**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020, v. 1, p. 71.

⁴⁹¹ IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). CARVALHO, Aurora Tomazini de. (org.). **Constructivismo lógico-semântico**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020, v. 1, p. 72.

⁴⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1, p. 45.

⁴⁹³ De acordo com Cristiano Luzes: “[...], tem-se na pragmática uma esfera de estudos que investiga a linguagem enquanto ação discursiva, em contextos determinados de interação e que tem pressupostos nas regras de competência, assim compreendidas as condições não referenciais de reconhecimento e confirmação do enunciado pelos interlocutores”. LUZES, Cristiano. **Legalidade e fraude à lei**. São Paulo: Noeses, 2021, p. 25.

transformam em ação humana, sob influência de um ambiente sócio-cultural⁴⁹⁴. Em outras palavras, o conhecimento é formado na mente de cada indivíduo, conforme o contexto social e cultural no qual ele está inserido.

Nos anos 20 do Século XX, autores como Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound e Benjamim Cardozo, formaram a denominada escola do realismo jurídico, propugnando que o conceito de direito é instrumental, vinculado às necessidades humanas. O Juiz passa a ter o papel de criar o direito, não possuindo atividade meramente contemplativa⁴⁹⁵. Contudo, o realismo jurídico perdeu força após a 2ª Guerra Mundial e, somente na década de 60, no Século passado, houve o ressurgimento do pragmatismo, com os escritos de Richard Rorty. Posteriormente, nos anos 80, surge a escola neopragmatista do direito, com base nos estudos de Richard Posner e Thomas Grey⁴⁹⁶.

O pragmatismo tem como uma de suas premissas o antiessencialismo. Conforme Richard Rorty, as coisas no mundo não possuem uma essência a ser descoberta, na linha da metafísica grega-clássica. Deve-se observar a relação dos objetos com outros, conforme os enunciados linguísticos que os descrevem, de modo que “é mais útil buscar no vocabulário da prática e da ação, que no da teoria e da contemplação alguma informação sobre o significado das coisas do mundo”⁴⁹⁷.

Há também a preocupação de avaliar as coisas pelo viés de suas consequências. As crenças, para Rorty, devem ser capazes de resolver os problemas da realidade, e aquelas serão verdadeiras ou falsas, conforme resolvam bem ou mal tais problemas. Desse modo, a verdade não representa a realidade, apenas teriam definições mais úteis para um determinado momento histórico⁴⁹⁸. A verdade está mais ligada à justificação, ao consenso verificado em um ambiente linguístico. Precisa, nesse ponto, é a seguinte lição:

[...], a diferença verdade-aparência é nada mais que a diferença entre o grau de consenso alcançado pelas descrições efetuadas num ambiente linguístico intersubjetivo, bem como todo argumento busca justificação em um contexto específico de necessidades. Nesta linha de raciocínio, substitui-se, a noção de verdade

⁴⁹⁴ EISEMBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, direito e política**. Novos estudos CEBRAP, v. 62, p. 107-108, mar. 2002., p. 107-108.

⁴⁹⁵ EISEMBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, direito e política**. Novos estudos CEBRAP, v. 62, p. 107-108, mar. 2002, p. 108-109.

⁴⁹⁶ EISEMBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, direito e política**. Novos estudos CEBRAP, v. 62, p. 107-108, mar. 2002, p. 109.

⁴⁹⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Estudos sobre o pragmatismo jurídico**. Andraddina: Meraki, 2020, ebook kindle, p. 12.

⁴⁹⁸ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Estudos sobre o pragmatismo jurídico**. Andraddina: Meraki, 2020, ebook kindle, p. 14-15.

pela de justificação, deixando de lado a visão de que o homem possui, ou pode possuir, um acesso privilegiado a algo que se denomina de ‘realidade’⁴⁹⁹.

Na visão de Richard Posner, há um núcleo comum para identificar o pragmatismo. Desse modo, o primeiro elemento consiste na fragilidade das definições metafísicas (realidade, verdade, natureza etc) que não geram certeza sobre os conceitos nos campos da epistemologia, ética ou política. Outro elemento é que as proposições devem ser testadas examinando-se as suas consequências. Ainda, um terceiro elemento, consiste na avaliação das atividades científica, ética, legal ou política em sintonia com as necessidades sociais e humanas, afastando-se de critérios objetivos e impessoais⁵⁰⁰.

Verifica-se, assim, que o consequencialismo ou instrumentalismo constitui um dos elementos que distingue a visão pragmática. Nesse ponto, é importante ressaltar que uma análise adequada de uma determinada questão pelo pragmatismo deve ser encarada com a conjugação do núcleo comum sistematizado por Posner. Assim, ao lado de descartar verdades universais, o pragmatismo busca verificar as consequências e se estas atendem às necessidades humanas e sociais. Esse consequencialismo, portanto, apresenta um tensionamento entre a inovação e a conformação. Toda vez que as decisões anteriores se mostrarem inadequadas de acordo com o contexto social, será necessária a inovação. Por outro lado, quando a decisão vislumbrar que uma modificação pode acarretar resultados inferiores ao padrão decisório já existente, emergirá a conformação⁵⁰¹.

É preciso observar que a análise das consequências, elemento do pragmatismo, difere da identificação das consequências, quando se analisa a estrutura de uma norma jurídica. Verifica-se que está é composta de uma hipótese e uma consequência. Assim, a “[...] hipótese descreve um fato de possível ocorrência [...]. Depois, liga uma consequência que ordinariamente tem como referente a conduta humana. A consequência é prescritiva: proíbe, permite, obriga, faculta – o que só é possível sobre a conduta”⁵⁰². Na percepção de Marcos Bernardes de Mello, há uma conformação da atividade do ser humano com diversos processos de adaptação social, como o direito, a economia, a religião, a moral, etc, de modo que cada um

CATÃO, Adualdo de Lima. **Estudos sobre o pragmatismo jurídico**. Andraddina: Meraki, 2020, ebook kindle, p. 28.

⁵⁰⁰ POSNER, Richard. What has pragmatism to offer law?. **Southern California Law Review**, v. 1653, p. 1653-1670, 1990. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles>. Acesso em: 01 dez. 2021, p. 1660.

⁵⁰¹ CRESPO DE ALMEIDA, Leonardo Monteiro; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar – Revista de ciências jurídicas**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, mai./ago. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3440>>. Acesso em: 01 dez. 2021, p. 414.

⁵⁰² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 18.

desses sistemas emite valores, concepções e sentimentos que modelam a própria personalidade do ser humano⁵⁰³.

A sociedade, portanto, ao estipular os sistemas de controle ou adaptação social, está prevendo consequências a certos fatos, de modo a preservar os valores e a cultura de uma determinada comunidade. O direito, assim, regula as condutas do ser humano para evitar desequilíbrios ou tensões sociais, atribuindo-lhe consequências jurídicas.

As consequências que advêm dos fatos é tema natural, portanto, ao direito e à filosofia. Considerando a seara jurídica, é necessário verificar sua interação na fundamentação da decisão judicial. O consequencialismo, como visto, não tem um sentido único. Pode ser entendido como um tipo de argumentação jurídica⁵⁰⁴, a ser utilizada ao lado da equidade, da justiça, da seguridade, da segurança etc. Contudo, o sentido mais utilizado está relacionado com a análise dos impactos da decisão judicial na realidade social. Pertinente o seguinte posicionamento:

Na sociedade complexa e de risco em que a humanidade está imersa, o juiz não pode perder de vista qual será o impacto de sua decisão na vida real. Faz parte da concepção de *Estado Ponderador*, ou seja, a Administração Pública atenta aos limites materiais impostos por uma economia vulnerável, não pode abdicar da tarefa inicial ao processo de julgamento: a elaboração de um cálculo do custo-benefício de qualquer atuação. Essa cogitação é ausente na maior parte dos processos⁵⁰⁵.

Ainda sobre o conceito de consequencialismo, é pertinente a distinção entre consequencialismo amplo e estrito. Neste, as consequências, isoladamente, devem pautar o julgamento de uma ação. Naquele, há uma verificação não exclusiva das consequências provenientes de uma ação, podendo-se sindicá-las se esta é boa ou ruim, válida ou inválida, justa ou injusta, variando de acordo com os resultados produzidos⁵⁰⁶.

Tais noções revelam que o consequencialismo preocupa-se com o impacto da decisão judicial na sociedade, devendo o julgador equacionar e buscar lapidar a decisão de modo que esta não esteja destacada da realidade em que se irá inserir. Assim, o consequencialismo do ponto de vista jurídico pode ser entendido como “qualquer atitude que condicione explícita ou

⁵⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1, p. 39-40.

⁵⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 24, Instituto Brasileiro de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2010, p. 440.

⁵⁰⁵ NALINI, José Renato. Consequencialismo: urgente, nefasto ou modismo? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato. (Coord.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 134.

⁵⁰⁶ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015, Constitucionalização dos direitos no Brasil. Disponível em: < <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/0>>. Acesso em: 14 dez. 2021, p. 5.

implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”⁵⁰⁷.

Em todos os conceitos acima revelados destaca-se que há uma necessidade ou preocupação que, no processo decisório, o órgão julgador se atenha a olhar para além da moldura do processo e visualizar a realidade em que a decisão irá se inserir. Adotando-se o consequencialismo como técnica decisória, deverá o Juiz examinar como a decisão a ser proferida irá impactar as partes litigantes, além do bem da vida, objeto do litígio, de modo que se verifique se o deferimento ou indeferimento do pedido pela decisão interfere em outras esferas e se tais reflexos podem ser equacionados pelo próprio Magistrado.

Deve-se buscar, no processo de decisão consequencialista, aparelhar o Juiz de condições materiais, para que este tenha o conhecimento adequado da situação fática a ser impactada pela sua atividade decisória, bem como das alternativas possíveis. Existem obstáculos estruturais no Poder Judiciário brasileiro, como escassez de pessoal qualificado, bancos de dados deficientes, assimetria entre os litigantes, agenda de trabalho excessiva, etc, que dificultam a cognoscibilidade do Magistrado. Mas, é necessário superar tais empecilhos, tendo em vista que se o Poder Judiciário se abstém de analisar as consequências das suas decisões, tal papel será exercido somente pelos Poderes Executivo e Legislativo⁵⁰⁸.

Nesse cenário, além da necessidade de maior rigor metodológico na interpretação dos princípios e das regras que integram o ordenamento jurídico brasileiro, com o aprofundamento e disseminação dos métodos de interpretação, para proporcionar uma fundamentação das decisões judiciais mais racionais, verifica-se a necessidade de estudar o tema da análise econômica do direito, como critério utilizado para análise das consequências da decisão judicial.

O tema foi aprofundado nos Estados Unidos, principalmente a partir dos estudos de Richard Posner, no âmbito da Universidade de Chicago, na década de 70 do Século passado⁵⁰⁹. O *Law and Economics* tem inspiração na filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, que “[...], concebia os indivíduos economicamente, isto é, como maximizadores racionais de seus

⁵⁰⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-384.

⁵⁰⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-384.

⁵⁰⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

próprios interesses ou utilidades⁵¹⁰”. Desse modo, o ser humano faz suas escolhas de acordo com o melhor proveito que possa retirar delas, aumentando seu grau de felicidade.

Aplicando tal teoria para o direito, a análise econômica vai se preocupar com “[...], a maximização da eficiência econômica das instituições sociais [...]”⁵¹¹ de modo que a atividade jurídica deve ter a preocupação com o incremento do nível de eficiência das repercussões sociais. Nesse ponto, advertem Cooter e Ulen: “[...], *la economía hace que las predicciones cargadas, los jueces y otros funcionarios requieran un método para evaluar los efectos de las leyes em los valores sociales importantes*”⁵¹². Desse modo, a economia serve como um critério para o direito poder identificar quais caminhos decisórios maximizem a eficiência, de modo a proporcionar melhores condições sociais e comunitárias.

Tais considerações revelam que a análise econômica do direito e a reflexão sobre o custo dos direitos devem entrar na equação da fundamentação da decisão judicial, como um critério para dotá-la de maior racionalidade, evitando abusos e julgados desconectados com a realidade social. O julgador não pode se encastelar em uma torre de marfim e não olhar para a sociedade em que sua decisão irá cumprir uma função. Deve, portanto, verificar as consequências de sua decisão, e, para tanto, deverá sindicá-las nos elementos do consequencialismo jurídico e, de igual modo, na análise econômica do direito, calibrando a futura decisão para sua melhor adaptação ao seio social.

É importante pontuar que o pragmatismo e a análise econômica do direito enfrentam forte resistência de Ronald Dworkin. Afirma o autor que o pragmatismo “[...], nega que as pessoas tenham quaisquer direitos;”⁵¹³, de modo que o julgador terá que verificar o que é melhor para a comunidade. Esse critério a ser utilizado pelo Magistrado nega a existência de direitos *a priori*, somente sendo reconhecidos se passar por um método que defina o que é melhor para a comunidade no futuro⁵¹⁴, sem se preocupar, inclusive, com a atuação de outras autoridades públicas⁵¹⁵.

⁵¹⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

⁵¹¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.

⁵¹² COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016, p.14.

⁵¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 186.

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 195.

⁵¹⁵ Nesse ponto, afirma Dworkin: “O pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 196.

Assim, é necessário que o julgador tenha ciência, inclusive, que o pragmatismo, o consequencialismo e a análise econômica do direito não são uníssonos como fórmula para a redução da discricionariedade. Ao contrário, podem representar mais uma porta para o aumento da discricionariedade judicial, de modo que não se pode enveredar por tal caminho sem ter clara a noção dos perigos que essas teorias representam.

No entanto, o pragmatismo, o consequencialismo e a análise econômica do direito ganharam relevância com esse debate e, principalmente, com a inserção das alterações empreendidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, pela Lei nº 13.655/2018.

4.3 As Alterações da Lei nº 13.655/2018 na LINDB e o Consequencialismo

Neste ponto, será objeto de estudo verificar se o disposto na Lei nº 13.655/2018 introduziu no ordenamento jurídico⁵¹⁶ brasileiro a adoção do consequencialismo e, caso seja positiva a hipótese, se há irradiação dos efeitos das alterações para todos os ramos do direito brasileiro.

A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) nasceu como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), Decreto-lei nº 4.657/1942, e, no Século passado, considerando o caráter de centralidade do direito civil do ordenamento jurídico, tinha como função regular a aplicação do direito, regulamentando a aplicação das leis, constituindo uma norma de sobredireito⁵¹⁷. A Lei nº 12.376/2010 modificou a denominação da LICC para LINDB, tendo em vista que seu objeto não se refere única e exclusivamente ao direito civil. Explica-se tal contexto, da seguinte forma:

Constituiu-se numa praxe, iniciada com a codificação dos franceses, a de que as disposições ou títulos preliminares ou introdução não só contivessem artigos relativos ao Direito Civil. Para tanto, contribuiu o caráter de direito comum que o Direito Civil ostenta e que deriva da sua precedência sobre os demais ramos jurídicos.

[...]

Por isso, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), contém dispositivos sobre a vigência e aplicação das normas com pertinência ao ordenamento como um todo, indistintamente, aos segmentos do Direito Privado como do Direito Público⁵¹⁸.

Assim, a LINDB se reveste de uma missão importante no ordenamento pátrio, regular a aplicação das leis. É assim, uma lei que dita quando inicia e termina a vigência de uma norma,

⁵¹⁶ Para Bobbio, “[...], as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações particulares entre si [...]”. “Esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

⁵¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 29.

⁵¹⁸ NOBRE JÚNIOR, **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro**, p. 28-29.

bem como onde incidem as leis nacionais e estrangeiras, a revogação das leis, presunção de conhecimento da lei, vedação ao *non liquet*, aplicação da lei de acordo com os fins sociais e o bem comum, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, ou seja, regula a aplicação da lei para diversos ramos do direito, não constituindo uma norma sobre a aplicação do direito civil, mas sim da Teoria Geral do Direito⁵¹⁹. A LINDB, portanto, não irá prescrever as relações interpessoais, mas sim os critérios para a coordenação do direito, uma norma sobre normas, “[...] constituindo um direito sobre direito⁵²⁰”.

É importante destacar que a Teoria Geral do Direito especifica as normas jurídicas em dois grupos: o primeiro, são as que disciplinam diretamente a conduta do ser humano. E, o segundo, são as que se preocupam com o próprio sistema normativo⁵²¹. O primeiro grupo constitui as normas primárias, ou normas de conduta, normas materiais ou normas de comportamento, e, o segundo grupo, constitui as normas secundárias, normas de estrutura ou, normas de organização⁵²². Para Bobbio, as normas de estrutura ou de competência “[...] não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos por meio dos quais emanam normas de condutas válidas⁵²³”.

Tal diferenciação entre normas de conduta e normas de estrutura tem grande relevância para o presente trabalho⁵²⁴. Isto porque a LINDB, por conter normas que tratam do processo de produção de outras normas, e, nessa parte, inserir-se na tipologia de norma de estrutura, possibilita ao aplicador do direito condições para compreender qual norma deve ser aplicada a um caso concreto e, de igual modo, como tal aplicação deve ocorrer. A decisão judicial, por

⁵¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 46.

⁵²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

⁵²¹ MÂNICA, Fernando Borges. **Normas de estrutura e normas de conduta**: fundamentos da dicotomia. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/normas_de_estrututra_e_de_comportamento.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2022, p. 2-3.

⁵²² MÂNICA, Fernando Borges. **Normas de estrutura e normas de conduta**: fundamentos da dicotomia. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/normas_de_estrututra_e_de_comportamento.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2022, p. 2-3.

⁵²³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022, p. 47.

⁵²⁴ É preciso enfatizar essa distinção entre normas de conduta e normas de estrutura não é unânime na doutrina, existindo quem entenda que tal diferenciação tem pouca funcionalidade. Tal entendimento não é adotado no presente trabalho, mas, em linhas gerais, pode ser sintetizado pelo seguinte texto: “[...] normas de estrutura acabam por regular também, determinados comportamentos. Um órgão, enquanto centro de imputação normativa, não pode por si só produzir normas. Mesmo quando destinatário expresso de uma competência, por hipótese, tributária, não pode exercitá-la senão pela intermediação dos seus titulares e agentes. Logo as normas de estrutura regulam também comportamentos dos titulares e agentes dos órgãos. O comportamento produtor de regras o é porque norma de conduta do órgão prescreve essa atuação, somente exercitável no âmbito de sua competência e portanto de comportamento. A diversificação (nunca autonomização) dessas normas diante das normas de conduta não é da essência das normas, mas decorre tão-somente da matéria regulada, i. é, da regulação direta ou indireta da conduta humana”. BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 376-377.

exemplo, compreendida como norma individual que resolve um conflito sobre a aplicação de normas jurídicas, deve seguir algumas etapas previstas em boa medida na própria LINDB⁵²⁵. Desse modo, as normas de estrutura previstas na LINDB terão como objeto regular o processo de produção, interpretação, aplicação e integração da norma jurídica.

Frise-se que após a inserção normativa promovida pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB, verificou-se uma certa dissonância na doutrina quanto à aplicabilidade de tais normas a todos os ramos do direito. Para alguns, tal novidade legislativa estaria atrelada apenas ao direito público, sem considerarem o aspecto de norma de estrutura que permeia a LINDB⁵²⁶. No entanto, apesar de que várias das regras previstas na Lei nº 13.655/2018 fazerem referência à Administração Pública, verifica-se que tal normatização pretende ter aplicação geral aos diversos ramos do direito. Nesse sentido é a observação de Carlos Ari Sunfeld:

[...] a função das novas normas seria regular as bases da criação e aplicação do Direito, mas agora segundo as necessidades surgidas das mudanças desses mais de 70 anos desde a LICC, em especial no campo público. Estava, então, descoberta a fórmula: era preciso publicizar ainda mais a Lei de Introdução, e com isso modernizá-la. A vantagem da fórmula é sua aderência a teses consolidadas na Ordem dos Publicistas. Uma dessas teses é a de que a simbólica Lei de Introdução nunca foi só do direito privado, mas do Direito em geral. Outra é que a evolução jurídica brasileira no futuro está dependendo de nossa capacidade de, em alguma medida, articular o direito público em sua integralidade, para superar problemas da dispersão ou insuficiência das leis dos ramos jurídicos, cada vez mais especializados⁵²⁷.

Contudo, deve-se ter em mente que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma norma de estrutura, que irradia seus efeitos para todos os ramos do direito⁵²⁸. Assim, a não aplicação de uma norma prevista na LINDB a todos os ramos do direito somente é possível se o conteúdo normativo de uma dada regra de estrutura não for compatível com um ou outro ramo do direito. Assim, por exemplo, uma disposição que estabelece qual a lei que rege o regime de bens das pessoas que se casam no estrangeiro (art. 7º, IV, da LINDB) só terá

⁵²⁵ A Profa. Maria Helena Diniz ressalta que no processo de aplicação do direito, o jurista deve seguir algumas operações técnicas: “1ª) construção de conceitos jurídicos e ordenação sistemática do direito pelo jurista; 2ª) determinação da existência da norma jurídica pelo órgão aplicador. [...]; 3ª) interpretação da norma pelo jurista e pelo órgão aplicador; 4ª) integração do direito pelo órgão julgante; 5ª) investigação corretiva do direito pelo órgão e pelo jurista; 6ª) determinação, pelo órgão, da norma ou das normas aplicáveis, por servirem de fundamento de validade à norma individual; 7ª) estabelecimento de uma relação entre a norma individual, criada pelo órgão para o caso *sub judice*, e outras do ordenamento que se sabe válidas”. DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30-31.

⁵²⁶ Vide CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 45; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 188; LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 47.

⁵²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma lei geral e inovadora para o direito público**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-le-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁵²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

utilidade para outras disposições pertinentes, notadamente ao direito de família e sucessões, não interessando ao direito financeiro ou ao direito eleitoral, por exemplo.

Assim, uma análise cuidadosa do texto da Lei nº 13.655/2018 revela que quatro dispositivos possuem abertura para aplicação a qualquer ramo do direito, sendo que outros dispositivos se referem a normas gerais de direito administrativo e, ainda, um grupo de normas específicas do direito administrativo, e, desse modo devem ser estudados⁵²⁹. Especificamente sobre o art. 20, da LINDB, que estabelece a obrigação de análise das consequências práticas da decisão para as instâncias decisórias e que insere o consequentialismo na fundamentação da decisão, é necessário entendê-lo como uma verdadeira norma de estrutura com aplicabilidade a todos os ramos do direito⁵³⁰.

Com tal interpretação, a Lei nº 13.655/2019 evita que as decisões estejam destacadas da realidade, ou em interpretações de princípios idealizadas, bem como em um discurso meramente retórico⁵³¹. Sendo a decisão judicial uma norma, individual e concreta, sua produção deve seguir o preceito estabelecido no art. 20, da LINDB, de modo que o Juiz tem o dever de fazer uma análise consequentialista da prescrição que irá estabelecer em sua decisão, permitindo-se já avaliar e corrigir eventuais excessos.

4.4 O Consequentialismo na Estrutura Normativa da Decisão Judicial

Para Kelsen, a norma deve ser entendida como um esquema de interpretação, pois impõe um sentido objetivo a um fato, de modo que, “[...] o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado da interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”⁵³². Portanto, a norma jurídica irá

⁵²⁹ ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 127.

⁵³⁰ Nesse sentido: “O primeiro grupo, referente às normas gerais para o Direito, cuida dos dispositivos que pretendem uma abrangência ampla, geral e irrestrita, irradiando como norte interpretativo, a exemplo das demais contidas na LINDB (antiga LICC), como os arts. 1º a 6º, para os demais ramos do Direito. Do ponto de vista topográfico, estão coerentemente situadas na LINDB, tida como norma de sobredireito ou de estrutura (a Norma das normas).

No primeiro grupo, entendemos pertinente agrupar os seguintes dispositivos: arts. 20, caput, 23, 29 e 30. Eles claramente têm potencial para se espriarem sobre os mais variados ramos do Direito, com aplicação geral”. ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 127.

⁵³¹ SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. In. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

⁵³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

interpretar um fato e dizer se este é permitido ou aceito pela sociedade, disciplinando qual deve ser a conduta devida, sob pena de imposição de uma sanção.

A norma jurídica tem uma estrutura lógica. É composta de uma proposição-antecedente, que descreve um possível evento e que implica uma proposição-tese, como consequente. Ambas as proposições, antecedente e consequente, são implicadas por um dever-ser neutro, de modo que se realizado determinado antecedente, então deve-ser o consequente⁵³³. O antecedente da norma prevê “[...] um fato que é de possível ocorrência, enquanto o consequente prescreve a relação jurídica que se vai instaurar, onde e quando acontecer o fato no suposto normativo”⁵³⁴.

A relação jurídica de uma norma está inserta no consequente e pode ser definida “[...] como o vínculo abstrato segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação”⁵³⁵. Assim, a relação jurídica é constituída por dois elementos, o subjetivo e o prestacional. O elemento subjetivo estabelece a relação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, sendo que aquele tem o direito subjetivo de exigir o cumprimento de certa obrigação de quem esteja no polo passivo. Já o elemento prestacional refere-se à conduta que é exigida, conforme os modais é obrigatório, é proibido ou é permitido⁵³⁶.

É importante mencionar que as normas jurídicas, conforme sua estrutura lógica, possuem uma classificação. Nesse ponto, a seguinte explanação:

- a) norma abstrata e geral: antecedente – descreve, mas como função prescritiva, uma situação de possível ocorrência – e o consequente – uma relação em que os sujeitos não são previamente determinados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitida ou proibida ou obrigada. [...]
- b) norma concreta e individual: antecedente – descreve, com função prescritiva, um fato (relato linguístico do evento) – e o consequente – estipula relação entre sujeitos determinados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitida ou proibida ou obrigada. [...]
- c) norma abstrata e individual: antecedente – descreve, com função prescritiva, um fato de possível ocorrência – e o consequente – estipula relação entre sujeitos determinados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitida ou proibida ou obrigada. [...]
- d) norma concreta e geral: antecedente – descreve, com função prescritiva, um fato (relato linguístico do evento) – e o consequente – estipula relação entre sujeitos

⁵³³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 138.

⁵³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 143.

⁵³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 141.

⁵³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 141

indeterminados, cuja conduta é modalizada sob a forma permitida ou proibida ou obrigada⁵³⁷.

Desse modo, sendo a decisão judicial um ato que descreve um fato ocorrido e estabelece uma relação entre sujeitos determinados, estabelecendo entre eles uma conduta sob a forma de obrigação, permissão ou proibição, não há dúvidas que a sentença é uma norma jurídica concreta e individual⁵³⁸.

Feitas tais considerações e assentado que a sentença, em regra, é uma norma jurídica concreta e individual, deve-se investigar onde se insere o consequentialismo na estrutura normativa da decisão judicial.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que os juízes têm o dever de fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade (art. 93, IX). Desse modo, a Carta Política estabelece uma obrigação para o Juiz, se há decisão, então esta deve ser fundamentada e, se a decisão não for fundamentada, esta será nula.

Tal dever de fundamentação, contudo, não é livre para o Magistrado. Tem o julgador que fundamentar cumprindo outros deveres previstos na legislação processual (art. 489, §1º, I a VI, do CPC), sob pena de a decisão não ser considerada fundamentada. Tais regras revelam uma preocupação em impor ao Juiz deveres explícitos de fundamentação, especialmente com o intuito de combater a aplicação de princípios, valores e conceitos jurídicos indeterminados de modo vago e impreciso, privilegiando a racionalidade e combatendo o arbítrio⁵³⁹.

A reação legislativa estabelecida pela Lei nº 13.655/2018 impôs a utilização de critérios que parte da análise das consequências para estabelecer mais uma justificação para a aplicação de princípios e valores jurídicos abstratos.

Assim, se os jurisdicionados são o sujeito ativo e têm o direito de receber uma sentença fundamentada que analise as consequências práticas da decisão, do sujeito passivo – o Juiz, então o elemento consequentialista faz parte da prestação (fundamentação) desta relação

⁵³⁷ SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 50-51.

⁵³⁸ A diferenciação entre norma geral e abstrata e norma concreta e individual é semântica. Nesse sentido: “[...], na perspectiva kelseniana, a sentença veicula, em regra, uma norma jurídica, isto porque, do ponto de vista lógico, não há diferença entre uma norma abstrata e geral e uma norma concreta e individual. A diferença entre ambas é semântica. Explica-se. Do ponto de vista sintático a estrutura lógica da norma é a seguinte: dado ‘A’, então, dever-se ‘C’ ou, -C, então deve-ser S. A variação semântica decorre do seguinte: quando uma norma descreve, no antecedente, um fato de possível ocorrência, ela é abstrata; quando descreve no antecedente um fato que já ocorreu, ela será concreta. Deve-se salientar que a norma descreve com função prescritiva, como já visto. Se no consequente da norma há uma relação jurídica formada por sujeitos indeterminados, ela será geral; se se tratar de sujeitos determinados, o consequente será individual”. SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 61-62.

⁵³⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 57.

jurídica. A fundamentação da decisão, portanto, é um ato complexo, pois envolve além da subsunção, a análise de consequências, quando fizer parte da sentença a aplicação de princípios ou valores jurídicos abstratos. Desse modo, importante destacar o seguinte:

[...], a justificação de uma decisão judicial pressupõe a observância dos seguintes passos: identificada a norma geral e abstrata aplicável ao caso, o juiz deve justificar porquê aquela solução estabelecida por essa norma está correta. Nesse ‘apontar de correção’, o magistrado deve apresentar as razões (universais ou universalizáveis, como adiante será detalhado) pelas quais a decisão é não é contraditória com o sistema jurídico (teste da consistência) e, de outro lado, razões segundo as quais a decisão realiza os fins e valores perpetrados pelo sistema (teste da coerência). Por fim, o teste final das consequências: o juiz deve apresentar as razões pelas quais a decisão possui consequências jurídicas aceitáveis⁵⁴⁰.

Desse modo, conclui-se que a sentença judicial, norma jurídica individual e concreta, para ser realizada, conforme os contornos constitucionais (art. 93, IX), necessita ser adequadamente fundamentada. A fundamentação se insere na estrutura lógico-normativa da decisão judicial inserida na proposição-consequente, vez que é objeto da relação jurídica que se estabelece entre os jurisdicionados (sujeito ativo) e órgão julgador (sujeito passivo). A fundamentação, portanto, objeto desta relação é um ato complexo, pois o julgador deverá demonstrar na atividade de subsunção se há consistência e coerência, e, ainda, quando for o caso, proceder à análise consequencialista.

4.5 A Análise Econômica e a Limitação de Direitos

É necessário destacar que a norma jurídica, para a doutrina pós-positivista, não é só o enunciado textual da lei, ela é o produto da interpretação⁵⁴¹, que deve conjugar princípios, muitas vezes contraditórios, e o preenchimento de sentido de palavras com textura aberta, diminuindo os limites entre legislação e jurisdição. Assim, não existindo respostas pré-estabelecidas, a solução “terá de ser construída lógica e argumentativamente pelo Juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico”⁵⁴².

Contudo, essa possibilidade de construção de sentido, sem um fio condutor único, com a mistura de várias teorias e, ainda, com um aspecto voluntarista do intérprete, abre caminho para uma crise de racionalidade do direito como um todo e que reflete na decisão judicial. Nessa

⁵⁴⁰ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 20-21.

⁵⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 50.

⁵⁴² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 38.

perspectiva, verifica-se que esse padrão de justificação também não corresponde ao paradigma teórico do pós-positivismo. Neste, a discricionariedade judicial deve ser reduzida por meio da argumentação racional e seguindo certos critérios⁵⁴³. Deve-se, portanto, construir limites à discricionariedade judicial na interpretação do direito de modo que a decisão judicial tenha um mínimo de racionalidade.

O consequencialismo, como visto, pode ser um critério de correção da decisão judicial, de diminuir os efeitos de um ativismo judicial nocivo, despreocupado com a racionalidade da interpretação do direito. Assim, a análise econômica do direito é mais um critério para testar as consequências de uma decisão judicial⁵⁴⁴.

Tomando-se a eficiência como parâmetro de controle normativo em termos econômicos, está impõe o alcance de resultados a partir de menores *inputs*, ou, ainda, alcançar o maior *output* a partir de certos recursos, de modo que um ato será eficiente se alcançar melhores resultados, a partir de limitados recursos⁵⁴⁵. Para medir se uma determinada situação é eficiente existe o critério de Pareto ou eficiência de Pareto⁵⁴⁶. Assim, em uma dada interação, se um dos participantes termina em situação melhor e os demais não pioram suas situações, denomina-se que tal situação foi “Pareto eficiente”. Por outro lado, se a interação deixar um dos participantes em situação pior do que antes, denomina-se como “Pareto ótimo”⁵⁴⁷. Há, ainda, o critério Kaldor-Hicks⁵⁴⁸, no qual em uma dada interação há ganhadores e perdedores, mas os ganhadores podem compensar os perdedores⁵⁴⁹. Tal critério pode ser utilizado para medir a eficiência na elaboração de uma norma tributária, pois esta “[...] deixa a todos os contribuintes em situação pior financeiramente, porém potencialmente recompensável em vista dos serviços públicos que a receita tributária possibilita”⁵⁵⁰.

⁵⁴³ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 75.

⁵⁴⁴ Saliente-se que a utilização de critérios pragmáticos, assim como a utilização enviesada de princípios pode ser mais uma fonte de arbítrio. Por isso, a necessidade de que tais ferramentas sejam aplicadas com rigor teórico.

⁵⁴⁵ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 71.

⁵⁴⁶ A denominação decorre do seu autor, Vilfredo Pareto, filósofo e economista italiano. CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 72.

⁵⁴⁷ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 72.

⁵⁴⁸ Denominação derivada do nome de seus idealizadores, Nicholas Kaldor e John Hicks. *Ibid.*

⁵⁴⁹ Tal critério pode ser resumido da seguinte forma: “[...] *permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores. Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. [...] En esencia, ésta es la técnica del análisis de costo-beneficio. Em el análisis de costo-beneficio se emprende un proyecto cuando sus beneficios superan a sus costos, lo que implica que los ganadores podrían compensar a los perdedores. El análisis de costo-beneficio trata de tomar en cuenta los costos y los beneficios privados y sociales de la acción que se está considerando*”. Vide: COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. 3. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 64-65.

⁵⁵⁰ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 73.

Tais condicionantes são pertinentes para medir o grau de eficiência de uma norma legislativa a ser elaborada. Contudo, como nem sempre será possível estabelecer que uma interação resultará em uma situação melhor para todos os participantes (Pareto eficiente), é mais realista o critério Kaldor-Hicks⁵⁵¹.

Assim, em um primeiro momento a análise econômica do direito incide no momento de produção da norma, cabendo aos Poderes Legislativo e Executivo verificar os critérios econômicos, os recursos financeiros, a despesa pública, a possibilidade de endividamento etc. O próprio princípio da eficiência previsto expressamente na Constituição da República, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, é um vetor interpretativo que relaciona, para o ordenamento jurídico, a necessidade de verificar se o investimento realizado está de acordo com os resultados atingidos. Tem o intuito de controlar, de verificar e de ponderar a aplicação qualitativa de recursos e os resultados obtidos.

Conforme lição do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁵², o princípio da eficiência vai além do alcance da eficácia da atividade estatal, sendo relacionado com a boa administração e inspirado em um modelo gerencial, de influência do pragmatismo anglo-saxônico, de modo que a atividade administrativa tenha um incremento qualitativo de excelência. É visto como “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”⁵⁵³.

Consiste, portanto, em um princípio que abre as normas de direito público à análise consequencialista, e, de igual modo, à análise econômica do direito. Nessa perspectiva deve-se verificar a qualidade dos resultados obtidos na aplicação de tais normas e se estas seguem parâmetros de satisfação ótimos, o que determinam, portanto, as decisões tomadas pelos administradores públicos.

Assim, reduz-se o campo da discricionariedade administrativa, vez que o princípio da eficiência, previsto na Constituição Federal (art. 37, *caput*) impõe ao administrador público a necessidade de investigar, dentre as possibilidades de ação, aquela que irá aumentar a qualidade do serviço prestado, conforme a limitação dos recursos orçamentários. Nesse sentido, é a lição do Prof. Juarez Freitas:

⁵⁵¹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p.73.

⁵⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 182.

⁵⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102.

[...], na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência (dever de fazer de modo certo), da eficácia (dever de fazer aquilo que deve ser feito) e da economicidade (dever de otimizar a ação estatal), o administrador público, no exercício das escolhas administrativas, está obrigado a trabalhar tendo como meta a melhor atuação. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar uma solução ponderada quanto às consequências do seu agir.

Toda discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da prudência, incompatíveis com os grilhões da irreflexão⁵⁵⁴.

Considerando que a decisão judicial também é norma jurídica, conforme já constatado no decorrer deste trabalho, é preciso mencionar que a análise econômica do direito pode servir como um fator de correção. Essa análise pragmático-consequencialista vai incidir sobre a operação dinâmica da norma jurídica decisória. Assim, se um fato A ocorre, deve ser B a consequência prevista na norma jurídica e esta deve ser efetivada por uma via que elimine ou minore eventuais externalidades negativas advindas da decisão, conforme o contexto social vivenciado.

Contudo, um grande empecilho para o debate dos custos dos direitos na fundamentação de uma decisão judicial, refere-se ao fato de que tal debate é indesejado social e politicamente. Os direitos, notadamente os direitos fundamentais consagrados nas Constituições, possuem uma face oculta materializada no cálculo da existência de uma despesa a ser efetivada⁵⁵⁵.

Nesta linha de estudo é preciso destacar a análise dos custos dos direitos elaborada por Cass Sunstein e Stephen Holmes. Eles partem da ideia de todos os direitos são positivos, necessitando de alguma providência a ser efetivada pelo Poder Público⁵⁵⁶. Com isso, a divisão entre direitos positivos e negativos, sendo os primeiros identificados com uma prestação a ser implementada pelo Estado e, os segundos, como um não fazer da atuação estatal, identificado com os princípios liberais, perde sentido, pois em todos eles há sempre uma atuação do Poder Público⁵⁵⁷.

Desse modo, todos os direitos teriam um caráter positivo demandando uma atuação do Estado, de modo que cada direito previsto no ordenamento jurídico necessitaria, para sua implementação e garantia, que o Poder Público criasse condições para o seu exercício. Nesse sentido:

⁵⁵⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29-30.

⁵⁵⁵ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In. **Revista Direito Mackenzie**. Ano 3. N. 2. p. 9-30, p. 11.

⁵⁵⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 200.

⁵⁵⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a Liberdade depende dos impostos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 40.

Na mesma medida em que a garantia dos direitos depende da vigilância judicial, os direitos custam no mínimo o montante necessário para recrutar, treinar, fornecer, pagar e (como não?) monitorar os órgãos judiciais que guardam nossos direitos básicos.

Quando o detentor de um direito legal sofre lesão nesse direito, o mais comum é que possa peticionar, em busca de um remédio, um juiz cujo salário é pago pelos contribuintes. Para obter o remédio judicial, que é uma forma de ação do governo, a parte lesada exerce seu direito de usar o sistema litigioso financiado pelo público, sistema esse que, para esse fim, tem de estar sempre pronto e à disposição⁵⁵⁸.

Existe, assim, uma confusão entre direitos sociais e direitos prestacionais. Os direitos sociais, por envolverem uma prestação, seriam custosos, envolveriam um vulto maior de alocação de recursos orçamentários, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração, relacionados com as liberdades clássicas. Na verdade, todos os direitos envolvem custos para o Poder Público⁵⁵⁹.

Assim, os direitos fundamentais, positivos ou negativos, todos eles envolvem uma despesa pública. A liberdade e a propriedade, por exemplo, direitos comumente entendidos como negativos, envolvem investimentos nos aparatos de segurança e de justiça, para que a força policial possa conter ou reprimir as violações a esses direitos ou, ainda, possibilitando aos indivíduos lesados em tais direitos que possam socorrer-se do Poder Judiciário para obterem o desfazimento do ato ilegal ou uma reparação. Com relação à efetivação dos direitos, lapidar é a seguinte observação de Holmes e Sunstein: “Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos”⁵⁶⁰.

De acordo com MacCormick⁵⁶¹, as ordens jurídicas definem o limite entre o certo e o errado conforme o conjunto de valores relevantes, de modo que a Justiça deve estabelecer, de acordo com tais valores, que os casos similares sejam tratados de forma igual. Nesse particular, os diversos ramos do direito têm valores ou conjunto de valores diferentes e a decisão deve considerar a adequação de tais valores ao caso concreto. Assim, as consequências jurídicas de uma decisão devem ser testadas perante os valores relevantes para cada ramo do direito. Se a decisão tiver aceitabilidade, de acordo com o exame dos valores, deve verificar se ela tem caráter de universalização, ou seja, se pode ser replicada em todos os casos semelhantes⁵⁶². É

⁵⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a Liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 42.

⁵⁵⁹ BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DAON, Heloisa Sami. A fundamentabilidade dos direitos sociais à luz dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido. In. **Direito, Estado e Sociedade**. N. 57, p. 75-109, jun/set. 2020, p. 88.

⁵⁶⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a Liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 89.

⁵⁶¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 151-152.

⁵⁶² Tathiane Piscitelli aplicando a teoria da argumentação consequencialista de MacCormick para o direito tributário ensina que: “[...], um argumento consequencialista válido (ou seja, focado nas consequências que importam) deverá tratar da aceitabilidade da aplicação universal da decisão em face dos valores do direito

um efeito natural da decisão, que sua justificação possa ser aplicada em outras demandas, adquirindo uma tendência universalizante, de modo que a regra normativa expedida no conteúdo decisório possa ser utilizada em outros processos similares⁵⁶³.

Nessa perspectiva de a decisão ser aplicada a outros casos futuros e semelhantes, o consequentialismo judicial se insere também na dinâmica da democracia. Desse modo, adverte-se que em um Estado republicano e democrático o Juiz deve fundamentar suas decisões privilegiando a racionalidade e a consistência, na maior medida possível, deixando claro e demonstrada sua metodologia de interpretação⁵⁶⁴. Assim, verifica-se a necessidade de uma justificação mais qualificada quando se aplica uma análise consequentialista na decisão judicial, principalmente se ela tem a possibilidade de engajar seu comando normativo a outras decisões judiciais.

A análise econômica do direito, portanto, como um dos vetores do consequentialismo que incide no teste da decisão judicial deve seguir os mesmos critérios. Se uma decisão for viável em termos de custos e tal comando decisório puder ser replicado para outros casos semelhantes, certamente que tal decisão deverá ser proferida e será mais facilmente cumprida. Por outro lado, se a decisão foi inviável para ser utilizada em outros casos, é necessário que o Juízo realize outras conformações para equilibrar a equação. Afinal, “[...] os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro”⁵⁶⁵.

Verifica-se, portanto, que as decisões judiciais podem se submeter ao exame da análise econômica do direito. Após o Juiz realizar a interpretação e aplicação das regras e princípios, construindo os efeitos do fato jurídico que serão reconhecidos na norma decisória, deverá relacionar, quando for o caso, a análise das consequências da decisão, sendo certo que uma dessas consequências envolve os custos ou a repercussão econômica da implementação da proposição-consequente da sentença. Nesse ponto, além dos critérios da teoria econômica (Pareto eficiente ou Kaldor-Hicks), poderá o julgador verificar se a tese é replicável a outros

tributário”. PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 32.

⁵⁶³ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequentialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015, Constitucionalização dos direitos no Brasil. Disponível em: << <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/0>>>. Acesso em: 14 dez. 2021., p. 16.

⁵⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48.

⁵⁶⁵ SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In. SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21-42, p. 29.

casos semelhantes, de modo que se não houver possibilidade de aplicação a outras situações análogas, deverá estabelecer novas conformações limitando o alcance do direito.

4.6 Da Necessidade de Efetivação dos Direitos Sociais e os Litígios Estruturais contra o Poder Público

A Constituição Federal de 1988 implementou um Estado Democrático de Direito, com o intuito de superar um longo período de regime autoritário, enfatizando a participação popular nas escolhas de seus governantes, com sucessivas e regulares eleições⁵⁶⁶. Por outro lado, a Constituição vigente predeterminou as principais tarefas dos governantes, incluindo um extenso rol de direitos fundamentais, de modo a proteger o cidadão dos arbítrios decorrentes das maiorias políticas, bem como estabeleceu prestações positivas a serem implementadas pelos órgãos estatais, para conferir a realização dos direitos sociais.

Assim, ao lado da proteção à liberdade, igualdade, segurança, propriedade, dentre outras garantias individuais, a Carta da República escala deveres aos entes estatais em implementar políticas públicas, de modo a viabilizar a concretização dos direitos sociais previstos em seu texto. A atuação dos Poderes é pré-definida pelo Texto Constitucional⁵⁶⁷, cabendo a estes fomentarem seu cumprimento, respeitando as balizas provenientes da própria Constituição Federal, como também da legislação infraconstitucional.

Pode-se inferir, portanto, dois aspectos relacionados à efetivação dos direitos sociais. O primeiro deles é que a implementação deve seguir todo um arcabouço normativo. Para Georges Abboud, há “uma substituição da reserva vertical da lei por uma reserva vertical da própria Constituição”⁵⁶⁸, de modo que a Administração Pública deve verificar sua competência e os critérios de decisão diretamente na Constituição Federal. Não pode, por exemplo, um Prefeito instituir uma polícia militar municipal, pois tal atuação é conferida aos Estados da federação ou à União, no caso do Distrito Federal (Art. 42, *caput*, c/c Art. 144, §6º, CF/88). De igual modo, não caberá ao Presidente da República resolver sobre a pavimentação de ruas de uma determinada cidade, vez que tal assunto, por ser de interesse local, é de competência do município (Art. 30, I, CF/88). Assim, um primeiro aspecto normativo que envolve a concreção

⁵⁶⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 383.

⁵⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 42.

⁵⁶⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1261.

de políticas públicas é verificar quem é o ente estatal competente para sua efetivação, conforme as regras previstas na Constituição Federal.

O segundo aspecto que precisa ser observado consiste no cumprimento de certos deveres provenientes da legislação. E nesse ponto, terá o gestor público que observar tanto as normas constitucionais como as infraconstitucionais⁵⁶⁹. Para a concreção do direito à saúde, por exemplo, caberá aos entes públicos a construção de hospitais, clínicas, maternidades, postos de saúde etc. Além da construção, terá o Poder Público a necessidade de equipar tais instalações com os aparelhos médicos aptos a realizarem diversos tipos de procedimentos, máquinas para realizar exames, macas, camas hospitalares etc. Além disso, será necessário contratar pessoal para que a atividade seja efetivamente prestada ao povo, como médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, administradores, seguranças, zeladores etc.

Neste exemplo, fica claro que terá o Poder Público que incluir tais despesas nas leis orçamentárias, que estas sejam apreciadas e aprovadas pelo Poder Legislativo (art. 166 e art. 167, I, CF/88). Após a aprovação, terá o ente estatal que iniciar um processo de licitação (art. 37, XXI, CF/88), conforme Leis nº 8.666/1993 e/ou 14.133/2021, para a contratação da empresa que irá construir a unidade de saúde. Paralelamente, outros processos licitatórios ocorrerão, para a aquisição dos equipamentos necessários para o funcionamento da unidade, e, ainda, para a aquisição de medicamentos e insumos. Por outro lado, terá a Administração que contratar pessoas para trabalhar no local. Assim, realizará concursos públicos para a contratação de pessoal (art. 37, II, CF/88), de modo a garantir o efetivo funcionamento e prestação de um dos direitos sociais, previstos na Constituição Federal de 1988.

Percebe-se, que a efetivação dos direitos sociais tem um caminho normativo a ser trilhado, previsto na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Para que o Poder Público consiga efetivar o direito social previsto no texto da Carta da República, não poderá fazê-lo por qualquer meio. Terá que seguir um complexo emaranhado de disposições legais, das mais diversas matizes, consubstanciando uma verdadeira concorrência normativa⁵⁷⁰.

Além disso, a Administração Pública deverá conter quadros que estabeleçam uma constante fiscalização da atividade desempenhada e posta a serviço da população. Será necessário um eficiente modelo gerencial para garantir que a qualidade do direito social prestado à população não seja precária e ineficiente, de modo a garantir um direito fundamental

⁵⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103.

⁵⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 253.

à boa administração⁵⁷¹. De nada adianta, um posto de saúde moderno, climatizado e totalmente equipado, se não há médicos todos os dias da semana para atender a população. Do mesmo modo, será ineficiente o serviço, caso o paciente não receba a medicação adequada para debelar a patologia que lhe aflige.

Os desafios para a implementação das políticas públicas são constantes e, no Brasil, há um constante déficit em sua prestação. Para Streck, o Estado brasileiro é patrimonialista e estamental, de modo que os detentores do poder “[...] se apoderam do aparelhamento estatal de tal forma que acaba por gerar uma quase indistinção entre o que é bem público (Estado) e o que é bem privado”⁵⁷². Além disso, esse patrimonialismo “[...] é exercido por uma verdadeira casta que assume o controle do Estado, governando-o de acordo com os seus interesses”⁵⁷³. Ainda, e decorrendo desse caráter patrimonialista e estamental, encontra-se a corrupção⁵⁷⁴ e a incidência de um caráter ideológico, no qual a população brasileira acredita que cada pessoa tem o seu lugar que “[...], engendra a verdadeira violência simbólica da ordem social, bem para além de todas as correlações de forças que não são mais do que a sua configuração movente e indiferente na consciência moral e política”⁵⁷⁵.

Para remediar um ineficiente governo, que não salda o débito dos direitos sociais é possível que o controle da atividade do Poder Público ocorra pela via judicial. Nesse sentido, um caso emblemático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com relação à possibilidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas é a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45. Naquela oportunidade, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão monocrática afastando argumentos financeiros, de execução orçamentária, incapazes de desonerar o Estado de cumprir suas obrigações constitucionais, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Ficou assentado que o ente público não pode: “[...] criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

⁵⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 30.

⁵⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 30.

⁵⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 32.

⁵⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 37.

⁵⁷⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA

O processo judicial passou a ser um efetivo instrumento de controle, pelo qual o Poder Público é compelido a efetivar a miríade de direitos sociais previstos na Constituição Federal. De acordo com Edilson Vitorelli, e tendo em comparação a Constituição de 1988 e a Constituição Americana, é possível fundamentar a intervenção do Poder Judiciário em qualquer política pública, tendo em vista o amplo espectro de proteção dos direitos sociais na Carta Constitucional brasileira, ao contrário do que ocorre com o “[...] minguado Bill of Rights dos americanos”⁵⁷⁷.

Essa ampla possibilidade de intervenção judicial, correspondente à amplitude da previsão dos direitos fundamentais sociais no cenário constitucional brasileiro, redundará em inúmeras ações individuais ou coletivas. Contudo, tais ações acabam formando uma característica dissonante do tradicional modelo de lide, em que o autor contende contra um réu, cada um com interesses contrapostos e visando uma vitória sobre o adversário⁵⁷⁸. A doutrina identifica⁵⁷⁹, então, um processo com características distintas, quando se judicializa um problema de inefetividade defeituosa de uma política pública⁵⁸⁰.

Com base no pensamento de Ada Pellegrini Grinover, a tutela processual deve ser justa, efetiva e adequada. Justa por respeitar a vontade livre e informada das partes ou, ao final, dar a razão a uma das partes, a quem tem o direito. Efetiva, pois o objeto da tutela deve ser fruído por quem consegue a tutela. Adequada, pois a efetividade e a justiça somente se alcançam se houver um caminho processual idôneo para resolver a lide. Assim, há necessidade de o

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). **Medida cautelar em ADPF nº 45** – DF. Advocacia-Geral da União. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 04 mai. 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

⁵⁷⁷ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 97.

⁵⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**, Leme: Edijur, 2018. p. 26.

⁵⁷⁹ Nesse sentido, Owen Fiss, identifica que o modelo trabalhado pelo processo civil americano, o chamado modelo de resolução de disputas é calcado no litígio entre duas pessoas que defendem interesses antagônicos, necessitando de um estranho – juiz – para declarar quem está certo. Quando o juiz profere sua decisão o desacordo chega ao fim. Contudo o modelo de resolução de disputas restringe a implementação de modificações sociais. Vide: FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 775.

⁵⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 42.

processo seguir uma metodologia instrumentalista, buscando uma análise adequada para cada tipo de conflito⁵⁸¹. No mesmo sentido, “[...], o pedido de tutela do direito é parâmetro que permite tornar o processo rente às necessidades do direito material, viabilizando a sua adequação ao caso concreto”⁵⁸².

Desse modo, deve-se verificar qual é o tipo de tutela processual adequada para resolver a situação de inefetividade na prestação de um serviço público que decorre de uma desorganização, de uma omissão ilícita ou de uma disponibilização defeituosa. Há, nesses casos, uma situação de “[...] desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re) estruturante”⁵⁸³. Diante desse quadro insere-se o conceito de problema estrutural. A lide judicial tem sua origem em uma situação de desorganização que impede a fruição de um direito ou o torna ineficiente, e a própria incapacidade de quem deve prestar o serviço em atendê-lo de forma adequada.

O caso emblemático em que um problema estrutural foi levado a julgamento, e, a partir dele, pode-se falar em processo estrutural, é o precedente decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conhecido como *Brown vs. Board of Education of Topeka*⁵⁸⁴. No referido julgamento, a Suprema Corte abordou o problema estrutural enraizado na sociedade americana, da segregação racial, que dificultava o exercício da liberdade e igualdade de tratamento para com a população negra daquele país. Conforme relata Marco Félix Jobim, a própria Corte teria precedente julgado em 1896 (*Plessy vs. Ferguson*) “[...], no qual admitia a segregação racial baseada na doutrina *separate but equal*”⁵⁸⁵. Neste julgado, foi estabelecido que não era inconstitucional a existência de vagões para pessoas brancas e pessoas negras, de modo que cada um deveria ser tratado de forma isonômica em seu respectivo local, ou seja, embora separados, iguais.

Desse modo, a questão era um problema de cultura jurídica e social. A decisão do caso *Plessy vs. Ferguson* relacionada a vagões de trem, logo se espalhou para os demais espaços públicos⁵⁸⁶. Nessa linha, as escolas públicas também eram segregacionistas, havia escolas só

⁵⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 34.

⁵⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1, p. 339.

⁵⁸³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 574.

⁵⁸⁴ BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 53-54.

⁵⁸⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, ebook kindle, pos. 1805-1830.

⁵⁸⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, ebook kindle, pos. 1.762.

para brancos e outras só para negros. Frise-se que a 14ª emenda à Constituição Americana, desde julho de 1896, já estabelecia a igualdade de tratamento⁵⁸⁷, de modo que a população negra era impedida de frequentar espaços públicos, somente pelo critério da cor da pele, em contrária afronta à norma constitucional.

Contudo, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte reviu o posicionamento anterior e declarou inconstitucional a política segregacionista [...] concedendo aos negros o direito de frequentar as mesmas escolas que os brancos, numa interpretação correta da Décima Quarta Emenda [...]”⁵⁸⁸. Naquela oportunidade, a Suprema Corte analisou o problema estrutural, ou seja, de como efetivar o fim dos espaços públicos segregacionistas. A Corte tinha consciência de que as “[...] relações sociais, políticas, econômicas e afetivas não mudam pessoas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para tal lado [...]”⁵⁸⁹. Um dos aspectos que torna o precedente *Brown vs. Board of Education of Topeka* ser uma das decisões mais emblemáticas daquele Tribunal, além de pôr fim e declarar a inconstitucionalidade de práticas racistas e segregacionistas, é de ter estabelecido um programa para o cumprimento efetivo da decisão, ou, enfrentando o problema estrutural, proferido decisão com comandos estruturantes, de modo a modificar a situação de frustração de um direito constitucional. Nesse sentido, são precisas as palavras: “[...] não é somente função da Corte Superior decidir aquele determinado caso daquela forma, mas sim, decidir, no plano concreto, tenha reais e efetivas condições de ser exercida”⁵⁹⁰.

Para solucionar esse tipo de lide, em que se discute um problema estrutural, de modo que o Poder Judiciário possa, ao final, estabelecer medidas para que se organize um serviço e seja possível a fruição satisfatória de um direito fundamental, será necessário que o processo esteja adequado a este tipo de demanda. Tem-se, portanto, atrelada à ideia de problema estrutural a de processo estrutural⁵⁹¹. Assim, nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hemes Zaneti Jr. processo estrutural “[...] é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num

⁵⁸⁷ A 14ª emenda à Constituição dos EUA tem a seguinte redação: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

⁵⁸⁸ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, ebook kindle, pos.. 1805-1830.

⁵⁸⁹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, ebook kindle, pos. 1905.

⁵⁹⁰ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, ebook kindle, pos. 1924.

⁵⁹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 573.

problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”⁵⁹². Contudo, tal conceito não atende certos critérios lógicos para uma definição. Tárek Moysés Moussallem⁵⁹³, explica que do ponto de vista lógico-estrutural os conceitos devem evitar “[...] usar a mesma palavra a ser definida no enunciado definidor”⁵⁹⁴. No conceito acima referido, verifica-se que a palavra estrutural serve para definir processo estrutural. Na mesma linha, a definição de Edilson Vitorelli também esbarra no problema da definição circular, vez que para o referido autor processo estrutural “[...] é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, mediante reformulação de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) cujo mau funcionamento é a causa do litígio”⁵⁹⁵.

Essa dificuldade na definição de processo estrutural decorre do fato deste ser um tema em construção.⁵⁹⁶ Não há enunciados normativos para que a doutrina se debruce⁵⁹⁷, muito menos precedentes vinculantes (art. 927, CPC) que forneçam os contornos normativos do processo estrutural.

Assim, diante desse contexto, verifica-se mais adequado enumerar as características que denunciam a existência de um processo estrutural do que formar um conceito fechado. Nesse sentido, Marco Félix Jobim ensina com a seguinte fórmula: “Concretização dos Direitos Fundamentais + Decisões Judiciais + Legitimidade Democrática + Complexidade = Litígio Estrutural”⁵⁹⁸. Já para Fredie Didie Jr. e Hermes Zaneti Jr., existem certas características típicas

⁵⁹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 576.

⁵⁹³ Para Tárek Moysés Moussallem há algumas regras sintáticas que, se utilizadas, podem produzir uma definição mais correta. As regras, em síntese, são: “a) uma definição deve estabelecer a conotação convencional do termo a definir” [...] “b) o definiens deve conter apenas termos conhecidos de antemão” [...] “c) uma definição não deve conter no *definiens* termos que estão no *definiendum*” [...] “d) uma definição não deve ser excessivamente ampla nem excessivamente estreita” [...] “e) o definiens não deve estar expresso em linguagem ambígua, obscura ou figurada” [...] “f) o *definiens* não deve ser negativo em significação, ao menos que o *definiendum* seja primordialmente negativo em sua significação. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In. **Lógica e direito**. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); BRITTO, Lucas Galvão de. (Org.). p. 257-262. São Paulo: Noeses, 2016, p. 258.

⁵⁹⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In. **Lógica e direito**. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); BRITTO, Lucas Galvão de. (Org.). p. 257-262. São Paulo: Noeses, 2016, p. 258.

⁵⁹⁵ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 65.

⁵⁹⁶ Marco Félix Jobim afirma que o tema é “um novo campo de pensamento num dos mais importantes marcos teóricos existentes de efetivação da Constituição Federal, qual seja, o doo litígio estrutural”. Vide: JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: base de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 654.

⁵⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 52.

⁵⁹⁸ JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: base de uma possível construção. In: ARENHART, Sergio Cruzl JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 648.

do processo estrutural: 1) problema estrutural; 2) busca para um estado ideal de organização, com medidas escalonadas; 3) procedimento bifásico, com o reconhecimento do problema estrutural e o projeto de reestruturação; 4) procedimento flexível; 5) consensualidade, com a possibilidade de adaptação do processo. Tais características não precisam estar todas presentes para se ter um processo estrutural. Ainda, descrevem Didier e Zaneti a existência de características típicas, mas não essenciais, como multipolaridade, coletividade e a complexidade⁵⁹⁹.

Quanto à decisão estrutural, Fredie Didier e Hermes Zaneti explicam que, uma vez reconhecida a situação de desconformidade a ser modificada, a decisão irá estabelecer uma meta e os meios para que aquela seja alcançada⁶⁰⁰. Quanto à tal dinâmica normativa da decisão estrutural, esclarecem:

Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-princípio.

Segundo, ela estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-regra⁶⁰¹.

Com tais balizas é possível enfrentar o estudo de outros contornos pertinentes à eficácia dos direitos fundamentais e as situações de omissão ou prestação defeituosa, por parte do Poder Público. Por parte da doutrina processual, o aprofundamento da adequação da tutela a ser produzida nas lides em que se pretende reorganizar a prestação de um direito insatisfatoriamente fruído, vem abrindo campo para um processo novo e com características distintas do processo comum, denominado de processo estrutural.

4.7 A Postulação no Contexto da Multipolaridade do Processo Estrutural

Nesse tópico pretende-se abordar a questão da multipolaridade do processo estrutural e como a postulação das partes de um processo se inserem no espaço democrático de tomada de decisão, haja vista a situação de omissões ou deficiências na prestação de um direito constitucional.

⁵⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 577-578.

⁶⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 578.

⁶⁰¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 579.

Para Vitorelli, o processo estrutural se desenvolve no âmbito do processo coletivo⁶⁰², de modo a viabilizar uma reorganização a uma situação de desconformidade frustrante de direitos. Esse processo, contudo, foge do modelo tradicional bipolar, autor e réu, tendo em vista a multiplicidade de interesses em jogo em uma demanda estrutural. Nesse campo, precisa as lições da doutrina:

Provavelmente, uma das características mais marcantes do litígio estrutural é a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio. Ao contrário do litígio tradicional, de estrutural bipolar – ou seja, com dois pólos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado⁶⁰³

Sérgio Cruz Arenhart expõe que o processo estrutural, por se desenvolver dentro da ambiência do processo coletivo, acaba por aderir a algumas noções equivocadas deste, tendo como horizonte os vários interesses distintos que permeiam as lides estruturais⁶⁰⁴. Desse modo, é preciso ficar atento ao fenômeno da pessoalização do processo coletivo, em que os direitos individuais coletivos e os metaindividuais acabam sendo tratados pelos legitimados coletivos, como se fossem individuais. A consequência grave, nessa situação, é que a pretensão deduzida em juízo esteja descolada da realidade, tendo em vista que não representa os anseios da coletividade⁶⁰⁵.

Assim, o processo que visa resolver a situação de desorganização ou desconformidade e que impede a efetiva prestação de um direito fundamental apresenta vários desafios. Um deles, ligado à possibilidade da intervenção judicial em políticas públicas, reside na sindicabilidade das escolhas do gestor público e dos programas de governo, devidamente respaldado pelas leis orçamentárias. Outro, é a necessidade também de aferir se o legitimado que ajuíza o processo estrutural representa efetivamente a sociedade ou os grupos atingidos pela decisão e pelas medidas estruturantes a serem estipuladas. Assim, o processo estrutural que tem por finalidade resolver uma situação de desconformidade com a prestação de um serviço público ou um direito social acaba tendo que enfrentar uma dupla crise de legitimidade democrática: 1) a externa, como instrumento para interferir nas escolhas democráticas dos Poderes Legislativo e

⁶⁰² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284, p. 333-369.

⁶⁰³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 800.

⁶⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 804.

⁶⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 802.

Executivo; e 2) a interna, referente à própria legitimidade das entidades que propõem a ação, frente aos seus representados.

Sobre o déficit democrático, Owen Fiss afirma que as decisões estruturantes não podem ser consideradas como antidemocráticas. Esse modo de pensar revelaria uma visão míope da democracia, vista apenas como um modelo majoritário. Desse modo, o sentimento popular não é o padrão correto para mensurar a atividade das instituições governamentais. A democracia deve ser o padrão para validar o sistema de governo em sua totalidade, vez que as diversas instituições do Poder Público têm atribuições distintas, sendo que umas terão mais conexão com o sentimento popular que outras. Assim, a Chefia do Executivo e os parlamentares estão mais ligados com o pensamento dos cidadãos, ao passo que o Judiciário terá mais comprometimento com a interpretação da lei e da proteção da Constituição⁶⁰⁶. O autor segue afirmando que o Judiciário tem forte relação com outras instituições que têm mais representatividade democrática⁶⁰⁷, sendo “[...] apropriado dizer que o Judiciário faz parte de um sistema de governo que está no seu núcleo democrático”⁶⁰⁸.

Existe o argumento da escassez de recursos gerenciados pelo Poder Público para atender a todos os direitos sociais previstos no texto constitucional, representada na tese da reserva do possível, na qual o Judiciário deve analisar a disponibilidade de recursos e a previsão orçamentária quando julga um caso sobre a efetivação de prestação de direitos pelo Estado⁶⁰⁹. Há correntes contra e a favor de tal tese. Para Andreas J. Krell⁶¹⁰, a adoção da reserva do possível, no Brasil, é um equívoco, pois a realidade brasileira não permite a adoção de uma ideia desenvolvida em país de 1º mundo, sob pena de completo esvaziamento dos direitos

⁶⁰⁶ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 773-798, p. 779.

⁶⁰⁷ Nesse sentido Owen Fiss afirma: “Os juízes federais são nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado; O Congresso define a jurisdição do Judiciário Federal; E por meio da aplicação de regras especiais de votação, os cidadãos têm a capacidade de anular uma decisão judicial através da alteração da Constituição”. [...] “[...] os vínculos entre o Judiciário Federal e essas instituições controladas pelo povo são atenuados pela garantia da vitaliciedade e pela regra da irredutibilidade de vencimentos e esta insularidade é reforçada por normas profissionais que instruem os juízes a serem governados não pelo sentimento popular, mas por princípios”. Vide: FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 780.

⁶⁰⁸ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 780.

⁶⁰⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leitura complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 407.

⁶¹⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51.

sociais da Carta Constitucional. Já Daniel Sarmento⁶¹¹ entende que a reserva do possível deve ser utilizada como parâmetro de julgamento, para verificar se a prestação social, objeto do litígio, pode ser replicada a todas as outras pessoas que se encontrem na mesma situação. Assim, a reserva do possível “deve ser concebida como razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”⁶¹².

Apesar desta divergência acadêmica, o tema é pacificado na jurisprudência do STF desde a ADPF-45, e, no ano de 2015 a Corte Suprema fixou tese em sede de repercussão geral⁶¹³ negando a aplicação da cláusula da reserva do possível como limitador da efetividade de direitos sociais.

Desse modo, rechaçada a tese da reserva do possível, necessário enfrentar outro argumento que incide sobre a (im) possibilidade de o Poder Judiciário discutir a efetivação de direitos sociais, intervindo em políticas públicas⁶¹⁴. Tais direitos necessitam de um prévio estudo conduzido por profissionais técnicos de diversas áreas (econômica, política, social, jurídica, etc), de modo que a Administração Pública geralmente congrega este corpo técnico especializado, distribuído em seus diversos órgãos. O Judiciário, por outro lado, não detém esses conhecimentos especializados, haja vista que nem o Magistrado tem essa formação, como também não há tais profissionais especializados atuando nas unidades jurisdicionais.

⁶¹¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leitura complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 410.

⁶¹² SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leitura complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 410

⁶¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. **Acórdão em Recurso Extraordinário - RS nº 592.581**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator Ministro Ricardo Lewandowski DJe 01 fev. 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>> Acesso em: 05 jan. 2021.

⁶¹⁴ Uma definição precisa sobre políticas públicas é a seguinte: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

Transportando essa problematização para o âmbito do processo judicial, deve-se advertir que esse déficit cognitivo aumenta quando se pensa na visão tradicional do processo, em que autor e réu estão disputando uma vitória, ou seja, atuando para sobrepor suas pretensões sobre o outro. Na ambiência do processo estrutural, como já dito, evidencia-se a multipolaridade, vários núcleos de interesse tornando complexa⁶¹⁵ a demanda posta em juízo. Nesse ponto, é oportuno transcrever a seguinte observação:

[...], a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. Este, com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos. Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma ‘visão de túnel’, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente mais relevantes⁶¹⁶.

Portanto, é necessário dotar o processo estrutural de mecanismos que aumentem a visão de conjunto. Não se pode julgar um problema estrutural com os limites das bases processuais tradicionais, muito menos com o paradigma de uma demanda individual. É oportuno mencionar o problema da multiplicação de demandas individuais tratando de problemas estruturais, propostas em diversos foros e com diversos tipos de decisão judicial criando “[...] um cenário caótico para o administrador, comprometendo a possibilidade do Estado de implementar com eficiência as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população”⁶¹⁷.

Verifica-se que a ação em que se discute o problema estrutural não pode ser fixada no esquema tradicional autor e réu. É necessário a ampliação dos participantes. Nesse ponto, Marcella Ferraro defende que devem participar do processo estrutural:

[...] aqueles indivíduos, grupos ou organizações (i) afetados, (ii) responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Nas palavras de Edilson Vitorelli: “[...] nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada pode ser definida de modo unívoco pelos envolvidos”. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 30.

⁶¹⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos- jurídicos. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leitura complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 421.

⁶¹⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos- jurídicos. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leitura complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 424.

⁶¹⁸ FERRARO, Marcella. **Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, Disponível em:

Arenhart adverte que os próprios legitimados coletivos, quando propõem demandas que envolvem os problemas estruturais, muitas vezes não traduzem adequadamente os próprios interesses dos grupos representados⁶¹⁹. Assim, considerando que cada lide estrutural tem suas peculiaridades, os procedimentos devem ser “adequados para a solução de cada específica controvérsia”⁶²⁰. Nessa perspectiva, propõe algumas soluções para diminuir o distanciamento que muitas vezes ocorre entre o representante e o grupo social representado.

Desse modo, se o grupo de pessoas atingidas pela demanda estrutural for pequeno, propõe-se a participação direta destas, por meio do litisconsórcio⁶²¹. Se esta demanda envolver uma única questão de direito, pode-se valer do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, desde que os interessados possam participar do julgamento⁶²².

Além disso, é possível a participação de grupos de pessoas por meio do *Amicus Curiae*, de modo a trazer ao processo os interesses de certos grupos ou a opinião especializada⁶²³. Ainda, Arenhart ressalta a importância de realização das audiências públicas⁶²⁴.

Nos casos em que não é possível a participação direta das pessoas atingidas com a decisão, será necessário um controle de representatividade adequada, para aferir se o legitimado coletivo está sintonizado com os verdadeiros anseios do grupo representado. Nesse ponto, cabe transcrever a seguinte observação:

[...], não é possível que se admita a vinculação de interesses de terceiros ao resultado de certo processo se, de um lado, não lhes foi autorizada a participação e, de outro, não houve a adequada apresentação de seus interesses ou de suas posições no processo. Sem dúvida, deixar de atentar para a necessidade de um controle de

<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2>> . Acesso em 12 jan. 2021, p. 158.

⁶¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 804.

⁶²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 806.

⁶²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 808.

⁶²² ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 808-809.

⁶²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 809.

⁶²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 809.

representatividade adequada implica autorizar a representação inadequada dos interesses, [...]⁶²⁵

Com isso, verifica-se que o próprio ato de um legitimado coletivo postular em juízo acerca dos interesses de certo grupo é, em si, um problema estrutural, tendo em vista a inexistência de mecanismos aptos a controlar a representação da pessoa jurídica com os seus representados. Não há como, previamente, verificar se um determinado legitimado coletivo está agindo em interesse dos seus beneficiários ou de outros interesses, próprios da entidade ou pessoais, por exemplo.

Assim, uma sentença estruturante, que irá impor a realização de várias medidas, de modo a reorganizar uma política pública, interferindo, assim, nas escolhas dos representantes do povo democraticamente eleitos, deve se legitimar pelo próprio procedimento judicial, tornando-o aberto a ouvir os diversos grupos, os especialistas nos temas correlatos, bem como a própria comunidade atingida, e, ainda, ponderando as dificuldades impostas pelo próprio ordenamento jurídico. Há assim, a necessidade de transformar o processo em uma ampla arena de debate⁶²⁶, de modo que a norma jurídica resultante da sentença não careça do elemento democrático e não se distancie das reais necessidades da coletividade.

Desse modo, a postulação das partes tem que ser qualificada. Não há espaço para postulações frágeis e irresponsáveis no âmbito do processo estrutural, tendo em vista que a reorganização de uma política pública realizada no âmbito do Poder Judiciário, não pode interferir nas escolhas democráticas da população.

4.8 As Alterações da LINDB e suas Consequências para a Fundamentação no Processo Estrutural

O processo estrutural submete-se a este novo regramento. O Juiz deve considerar as consequências práticas da futura decisão, devendo estabelecer, nas medidas estruturantes a serem implementadas, uma análise de sua efetividade e concretude. Tal atividade não pode ser realizada de forma isolada. Como já dito, o processo estrutural envolve diversos interesses e visões que não podem ficar contidos por meio das regras que conformam a lide individual.

⁶²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 814.

⁶²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824, p. 824.

Assim, o estabelecimento das medidas estruturantes, que terão a finalidade de reorganizar uma política pública, deverão ser legítimas, sem déficit democrático, com a ampla participação das partes e dos diversos grupos que possam ser atingidos pelos resultados do processo, e, ainda, ouvindo-se eventuais *amicus curiae*, especialistas, peritos, etc, valendo-se também de audiências públicas. Tal cognição será importante para estabelecer um amplo e aprofundado debate, de modo que a norma jurídica, resultante da sentença, terá a mesma ou maior legitimidade democrática que as normas emitidas pelo parlamento. Além disso, é necessário que as necessidades dos grupos sociais, comunidades ou da coletividade estejam adequadamente representadas, não devendo existir distorções no interesse destes com o das pessoas jurídicas legitimadas a atuar nas demandas estruturantes.

Assim, a verificação das consequências práticas da decisão deve ser debatida nos autos. Autor e réu, especialistas, terceiros intervenientes, *Amicus curiae*, associações, conselhos profissionais, etc, qualquer grupo ou entidade que seja diretamente ou indiretamente atingida com a decisão, devem se manifestar sobre eventuais efeitos que as medidas estruturantes irão proporcionar em determinado tecido social.

Foi dito neste trabalho que os ônus se diferenciam dos deveres, porque nestes o seu descumprimento gera uma imposição de sanção, por violar interesse alheio. Enquanto o ônus não importa em sanção, pelo fato de que seu descumprimento contraria apenas interesse da própria parte. Assim, transportando tal teoria para o âmbito do processo estrutural, verifica-se que as partes não teriam mais ônus de fundamentação. Quando a parte deixa de suscitar uma tese, não haverá prejuízo próprio, mas sim prejuízo para interesses alheios – coletividade ou grupo social. A omissão na apresentação de uma tese pode indicar o distanciamento decorrente do problema da representatividade adequada, bem como comprometer a visão de conjunto que deve ser a tônica do processo estrutural.

Em reforço, é majoritário, pelo menos no âmbito da jurisprudência, conforme relata Fredie Didier e Hermes Zaneti, que o entendimento da legitimidade, no processo coletivo, é extraordinária: “autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade”⁶²⁷. No mesmo sentido, é a posição de Hugo Nigro Mazzilli: “[...] os colegitimados ativos à ação civil pública ou coletiva substituem processualmente os indivíduos que integram o grupo lesado, ou seja, os autores das ações, em nome próprio, defendem interesses alheios”⁶²⁸.

⁶²⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4, p. 227.

⁶²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 33.

Com tais esclarecimentos, é oportuna a visualização em um exemplo hipotético. Imagine-se que o Ministério Público ajuíze uma ação civil pública pleiteando a reparação dos danos e a recuperação do meio ambiente degradado. Nesta ação, os réus foram a empresa poluidora e o Estado, haja vista suposta falha no exercício do poder de polícia. Em um caso desses, o Ministério Público não pode ser o representante de um grupo majoritário de atingidos pelo dano ambiental. Deverá estar atento ao interesse de toda a comunidade, pessoas físicas e jurídicas. Assim, uma determinada proposta de medida estruturante tem que ser examinada argumentativamente pelo prisma das consequências, para todas as pessoas atingidas pelo mencionado dano, não podendo tal processo estrutural resolver ou diminuir os efeitos do dano apenas para uma parcela de atingidos. Assim, se tal medida não é viável para resolver todas as situações, deve-se formular outras propostas de medidas ou de dosagem de graus de intensidade de implementação das medidas estruturantes. O Ministério Público terá um dever de fundamentação da análise de tais medidas, incorporando propostas de soluções para todos os atingidos. No exemplo mencionado, o próprio Estado, réu da ação, pode ter sido um dos atingidos pelo dano ambiental, vez que em razão da degradação ambiental teve que transferir escolas, postos de saúde e outras repartições para local distinto do dano, ocasionado em uma reorganização de tais serviços. Assim, se em uma proposta de medida estruturante não forem estipuladas providências a serem estabelecidas em auxílio do ente público, o Ministério Público estaria falhando em sua legitimidade extraordinária, de modo que nas suas postulações tem o dever de expor na causa de pedir os interesses do ente público.

Além disso, e ainda no exemplo mencionado, caso o Juiz verifique a possibilidade de criação de uma medida estruturante, que não foi debatida nos autos, deverá ofertar prazo para as partes se manifestarem ou promover a realização de audiência para avaliar as consequências da decisão, podendo imputar, inclusive, à parte que não ofertar manifestação ou não participar da audiência, a imposição de medidas coercitivas.

Assim, o ônus de argumentação analítica que as partes devem exercer no modelo de processo colaborativo, transforma-se em dever de argumentação analítica no processo coletivo estrutural, em decorrência da necessidade de legitimação democrática da norma jurídica a ser produzida na futura sentença, bem como da própria legitimidade extraordinária inerente a tais lides.

O dever de fundamentação do Magistrado em verificar as consequências práticas da decisão é compartilhado, no processo estrutural, com as partes. Todos, em razão da legitimidade democrática, devem ofertar suas teses para viabilizar um conhecimento amplo quanto às futuras consequências das medidas estruturantes. Por outro lado, os legitimados coletivos, por estarem

defendendo interesses alheios, não poderão deixar de fundamentar suas postulações ou responder o dever de consulta do Magistrado, tendo em vista o prejuízo que tal omissão pode representar para seus representados.

Além disso, muitas vezes a solução do litígio estrutural pode descambar em consequências para terceiros que não foram representados no processo ou que sequer possuem uma entidade com personalidade jurídica para representá-los. Por isso, o debate dos que estão integrando o processo deve ser mais qualificado. Nesse ponto, é emblemática a seguinte lição de Sérgio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Félix Jobim:

Realmente, foi visto que nesse campo a pertinência do litígio *extrapola as partes processuais*. Em outros termos, os meros *efeitos naturais* da decisão ganham outra espécie de impacto e uma nova dimensão. O debate passa a possuir relevância para uma *pluralidade de sujeitos*, ainda que sua participação no litígio, não ocorra. Da mesma forma, essa espécie de disputa escancara uma maior necessidade de preocupação com a própria qualificação do debate e da resposta. Afinal, tendo em vista os efeitos amplos decorrentes da decisão, e a complexidade intrínseca ao seu debate, justifica-se a procura por uma maior densidade no campo processual. Isso, especialmente, levando-se em conta que, em litígios com essa natureza, costumam-se contrapor *interesses* e *valores* que, embora conflitantes, são validamente justificáveis⁶²⁹.

Se a demanda estrutural extrapola o limite subjetivo da demanda atingindo terceiros, mesmo que se amplie o debate com o ingresso de *Amicus curiae* ou, ainda, com a realização de audiências públicas, parcela dos atingidos pela solução da lide poderá, ainda, não ser representada ou ter seus questionamentos ouvidos no processo, apesar da possibilidade de virem a sofrer as consequências da decisão.

Nas demandas estruturais propostas contra o Poder Público há, ainda, outra peculiaridade. Como se sabe, os Poderes Públicos são devedores de um amplo catálogo de direitos sociais que devem ser disponibilizados de forma satisfatória, ou seja, com qualidade, à população em geral. São deveres prestacionais previstos na Constituição Federal de 1988 para que os entes da federação disponibilizem os serviços de educação, saúde, trabalho, assistência e previdência social, etc (art. 6º, CF/88). Assim, existindo uma situação de ineficiência crônica na prestação de um destes serviços, que privem a população que deles necessita, poderá o Ministério Público, a Defensoria Pública ou uma Associação ajuizar ação para reformular a prestação do serviço defeituoso e obrigar o ente ou os entes da federação, após o estabelecimento de medidas que reestruture o serviço, que este seja disponibilizado a contento da população.

⁶²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 118.

Neste cenário, é preciso chamar a atenção para o fato de que os interesses dos dois polos da relação processual podem ser convergentes. Ora, se o Estado tem o dever de prestar um serviço público de forma eficiente (art. 37, *caput*, CF/88), é óbvio que o ente público tem interesse no desfecho da lide. A omissão do ente público em prestar um serviço público adequado pode ser advinda de vários fatores (cultura, ideologia, corrupção, má-gestão, capacitação, orçamentário, planejamento, etc.), mas é inegável que é também interesse do ente público em prestar um serviço público com qualidade e eficiência, saldando seu débito com a população.

Assim, verifica-se que o aspecto tradicional da lide em que autor e réu estão defendendo interesses opostos, nem sempre é adequado para os processos estruturais.

Se, por acaso, uma demanda for ajuizada pelo Ministério Público estadual visando a reforma e aparelhamento de uma Delegacia, considerando o profundo sucateamento e degradação do local, e que vem prejudicando a prestação do serviço público, o Estado quando for citado para se defender poderá dizer que a população não tem direito à segurança ou que esta deve ser prestada de forma deficiente?

Obviamente que não. Além disso, se esta mesma ação é replicada em diversos municípios, tendo em vista a degradação dos aludidos prédios públicos, e, como é comum, o ente estatal nestas ações já ser notificado com a determinação de um cumprimento de liminar para providenciar reformas ou melhorias, aquisição de equipamentos, etc, nos mais variados prazos (24h, 48h, 5 dias, 30 dias etc), conforme o gosto do julgador, tais demandas a despeito de buscar equacionar a prestação local de uma política pública, podem acabar por criar outras situações que revelarão adiante novos problemas estruturais, pelo remanejamento orçamentário para cumprir os provimentos liminares, interrompendo outros programas e ações estatais na área da segurança.

Tais consequências devem ser debatidas no processo. As partes têm o dever de expô-las e/ou de avaliar possíveis soluções, com a compatibilização das medidas estruturantes a serem definidas pelo Poder Judiciário. Esse diálogo no processo estrutural não é um ônus, mas sim um dever pois os interesses não se restringem às pessoas jurídicas do processo. Irá atingir a população como um todo, sem que está tenha noção sequer da existência desses processos.

Ainda nesse exemplo da segurança pública. Se o Estado compromete seus recursos para atender às liminares destas ações, que determinam a imediata reforma de prédios, poderá, por consequência, e por exemplo, diminuir ou suspender um programa de capacitação de policiais para realizar abordagens, o que pode resultar, pelo despreparo destes profissionais, em abusos de autoridade, com episódios de lesão corporal, tortura e mortes.

Desse modo, as consequências da medida estruturante devem ser debatidas com postulações adequadas e responsáveis, tendo em vista que a maioria da população que será atingida pela medida sequer tem conhecimento sobre o processo e podem sofrer várias consequências não previstas ou debatidas na decisão judicial.

A parte autora, que requer a medida estruturante, tem o dever de explicar sobre as consequências da decisão. Se não tiver conhecimento técnico deve requerer diligências probatórias. Ou, ainda, deve se manifestar quanto às dificuldades levantadas pelo Poder Público. Se, nesses casos, o autor não se manifestar, o Magistrado deverá indeferir o pedido ou a adoção de tal medida.

Por outro lado, se o Estado não se manifestar, deverá o Magistrado impor medidas coercitivas, como a fixação de multa diária, ou penas relacionadas com a litigância de má-fé, até que o ente estatal forneça elementos para sindicar as consequências práticas da decisão.

Estas sanções, para o autor e o réu, não têm previsão direta em norma jurídica, pois não existe regulamentação própria para o processo estrutural. Mas, se não for estabelecido que a análise das consequências não for também um dever das partes, qualificando suas postulações, dependendo da boa vontade destes sujeitos para o estabelecimento do diálogo, tais lides podem descambar para soluções sem concretude com a realidade fática.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou enfrentar um dos problemas atuais da dogmática jurídica e de crescente discussão dentro da academia, qual seja, a deficiência da formação da fundamentação da decisão judicial, o papel das partes e do julgador nesse contexto. O tema tem importante relevância na prática forense, tendo em vista que é comum as decisões judiciais conterem razões de justificação, mas sem expor adequadamente a utilização de critérios, argumentos, provas e teorias para a fundamentação da decisão judicial. Muitas vezes, são utilizadas teorias ou precedentes, sem qualquer relação com os fatos ou sem se demonstrar a pretensa relação. Outras vezes são invocados princípios de conteúdo abstrato, sem contextualizar e realizar as devidas ligações de raciocínio para demonstrar a incidência em um dado julgamento. Seja como for, é necessário enfrentar o problema da fundamentação e verificar as possíveis soluções, adequadas ao novo modelo de processo estabelecido a partir do início da vigência do CPC/2015.

Inicialmente, e com o intuito de deixar claras as razões que levam ao surgimento do déficit de fundamentação enfrentado no Brasil, foi estudado no Capítulo 2 os fatores que influenciam na existência da crise de racionalidade do direito.

Desse modo, partiu-se da análise do conceito de paradigma e de como estes influem na formação do pensamento do jurista. Os paradigmas abarcam valores, ideias, teorias, princípios, máximas, valores, métodos etc, que indicam em uma determinada sociedade como são resolvidos os problemas. O paradigma explica o problema e estabelece o método de solução para que certos resultados estejam de acordo com o prisma do paradigma dominante.

Assim, o jurista é formado de acordo com a(s) doutrina(s) do paradigma dominante. O modo de pensar as soluções jurídicas advém dos contextos estabelecidos pelos paradigmas dominantes. O direito recebe influência de paradigmas no campo da filosofia e dos contextos históricos para formar seus próprios paradigmas.

Também foi verificado que os paradigmas não são eternos. Quando um paradigma não consegue resolver um problema, ou o resolve de forma deficiente, começam a surgir novas ideias que vão questionar as bases do paradigma dominante. O jurista, muitas vezes, não sabe situar se uma determinada teoria é ou não adequada ao paradigma dominante, no período em que está sendo vivenciado. Essa falta de cuidado pode resultar na utilização de regras, ideias ou teorias ambientadas em um paradigma ultrapassado, para resolver problemas atuais.

Foi verificado que três grandes paradigmas filosóficos influenciaram a formação de paradigmas do direito. Assim, os paradigmas da filosofia clássica, da filosofia da consciência e o da filosofia da linguagem.

O paradigma da filosofia clássica estuda a relação sujeito-objeto, enfatizando a importância do conhecimento, que é extraído da análise do objeto. No contexto do direito, o intérprete (sujeito) está em uma posição de subordinação ao objeto (lei), de modo que sob o paradigma da filosofia clássica, o jurista revela, explica, esclarece ou extrai da norma os sentidos que nela mesmo já existem, não podendo criar os sentidos da lei.

Já o paradigma da filosofia da consciência, estabelece que na relação sujeito-objeto, o sujeito passa a ter um papel predominante em relação ao objeto. Assim, deixa-se de verificar a essência do objeto e passa a criar os sentidos que entende sobre um objeto. Nesse paradigma o jurista (sujeito) determina qual é o sentido da lei (objeto).

O paradigma da filosofia da linguagem quebra a relação sujeito-objeto e estabelece a relação sujeito-sujeito. O conhecimento é intersubjetivo advindo de consensos linguísticos. A linguagem assume um papel central, pois o significado, a interpretação irá depender do resultado das pré-compreensões de um sujeito com as compreensões linguísticas estabelecidas pela comunidade, conforme fatores históricos, social, cultural etc.

Situa-se, também, a ideia de que os paradigmas filosóficos se entrelaçam paralelamente com paradigmas históricos e jurídicos. Assim, identifica-se que no âmbito jurídico dois grandes paradigmas: o jusnaturalismo e o positivismo.

Desse modo, com a formação do Estado Moderno, verificou-se que o Juiz não poderia mais decidir conforme as razões divina ou com a justiça do Rei. O direito positivo advindo do Poder Legislativo ganhou prevalência, de modo a surgir o paradigma jurídico do positivismo.

É oportuno destacar que o jurista positivista pode resolver os problemas jurídicos, conforme os três paradigmas filosóficos. No entanto, deve-se considerar o momento histórico para verificar se a conjugação dos paradigmas filosófico e jurídico, é ou não adequada. Assim, por exemplo, um jurista da hodiernidade poderá ter problemas ao querer resolver os problemas com o paradigma da filosofia clássica ou da consciência. Ou, ainda, utilizar teorias estabelecidas na época em que prevaleceram os paradigmas da filosofia clássica ou da consciência, para resolver os problemas atuais, da pós-modernidade.

Foi estudado também, como outro fator que influi para a crise de racionalidade da decisão judicial aspectos do desenvolvimento do positivismo, desde o seu período clássico até o normativismo kelseniano, vislumbrando-se os debates que influenciaram a ascensão do pós-positivismo. O Brasil recebeu a influência de diversos movimentos teóricos do positivismo.

Nesse ponto, a escola da exegese, a qual privilegiava o texto legal compilado e sistematizado em Códigos, com o fim de regular todos os aspectos da vida das pessoas, bem como a aplicação mecânica da lei pela subsunção. Também foi possível verificar a influência do pandectismo alemão, preocupado em dar sentido técnico aos termos legais, com a apreensão também dos costumes locais, sistematizados pela doutrina.

Ao fim do Século XIX e início do Século XX surgiu outro positivismo, denominado normativista e que teve como seu principal teórico o jurista Hans Kelsen. Neste positivismo há uma separação entre direito e ciência do direito. O direito tem como foco a norma e a ciência do direito tem como objeto estudar e descrever as normas jurídicas, exclusivamente, afetando a incidência de outras ciências ou campos do saber. No pensamento Kelseniano encontra-se a ideia de supremacia da Constituição, o que contribui para a criação de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, bem como o reconhecimento da possibilidade de várias interpretações do texto legal, dentro de uma moldura normativa.

Após a 2ª Guerra Mundial e as injustas acusações ao positivismo realizadas pelos teóricos da época, teve início um novo movimento que tinha como ponto central incluir como fator de correção do direito, princípios morais. Surge, então, os positivistas inclusivistas e exclusivistas, que debatem se a moral deve ou não ser incluída no direito como um valor de correção das normas jurídicas e vetor de interpretação.

Um feroz defensor da junção entre moralidade e direito é Ronald Dworkin. Tal teórico tem ampla aceitação no Brasil, mas restou constatado que suas ideias são importadas de modo fragmentado, em tiras, e que se uma de suas grandes preocupações foi eliminar a discricionariedade judicial, no Brasil, sua teoria justifica decisões arbitrárias com aplicação enviesada do método da ponderação de princípios.

Desse debate, surge um movimento denominado de pós-positivismo que estabelece a normatividade dos princípios e a possibilidade de utilização da moral como fator de correção do direito. Assim como o positivismo, o pós-positivismo tem várias acepções e vários teóricos, como por exemplo, Dworkin, Alexy, Müller, etc. No Brasil, seus adeptos pregam a prevalência de valores como justiça, ética, bem comum, dignidade da pessoa humana etc, como vetores para a interpretação do direito. Sucede que tal método, se mal utilizado, pode acarretar subjetivismos.

Assim, a importação de teorias, métodos e ideias da doutrina estrangeira é utilizada no Brasil de forma a dar ares de racionalidade ou cientificidade a interpretações casuísticas. É comum o sincretismo metodológico, ou seja, a compatibilização de ideias incompatíveis, sendo este mais um aspecto da crise da irracionalidade decisória.

Outro fator que influi na mencionada crise é a falta de cuidado no estudo e na inserção de ideias estrangeiras sem ser especificada adequadamente, ou revelada os contextos filosóficos, históricos e jurídicos que gravitaram na gênese de tais teorias. Esta omissão acaba por não proporcionar ao jurista a capacidade de entender se o método de interpretação utilizado é apto para resolver um caso concreto. Desse modo, as manifestações decisórias acabam sendo encharcadas de argumentos de autoridade, ementas e citações doutrinárias, que escondem o decisionismo do julgador.

Ainda, foi estudado no Capítulo 2 a influência crescente do ativismo judicial no Brasil. O ativismo não pode ser uma autorização para a discricionariedade judicial irrefletida, com a aplicação de princípios, teorias sem correlação com o caso concreto e com a realidade brasileira, apenas para justificar a invasão do Poder Judiciário na atuação dos demais Poderes, sob a fundamentação da concretização de direitos fundamentais. A expansão do ativismo judicial revela-se em um reflexo do descuido decorrente da adoção do paradigma pós-positivista, do sincretismo metodológico, conjugada com a ampliação do decisionismo judicial.

Diante desses fatores, foi verificado que algumas reações legislativas surgiram no ordenamento jurídico brasileiro, para combater esse descaso da ausência de critérios jurídicos que influem na formação da decisão judicial, visando dotar o tema de maior racionalidade. Assim, surgiram, por exemplo, o CPC de 2015, que estabeleceu um roteiro normativo para que uma decisão seja considerada fundamentada e, na LINDB, houve a inserção da exigência da análise das consequências práticas da decisão, conforme Lei 13.655/2018, toda vez que a decisão se fundar em valores jurídicos abstratos.

No Capítulo 3 foram abordados aspectos pertinentes com a presente pesquisa sobre a fundamentação da decisão judicial. Desse modo, fora precisado os conceitos de ônus e dever, na acepção de Carnelutti, que tem ampla aceitação no Brasil. Com tais diferenciações foi estudado os ônus e deveres de fundamentação das partes e do Juiz.

Assim, quando a inexecução de uma obrigação afeta interesses alheios, tem-se um dever e, é estabelecido uma sanção para sua inexecução. Já quando o descumprimento da obrigação influi apenas no interesse da própria pessoa que o descumpre, tem-se um ônus, e o ordenamento jurídico pode ou não estabelecer uma situação de desvantagem para seu agente. Com base nessas diferenciações, foi verificado que o Juiz tem o dever de fundamentar as decisões, conforme estabelecido na Constituição Federal (art. 93, IX). O autor de uma ação possui obrigações e ônus. Tem que expor uma postulação que especifique uma causa de pedir, cumprindo um requisito formal para que sua petição possa produzir os efeitos pretendidos, evitando que a petição inicial seja considerada inepta. Já quanto ao conteúdo da sua postulação

o autor tem um ônus argumentativo, pois a melhor ou pior qualidade de suas teses não afetará interesses alheios. O réu, por sua vez, somente possui ônus. Se deixar de apresentar uma defesa ou de expor alguma tese, apenas estará violando seu próprio interesse.

Foi verificado também o desenvolvimento do dever de fundamentação da decisão judicial no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se aspectos históricos e que resultaram na constitucionalização do instituto. Também foi verificado os esforços da doutrina para estabelecer um conteúdo substancial ou mínimo de fundamentação da decisão judicial, no período em que antecedeu a regulação do tema no CPC de 2015.

Constatou-se que o CPC de 2015 estabelece em seu art. 489, §1º um roteiro de fundamentação ou fechamento semântico quanto ao tema da fundamentação da decisão judicial. Assim, é fundamentada a decisão desde que ela evite as proibições estabelecidas no referido dispositivo. Além disso, como tais hipóteses não são taxativas, verificou-se que existe um novo aspecto de fundamentação a ser observado, estabelecido pela Lei nº 13.655/2018, na LINDB.

Com tais premissas, restou investigar a adoção do modelo colaborativo de processo, pelo CPC/2015, o qual influenciou na ampliação e fortalecimento do diálogo entre os sujeitos processuais para a construção de sentido da futura decisão judicial. No entanto, foi observado que o princípio da cooperação estabelecido pelo Código, pode resultar em um novo instrumento de arbítrio judicial, impondo às partes novos deveres não estabelecidos pela legislação e criados, caso a caso, sob critério discricionário do julgador.

Por fim, o Capítulo 4 inseriu os Capítulos anteriores no debate com o impacto que a Lei nº 13.655/2018 proporcionou na fundamentação das postulações contra o Poder Público. De início, foi estudado o estabelecimento de critérios para a fundamentação da decisão, baseado em elementos do pragmatismo e do consequencialismo, e, em especial, à possibilidade do exame dos custos ou da análise econômica do direito, como fator de correção da decisão judicial.

Desse modo, com base em Richard Posner, ficou assentado que o pragmatismo infere que o conhecimento deve ser relacionado, negando qualquer característica intrínseca ou essencial de verdade. Além disso, é central que seja estabelecida uma análise prospectiva, enfatizando as consequências de uma determinada conduta e, ainda, se está atende fins éticos e sociais de um determinado período histórico.

Também foi verificado que o discurso do consequencialismo vem se incorporando como meio de dar mais racionalidade às decisões judiciais, pois o paradigma do pós-positivismo necessita de construções de sentido. Houve a verificação de que a análise econômica do direito e dos custos dos direitos podem ser utilizados como critério consequencialista da decisão

judicial, de modo a dotá-la de maior racionalidade, evitando-se que está esteja descolada da realidade social. As alterações empreendidas pela Lei nº 13.655/2018, na LINDB, possibilitam a inserção dos temas pragmatismo, consequencialismo e análise econômica do direito, como fatores de correção em qualquer lide a ser decidida pelo Poder Judiciário, tendo em vista sua natureza de norma de estrutura.

Ainda, foi analisado o dever de fundamentação da decisão judicial, como o consequencialismo previsto na LINDB, que permite que os comandos decisórios possam realizar incursões no campo dos custos dos direitos e da análise econômica do direito. Nesse ponto, verifica-se que após o Juiz estabelecer a tese jurídica que pretensamente resolve a lide, poderá verificá-la sob a ótica da análise econômica, reduzindo eventuais externalidades negativas, por meio dos critérios próprios da teoria econômica, e, ainda, quanto à possibilidade de adoção da solução encontrada a outros casos semelhantes.

Tais aspectos devem ser considerados nas soluções das lides que envolvem o Poder Público, notadamente as lides estruturais. Desse modo, foi verificado que a perspectiva do processo estrutural modifica o esquema binário autor-réu do processo, tendo em vista o caráter multipolar que as lides estruturantes podem assumir. Assim, diante da existência de vários núcleos de interesse, o processo tem que se adaptar a tais vicissitudes, com a necessidade de eliminar formalismos que impeçam a plena visão de conjunto que o julgador deve ter, diante de todas as nuances que o litígio pode emanar. Percebeu-se a necessidade de incrementar a legitimidade do processo estrutural, haja vista que a sentença emitirá norma jurídica determinando modificações nas escolhas públicas dos gestores eleitos pelo povo. Assim, deve ser ampla a participação dos grupos sociais e, ainda, deve haver a preocupação constante com a verificação dos legitimados coletivos que participam do processo, evitando-se decisões que não representem os interesses da coletividade atingida.

Por fim, enfrentou-se a questão referente ao dever de fundamentação da decisão judicial e se esta é compartilhada com as partes, no âmbito dos processos estruturais ajuizados contra o Poder Público. Verificou-se que a legitimidade extraordinária exigida dos participantes das lides coletivas estruturantes indica que estes atuam para preservar interesses alheios, de grupos ou da sociedade. Assim, o dever de fundamentar passa a ser compartilhado com as partes. Todos os participantes, em razão da legitimidade democrática, devem ofertar suas teses para viabilizar um conhecimento amplo quanto às futuras consequências das medidas estruturantes. Além disso, os legitimados coletivos, por estarem defendendo interesses alheios, não poderão deixar de fundamentar suas postulações ou responder o dever de consulta do

Magistrado, tendo em vista o prejuízo que tal omissão pode representar para seus representados e para a coletividade atingida com a futura decisão.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, Maio-Agosto, 2019.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018**: proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 799-824.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

As leis raciais de Nuremberg. **Enciclopédia do holocausto**. Disponível em: <<https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/the-nuremberg-race-laws>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista acadêmica da faculdade de direito do Recife** – ISSN: 2448-2307, v. 92, n. 2, p. 232-250 Dez. 2020. Disponível em <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248979>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. (Org.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. Nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003, p. 64. Disponível em: <

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj.online/edicoes/revista23/revista23_25.pdd>. Acesso em: 04 jan. 2022.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DAON, Heloisa Sami. A fundamentabilidade dos direitos sociais à luz dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido. In. **Direito, Estado e Sociedade**. N. 57, p. 75-109, jun/set. 2020.

BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. Atualização Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 57, p. 113-140, 1962. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

_____. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Disponível em Lei nº 13.874/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

_____. **Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

_____. **Lei nº 13.105/2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ADPF nº 45 – DF. Advocacia-Geral da União. Decisão Monocrática. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 04 mai. 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar em suspensão de liminar nº 1.540.** Autor: Partido Socialista Brasileiro Alagoas. Réu: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relator Luiz Fux. Decisão monocrática. DJe 01 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Recurso Extraordinário - RS nº 592.581.** Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator Ministro Ricardo Lewandowski DJe 01 fev. 2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>> Acesso em: 05 jan. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZUID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 57, p. 113-140, 1962. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>. Acesso em: 21 jan. 2021, p. 127.

CÂMARA, Alexandre. As normas fundamentais do processo civil brasileiro. In. CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval. (Org.). **Os juízes e o novo cpc.** Salvador: Jus Podivm, 2017.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícios Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, §1º, do código de processo civil de 2015. In **Revista eletrônica de direito processual – REDP.** Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019. Pgs 125-158, p. 128. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/41957/30275>>. Acesso em 21 jan 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo.** Leme: Edijur, 2018.

_____. **Instituciones del proceso civil.** Traducción Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1959, v. 1.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.

_____. Interpretação e linguagem – Concessão e delegação de serviço público. In. **Revista trimestral de direito público**, n. 10.

CASSETARI, Christiano, **Elementos de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Estudos sobre o pragmatismo jurídico**. Andradina: Meraki, 2020, ebook kindle.

CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, p. 1-25, mar./abr. 2012.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRESPO DE ALMEIDA, Leonardo Monteiro; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. Pensar – **Revista de ciências jurídicas**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, mai./ago. 2015. Disponível em < <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3440>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialista no direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015, Constitucionalização dos direitos no Brasil. Disponível em: < <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061/0>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 2-22, 2015.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. 3. Ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

CUNHA, Sergio Sérvulo da. **Dever constitucional de fundamentar no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Consequencialismo no âmbito do direito administrativo. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato. (Coord.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil. **Revista ESMAFE**, Recife, n. 18, p. 30-39, 2008.

_____. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 17, p. 83-113, mar. 2008.

DELFINO, Lúcio. **Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

DESCARTES, René. **Discurso do método; Meditações**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 1.

_____. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, v. 4.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, v.1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EISEMBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Novos estudos CEBRAP**, v. 62, p. 107-108, mar. 2002.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t6>>. Acesso em: 23 mar. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRARO, Marcella. **Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structural injunction. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FIUZA, César. **Novo direito civil**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FREITAS, Juarez. **Discrecioniedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAVAZZI, Giacomo. L'onere. Tra la libertà e l'obbligo. Torino, 1970 apud TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. In **Revista eletrônica de direito processual – REDP**. V. XI. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332>> Acesso em: 20 ago. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, ano 37, abr./2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**. São Paulo: Almedina, 2019.

HACKING, Ian. Ensaio introdutório. In: KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Antônio Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a Liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). CARVALHO, Aurora Tomazini de. (org.). **Constructivismo lógico-semântico**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2020, v. 1.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, ebook kindle, pos. 1.805 1.7621805-1830.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: base de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2020.

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução Gabriel Nogueira Dias; José Ignácio Coelho Mendes Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020; v. 1.

_____. **Direito civil**: obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; v. 2.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In. MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUEZ JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à lei de liberdade econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LUZES, Cristiano. **Legalidade e fraude à lei**. São Paulo: Noeses, 2021.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. In. DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo: panorama mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2010, vol. 2, p. 137-158.

MÂNICA, Fernando Borges. **Normas de estrutura e normas de conduta: fundamentos da dicotomia**. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/normas_de_estrututra_e_de_comportamento.pdf>. Acesso em 01jan. 2022, p. 2-3.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7655/4385>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1.

MELO NETO, João Cabral de. **A educação pela pedra e outros poemas**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

_____. **Processo civil**. São Paulo: Thomson Reauter Brasil, 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no séc. XXI. In. **Revista de Direito Privado** (São Paulo), v. 56, p. 11-30, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v.1.

_____. **Temas de direito processual: segunda série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORIN, Edgar. **O método 4**. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MOUSSALLEM, Tárék Moysés. Sobre as definições. In. **Lógica e direito**. CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); BRITTO, Lucas Galvão de. (Org.). p. 257-262. São Paulo: Noeses, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In. **Revista Direito Mackenzie**. Ano 3. N. 2. p. 9-30.

NALINI, José Renato. Consequencialismo: urgente, nefasto ou modismo? In. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato. (Coord.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de direito público na lei de introdução ao direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. DIDIER JR., Fredie. (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010, v.2.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006,.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PANTOJA, Fernanda Medina. Cabimento do agravo de instrumento: alguns mitos. **Revista de Processo**. v. 322, ano 46, p. 211-235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PISCITELLI, **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

PLATÃO. **Diálogos VI**: Crátilo (ou da correção dos normes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Ion (ou da Ilíada); Menexeno (ou da oração fúnebre). Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-RIO, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez., 2000.

PORTUGUAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em:<
<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.
Acesso em: 23 mar. 2022.

POSNER, Richard. What has pragmatism to offer law?. **Southern California Law Review**, v. 1653, p. 1653-1670, 1990. Disponível em:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles>. Acesso em: 01 dez. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: paradigmas dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição do civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In. **O Direito** (Lisboa), v. 143, p. 43-66, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In. SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. (Coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21-42.

SALES, Marlon Roberth de. **O paradigma da linguagem como novo marco teórico para a interpretação jurídica**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a00932afc9f4deb1>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História constitucional da Alemanha**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leitura complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. (Coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In. MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In. DIDIER JR., Fredie et. al. (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. ja/ju 2003, p. 607-630, 2003. Disponível em: < https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf >. Acesso em: 20 Mar. 2022.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In. SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 115-144.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei!** In <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomun-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 21 mar. 2022.

_____. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr., 2016.

_____. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3 >. Acesso em: 13 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em: 20 jan. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Uma lei geral e inovadora para o direito público**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-le-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. In. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, e-book.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In. TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Coord.). **Princípios contratuais aplicados**. Indaiatuba: Foco, p. 2-22, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 24, Instituto Brasileiro de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV** [online]. 2008, v. 4, n. 2 [Acessado 20 MARÇO 2022], pp. 407-440. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização das relações sociais., In VIANNA, Luiz Werneck. et. al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In. **Revista de Processo**. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v. 284, p. 333-369.

_____. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

WALD, Arnold. As origens do mandado de segurança. **Revista do Serviço Público**. v. 72, n. 3, p. 360-375, 1956.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**: 2ª versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don. D. **Pragmática da comunicação humana**. São Paulo: Cultrix, 1967.