



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito

MARIANE ROMAGNOLLO MENEZES DA SILVA

**A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS PARA A CONSECUÇÃO DA  
JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL**

São Paulo  
2014

MARIANE ROMAGNOLLO MENEZES DA SILVA

**A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS PARA A CONSECUÇÃO DA  
JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

São Paulo

2014

MARIANE ROMAGNOLLO MENEZES DA SILVA

**A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS PARA A CONSECUÇÃO DA  
JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito, sob a orientação da Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Aos meus amores – meus pais, Mário e Magda; meus irmãos, João e Giulia, e meu namorado, Vinícius.

## **AGRADECIMENTOS**

A minha família pelo amor, apoio e incentivo incondicionais.

Ao meu namorado, por ser também meu amigo e companheiro de todas as horas, por me divertir e ter paciência com essa vida de mestranda.

A minha orientadora, Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim, sempre muito atenciosa, por toda a ajuda e orientação.

Aos professores que fizeram parte do meu mestrado e que, de alguma forma, me inspiraram – Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim, Professor Doutor Cláudio Di Cicco, Professora Doutora Clarice von Oertzen Araújo, Professor Doutor Márcio Pugliesi e Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

Aos demais professores que passaram pela minha vida e contribuíram para que eu chegasse até esse momento.

Ao Rui de Oliveira Domingos, que sempre me ajudou muito e se tornou meu amigo desde o meu período de trabalho na secretaria de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Ao CNPq, por apoiar o meu projeto e acreditar no meu potencial, me concedendo a bolsa de estudos integral para cursar o mestrado em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por me proporcionar a obtenção do meu título de mestre.

*“Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas.”*

(Michael Sandel)

## RESUMO

A partir do estudo da noção de justiça, o presente trabalho identifica uma concepção de justiça adequada à realidade brasileira contemporânea; demonstrando o papel do Processo Civil na realização dessa justiça e destacando a importância dos operadores do Direito, especificamente os juízes, para a realização da mesma. Diante disso, esta dissertação apresenta uma análise filosófica e semiótica, da atuação dos magistrados na consecução da justiça, por meio do processo decisório, apresentando o fenômeno do Ativismo Judicial como consequência de tal atividade. Para isso, estudamos as teorias de autores como Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Charles Sanders Peirce, entre outros.

Palavras-chave: Justiça. Direito. Justiça Contemporânea. Processo Civil. Atuação dos Magistrados. Interpretação. Decisão. Ativismo Judicial.

## **ABSTRACT**

From the consideration about the perception of justice this paper identify a conception of justice suitable to the contemporary brazilian reality; demonstrating, then, the function of the Civil Process at the accomplishment of this justice; detaching the importance of the law's operators, more specifically of judges, in realize its. Therefore, this dissertation presents a philosophical and semiotic analysis, of the role of the judges in achieving justice through the decision-making process, presenting the phenomenon of Judicial Activism as a result of such activity. For this, we studied the theories of authors such as Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Charles Sanders Peirce, among others.

Keywords: Justice. Law. Contemporary Justice. Civil Process. Judge's Activity. Interpretation. Decision. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 JUSTIÇA E PROCESSO</b> .....	11
1.1 A Noção de Justiça e o Direito.....	12
1.2 A Justiça Contemporânea.....	16
1.3 A Finalidade do Processo.....	22
1.4 A Função dos Operadores do Direito.....	25
<b>2 JUSTIÇA E ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS</b> .....	27
2.1 A Decisão.....	28
2.2 A Interpretação.....	31
2.3 A Lógica Argumentativa de Chaïm Perelman.....	32
2.4 A Aplicabilidade dos Princípios e os Valores Morais de Ronald Dworkin.....	39
2.5 A Racionalidade de Robert Alexy.....	48
<b>3 A DECISÃO SEMIÓTICA DOS MAGISTRADOS</b> .....	54
3.1 Código x Repertório.....	56
3.2 A Operação de Seleção na Decisão.....	60
3.3 Argumentação, Interpretação, Juízo e Valores.....	63
<b>4 O ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	67
4.1 O Fenômeno Ativismo Judicial.....	67
4.2 Ativismo Judicial x Judicialização.....	77
4.3 O Ativismo Judicial e a Atuação dos Magistrados.....	78
<b>CONCLUSÃO</b> .....	91
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	98

## INTRODUÇÃO

A partir de um grande interesse pelas teorias da justiça, seguido de um estudo que se iniciou na graduação, sobre a realização da justiça pela figura dos juízes, é que surgiu a ideia de um trabalho mais aprofundado sobre o mesmo tema, a ser realizado no mestrado.

Sendo assim, é com o intuito de analisar melhor a atuação dos magistrados, o seu papel na consecução da justiça e a relação de tal atuação com o fenômeno do Ativismo Judicial, o qual apresenta grande relevância dentro do cenário jurídico atual, é que se propõe a presente pesquisa.

Pretendemos, nessa dissertação, buscar a união entre o direito e a justiça, de maneira que um encontre no outro uma forma de complemento; mostrando como a atuação do juiz, por meio de mecanismos do direito e objetivando a realização da justiça, se apresenta como a figura mais ativa da sociedade para a busca do bem comum.

Em meio a tantos questionamentos sobre a justiça – sobre o seu real significado e sobre como alcançá-la –, e diante de reflexões e conceitos que muitas vezes se apresentam de forma teórica ou subjetiva demais, o presente trabalho visa a demonstrar a concepção de uma justiça mais contemporânea, a qual pode ser observada na prática do direito atual; ou que pelo menos é buscada por esse direito, particularmente utilizando o Processo Civil como ferramenta de atuação dos magistrados na sua busca.

Para tanto, no primeiro capítulo apresenta-se uma noção geral sobre a justiça e a sua relação com o direito e o processo, buscando-se construir um conceito contemporâneo de justiça, no cenário do Direito brasileiro atual e sua Constituição Federal. Além disso, tal capítulo presta-se a salientar a relação entre o que seria essa justiça contemporânea e o Processo Civil brasileiro, demonstrando a importância dos operadores do direito, principalmente dos magistrados, para a realização da justiça.

No segundo capítulo abordamos, de forma mais profunda, a relação entre a atuação dos magistrados, ou de como deveria ser sua postura mais correta, e a realização dessa justiça contemporânea. Para isso, utilizamos, essencialmente, as teorias de Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Então, no terceiro capítulo, apresentamos o Direito sob o ponto de vista da Semiótica e, com isso, tentamos analisar como ocorre o processo de tomada de decisão na mente dos magistrados. A vertente semiótica escolhida para este estudo é a do norte-americano Charles Sanders Peirce, apesar de não nos aprofundarmos em sua teoria dos signos, apenas nos referindo ao que se faz necessário para o entendimento do tema e de termos. Além de

apresentarmos também algumas concepções de Clarice von Oertzen Araújo, Décio Pignatari e Roman Jakobson.

Finalizando, o quarto capítulo versa sobre o Ativismo Judicial, seu surgimento, seus conceitos e enquadramentos doutrinários, bem como a sua relação com a atuação dos magistrados. Restando-nos salientar que, o objetivo deste capítulo não é um estudo aprofundado deste assunto, mas apenas uma abordagem do tema que possibilite entendermos sua conexão com o papel dos nossos juízes.

Isso posto, a presente dissertação possui como temática, o papel da atuação dos magistrados na consecução da justiça e o Ativismo Judicial como uma consequência de tal atuação. O que se faz por meio de uma análise filosófica e semiótica da atuação desses operadores do direito na tomada de decisão para a realização da justiça.

## 1 JUSTIÇA E PROCESSO

Desde a Antiguidade, século VIII a.C., é na ideia de justiça que se busca uma estrutura racional e universal que dê legitimidade ao direito como fenômeno e princípio social particularizado. Enquanto for possível admitir como certo que as regras jurídicas são normas que se adaptam às mudanças sociais, diante principalmente da sua revogabilidade conforme os interesses sociais, pretende-se encontrar uma estrutura que resista a tais mudanças e assegure um sentido persistente à experiência jurídica.

Assim, a justiça dá ao direito uma razão de existir e até mesmo uma condição de existência; o direito deve ser justo, senão a obrigação de respeitá-lo perde o sentido. A existência da justiça “como uma espécie de código de ordem superior, cujo desrespeito e violação produzem resistência e cuja ausência conduz à desorientação e ao sem-sentido das regras de convivência, pode nos levar a admiti-la como um princípio doador de sentido para o universo jurídico”<sup>1</sup>. Indaga-se, no entanto, se esse seria um princípio racional ou um mero sentimento irracional.

Diante desse prisma, discussões modernas sobre a justiça se estruturam sob dois enfoques: o da justiça formal e o da justiça material. Em seu aspecto formal, enquadra-se na ideia clássica do *suum cuique tribuere*, aparecendo como um valor ético-social de proporcionalidade em conformidade com a qual se exige a atribuição daquilo que é devido a alguém. *A posteriori*, o que e a quem é devido é o problema a ser tratado em seu aspecto material.

A racionalidade, bem como a irracionalidade, caminha junto com a justiça e a injustiça no transcorrer dos séculos; pois da mesma maneira que os princípios da razão ora versavam sobre a forma de pensar e calcular, ora versavam sobre agir corretamente, a justiça pode ser vista analogamente como ponto de equilíbrio na distribuição de bens nas relações pessoais.

Então nos perguntamos: como estar ao lado da justiça, num mundo cheio de injustiças, tanto no sentido de desigualdade social quanto da material? Saber o que é justo é um saber tão teórico quanto prático. O direito é justo? As leis são justas?

Se, de acordo com Alysson Mascaro<sup>2</sup>, o que nos faz desgraçados é a injustiça e somos nós os responsáveis por ela, sendo que a única forma de acabar com ela e se atingir a justiça é modificando as estruturas injustas de nossas sociedades ainda mais injustas, também é nosso

---

<sup>1</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 328.

<sup>2</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito e Filosofia Política: A Justiça é Possível**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 11-13.

o dever de encontrar um meio de transformar, reverter essa situação. A justiça, nesse caso, é a própria transformação; daí a importância de estudarmos os conceitos de justiça através dos tempos e a evolução de seus preceitos, afinal, a justiça da forma como é pensada hoje é fruto das contribuições dos antigos pensadores.

Só isso nos possibilitará compreender o que é a justiça na atualidade, como buscá-la e, o mais importante, como identificar as injustiças e transformá-las. Só assim estaremos capacitados a usar o poder de transformação que a justiça tem a oferecer e assim modificar a própria sociedade.

Essa luta pela justiça é sempre aliada ao direito, pois é o direito que rege o convívio em sociedade, devendo transformá-la e ser transformado por ela. Ao mesmo tempo em que a justiça precisa do direito para exercer seu poder transformador, o direito precisa da justiça, pois longe dela ele torna-se cada vez mais opressor, impositivo e arbitrário.

Para compreender as relações entre a justiça, o direito, e o processo, passemos ao estudo a seguir.

### **1.1 A Noção de Justiça e o Direito**

O vocábulo “Justiça”, conforme o Dicionário de Política de Norberto Bobbio<sup>3</sup>, significa um fim social, da mesma maneira que a igualdade, a liberdade, o bem estar e a democracia; mas estes são termos descritivos, enquanto que a justiça é representada por um conceito normativo. Isso decorre do fato de expressões como “esta lei é justa” representarem juízos normativos e não simples afirmações descritivas como “esta lei fiscal é igualitária”, assertiva esta que pode ser verificada empiricamente.

Segundo Norberto Bobbio<sup>4</sup>, a justiça foi equiparada à legalidade, à imparcialidade, à retribuição do indivíduo segundo seu grau, sua habilidade ou necessidade, e ao igualitarismo. No entanto, essas não são propriamente as definições de justiça, mas sim juízos normativos, ou seja, não passam de valorações pessoais. Assim, a “melhor coisa”, é considerar a justiça como uma “noção ética fundamental e não determinada”.

O conceito de justiça está estritamente ligado ao conceito de bem e ao conceito de direito<sup>5</sup>, no sentido de direito legal e moral; dessa maneira, dizer que determinada ação ou

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UnB. p. 661.

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 661.

<sup>5</sup> *Ibidem*. p. 661.

norma é justa implica dizer que algumas pessoas têm direito a determinados benefícios e que, conseqüentemente, os outros não devem interferir com suas reivindicações.

A justiça é, na maioria das vezes, representada pelo símbolo da balança; é o equilíbrio dos pratos que dá à justiça o seu sentido principal. No entanto, a balança não apresenta apenas o equilíbrio, mas também o instrumento para alcançá-lo. Ou seja, compreende o sentido nuclear da justiça que é a ação de dar e receber, realizada por meio do processo de sopesar os atos e as compensações.

Nesse sentido, a balança representa a justiça mediante o modelo horizontal de retribuição, no qual a palavra é de grande importância para as negociações das compensações, visando ao equilíbrio. Isso é ressaltado pela deusa romana chamada *Justitia*, a qual aparece segurando a balança com as duas mãos e de olhos vendados; o que demonstra a importância do ouvir e do falar, em detrimento do ver, para essas negociações.

Já a deusa grega da justiça, *Diké*, tem os olhos abertos, segura com a mão esquerda a balança e com a direita segura uma espada. É daí o motivo de em nossa cultura ser corrente tanto a expressão “balança da justiça” quanto “espada da justiça”; e a espada, nessa concepção, representa a justiça por outro ângulo, o da retribuição pelo modelo vertical. Afinal a ação de “fazer justiça” é algo que se espera do rei, do patriarca, do julgador, enfim, do sábio.

Durante os séculos, seja para Aristóteles, que considerava a justiça como uma virtude; seja para Agostinho, o qual considerava a justiça como algo divino; ou para Hobbes, que concebia a justiça como uma virtude ligada aos contratos; prevalecem os princípios materiais da justiça (“a todos igualmente, a cada um conforme seus méritos, a cada um conforme seu status social, a cada um conforme suas necessidades, a cada um conforme o que lhe atribui a lei etc”<sup>6</sup>), nos quais ora a justiça pende para o modelo horizontal, ora pende para o modelo vertical.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>7</sup>, isso faz do conceito de justiça, como valor, uma mistura entre a razão e a emoção; não sendo eles sempre distinguíveis. Em decorrência disso, há quem considere a justiça apenas como um lugar comum da retórica jurídica e política. No entanto, no centro dessa discussão sobre o seu conceito, encontra-se o princípio da reconciliação com os outros, com todos e consigo mesmo, tornando a perda do sentido da justiça na perda do sentido da própria existência.

---

<sup>6</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 225.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 226.

Para Hans Kelsen<sup>8</sup>, a justiça é “uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos”. Tratando-se de um indivíduo, quando se diz que uma pessoa é justa ou injusta; a acepção de justiça aparece representada como uma virtude individual, sendo ela, assim, uma qualidade moral.

Tal qualidade ou virtude da justiça exterioriza-se no indivíduo através da sua conduta perante a sociedade. A conduta social de alguém é considerada justa quando corresponde à determinada norma e é vista como injusta quando contraria uma norma que prescreva determinada conduta. Sendo a justiça de um indivíduo a justiça de sua própria conduta social; a qual corresponde a uma norma com valor de justiça.

Essa norma pode ser designada como norma de justiça, ou seja, uma norma moral, uma vez que regula a conduta de um indivíduo em face aos demais indivíduos. Enquadrando-se, dessa forma, o conceito de justiça ao conceito da moral<sup>9</sup>. No entanto, nem toda norma moral é uma norma de justiça; apenas aquelas que constituam o citado valor de justiça e que prescrevam determinado tratamento de um indivíduo para outro indivíduo, principalmente por parte do legislador ou do juiz.

Portanto, Hans Kelsen<sup>10</sup> afirma que a justiça “é a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens” e o juízo pelo qual certa conduta é considerada justa ou injusta representa uma valoração dessa conduta. Isso se dá, na medida em que a conduta é confrontada com uma norma de justiça, estatuidando um dever-ser; o qual resultará no juízo de que a conduta, diante da norma de justiça, é como deve ser, tendo então um valor positivo de justiça; ou que ela não é como deveria ser, tendo um valor negativo de justiça.

Norberto Bobbio<sup>11</sup>, por sua vez, trata da justiça como sendo o problema que envolve a correspondência de uma norma aos valores que inspiram determinado ordenamento jurídico e se denomina problema deontológico do direito; uma vez que “pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal”.

Considerando que existem valores absolutos, a pergunta se uma norma é justa ou injusta corresponde ao questionamento sobre a sua capacidade de realizar ou não tais valores.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

<sup>9</sup> Moral, etimologicamente, se origina da palavra costume e significa aquilo que é honesto e virtuoso. A moral é um conjunto de normas que regem a conduta humana de determinada sociedade; uma conduta é considerada moral quando segue os preceitos socialmente aceitos, como honestidade e boa conduta.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. Bauru: Edipro, 2005. p. 46.

Já se a consideração for de que não existem valores supremos, deve-se perguntar se determinada norma é apta para realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e determinado.

Isso posto, a justiça na visão de Norberto Bobbio<sup>12</sup> é vista em função das normas consideradas justas ou injustas dentro de um ordenamento jurídico; sendo tal problema um contraste entre o mundo real e o mundo ideal, entre o que é e o que deveria ser. “Norma justa é aquela que deve ser e norma injusta é aquela que deveria ser”.

Vale ressaltar, que de acordo com a Teoria da Norma Jurídica de Norberto Bobbio<sup>13</sup>, existem três valorações distintas e independentes a que toda norma jurídica se submete: 1) Ser justa ou injusta, 2) Ser válida ou inválida e 3) Ser eficaz ou ineficaz. Tais critérios são tidos como independentes, justamente porque a justiça não depende da validade nem da eficácia e assim subsequentemente.

A seu turno, Goffredo Telles Júnior<sup>14</sup> afirma que justiça é “a retribuição equivalente ao que foi dado ou feito”; ou seja, a justiça é o ato de retribuir o equivalente à coisa dada ou ao ato feito. Tal retribuição é uma forma de justiça e representa o tratamento correspondente ao que recebeu; implicando, dessa forma, uma relação bilateral, a ação de um com o outro.

Assim, é como um código forte identificador do equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais que a igualdade aparece como princípio da justiça; trabalhando apenas com a possibilidade de haver ou não haver igualdade. Essa decodificação de igualdade, segundo um código forte ou fraco, nos conduz a princípios de justiça que variam no tempo e no espaço, quanto ao aspecto material; enquanto que em relação ao aspecto formal o princípio de igualdade permite que a justiça seja vista de forma racional, capaz de generalização. Havendo, no entanto, diversos graus de racionalização dependendo se a decodificação é mais ou menos rigorosa.

Dessa forma, por meio do princípio da igualdade, o qual imprime um caráter racional à justiça, pode-se dizer que o direito é um “jogo de igualdades e desigualdades”<sup>15</sup>; no qual a justiça é, ao mesmo tempo, o princípio racional que dá sentido ao jogo e o problema a ser enfrentado por ele. A justiça formal é o limite do “jogo jurídico”, mas se dentro desse limite, o jogo vai ser justo ou injusto, isso caberá a justiça material e seus princípios éticos e morais dizer.

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. Bauru: Edipro, 2005. p. 46.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 46.

<sup>14</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 355.

<sup>15</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 331.

Nota-se, no entanto, que não se trata de uma igualdade qualquer, mas sim de uma igualdade de valores, um valor que depende das proporções entre coisas e atos iguais ou desiguais. Esses valores não são sempre quantidades matemáticas, mas sim morais, sentimentais, futuros, incertos e até mesmos valores de competências e lesões; tornando a aplicação da justiça em algo totalmente relativo em face da dificuldade da aplicação de uma igualdade mensurada e de valor absoluto.

Sobre a igualdade, Goffredo Telles Júnior<sup>16</sup> afirma que:

A igualdade perfeita entre o que é dado e o valor do que é retribuído é a igualdade *colimada*, a igualdade de nosso ideal. Essa justiça perfeita é sempre um *desideratum*, ‘a estrela polar do mundo moral’, como consigna o velho e inolvidável Larousse. Assim concebida, ela é um ideal para que devem tender os legisladores, os juízes, os promotores públicos, os advogados, mas que não nos é possível alcançar, porque jamais ultrapassaremos os estreitos limites das capacidades humanas.

Logo, considerando as explanações feitas acima, entende-se que a noção de justiça é representada por um conceito normativo, mas não moral, e significa um fim social, constantemente equiparada às ideias de equilíbrio, igualdade e retribuição. Assim, ela se apresenta como uma virtude ou qualidade dos homens; uma espécie de valor moral que mistura a razão e a emoção, necessária para o convívio em sociedade ao reger as condutas humanas.

A noção de justiça, conseqüentemente, mostra-se estritamente ligada ao direito, uma vez que dentro do ordenamento jurídico é vista em função das normas, as quais podem ser consideradas justas ou injustas; impondo-se como um princípio racional capaz de nortear o “jogo de igualdades e desigualdades” e os problemas a ser enfrentados pelo direito.

Por derradeiro, se faz essencial afirmarmos que a justiça não se confunde com o direito, pelo contrário, Hans Kelsen<sup>17</sup> nos ensina que um (a justiça) é o pressuposto para a realização do outro (o direito). Assim, podemos dizer que o objetivo do direito é a realização da justiça; este é o seu sentido, apesar de o direito existir sem que haja a justiça, não dependendo dela para sua validade.

## 1.2 A Justiça Contemporânea

<sup>16</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 359.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 67.

Pode-se perceber, até o momento, que a noção de justiça aparece interligada a outras noções, as quais remetem umas as outras e cujo primeiro exemplar é a própria noção de justiça.

Assim, a justiça vigente na atualidade, concernente ao âmbito do direito, possui o papel de delimitar e harmonizar os desejos, as pretensões e os interesses em conflito na vida em sociedade; sendo capaz de nortear o direito na solução dos litígios, a partir do momento em que os problemas do direito são vistos como problemas de distribuição.<sup>18</sup> Dessa forma, podemos dizer que, a justiça é o princípio regedor do direito.

Além disso, Norberto Bobbio<sup>19</sup> considera que lei, ordem e igualdade são as noções relacionadas à noção principal de justiça, e afirma que se tratam de noções definidas umas em função das outras. Em consequência da interação dessas quatro noções, temos que o discurso da justiça se articula na análise de três pares principais (justiça-lei, justiça-igualdade e justiça-ordem), e de três pares secundários (lei-igualdade, igualdade-ordem e ordem-lei).

No que diz respeito ao binômio “justiça-ordem”, seja como justiça distributiva, seja como justiça comutativa, a ideia de justiça “é inerente a cada possível representação de uma ordem”<sup>20</sup>, tanto da ordem cósmica, quanto da ordem social; representada pelo Estado.

O conhecimento da noção de Estado, determinada pelo momento histórico em que ele se encontra, é de suma importância, uma vez que é essa noção que irá delinear a teoria do processo e dar base aos seus institutos fundamentais, como a jurisdição.

Ada Pellegrini Grinover, em conjunto com Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos Araújo Cintra<sup>21</sup>, nos ensina que os escopos visados pelo Estado moderno, o qual exerce seu poder para a solução de conflitos interindividuais, abrangendo a capacidade de dirimir conflitos entre as pessoas, decidindo e impondo decisões no exercício da jurisdição, são de três ordens: sociais, políticos e jurídicos.

Ademais,

[...]prevalecendo as idéias do *Estado Social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para por em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para *realização*

<sup>18</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 313.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 308.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 318.

<sup>21</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30.

*da justiça*. Afirma-se que objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem-comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça<sup>22</sup>.

Assim, qualquer pretensão não satisfeita, trazida pela parte ao processo visa a uma solução que “faça justiça” a ambas as partes envolvidas no conflito, devendo, portanto, o processo, ser manipulado de tal forma que garanta aos seus participantes o acesso à justiça.

Em virtude do que foi afirmado acima, podemos conceber a Justiça contemporânea como um objetivo pautado na efetividade do acesso à justiça; ou seja, “fazer” justiça, contemporaneamente, significa garantir que qualquer pessoa envolvida em uma lide tenha a possibilidade de ter sua demanda dirimida através do acesso, facilitado e garantido, ao poder judiciário; e mais, que esse acesso seja efetivo. Afinal, “só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça”<sup>23</sup>.

No entanto, o acesso à justiça não se perfaz apenas com a admissão do processo ou a possibilidade de se ingressar em juízo; é necessário, também, que o maior número possível de pessoas seja aceito a demandar e a defender-se de forma adequada. Então, acesso à justiça significa:

acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos<sup>24</sup>.

Em virtude disso, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni<sup>25</sup>, o direito a essa tutela jurisdicional e à efetividade de defesa “são garantias de justiça do cidadão que descendem da Constituição”. Assim, a temática do acesso à justiça considera a teoria do Estado, retratada acima, e a perspectiva constitucional; na medida em que trabalha a teoria do processo a partir da Democracia Social.

Então, o tema do acesso à justiça, objetivando a superação das desigualdades que impossibilitam o acesso, deve ser focalizado no Estado Democrático de Direito, instituído

<sup>22</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

<sup>23</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1. p. 115.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 28.

<sup>25</sup> *Ibidem*. p. 21.

pela Constituição Federal brasileira de 1988. Este é pautado na democracia social e composto por princípios da justiça social e do pluralismo; devendo se realizar através da democracia participativa, a qual é prevista de varias formas na Constituição, como a ação popular e a ação coletiva.

A fim de conduzir as partes a uma ordem jurídica justa e efetiva, o processo judicial, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é conduzido à luz dos princípios constitucionais do processo, como garantias, estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 88.

Os princípios constitucionais do processo são elencados na nossa Constituição, principalmente, nos incisos do artigo 5º; o qual trata dos direitos fundamentais, e tem o intuito de acabar, ou, pelo menos, amenizar as dificuldades para uma possibilidade efetiva de acesso à justiça.

Como ilustração de tal fato, elencaremos a seguir alguns dos óbices a serem enfrentados para que seja possível atingir a tão almejada ordem jurídica justa, e, respectivamente, as garantias constitucionais capazes de saná-los: a) o alto custo dos processos – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV, CF 88); b) a morosidade processual – duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação, assegurados a todos (artigo 5º, LXXVIII, CF 88); c) impedimento de litigar para a defesa dos direitos supra-individuais – garantia do mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, CF 88).

Cabe, ainda, falarmos sobre os mais relevantes princípios constitucionais processuais presentes na nossa Constituição, os quais são garantidores do efetivo acesso à justiça; e, conseqüentemente, importantíssimos instrumentos na luta de tornar possível a justiça, tratada aqui, no contexto contemporâneo. Sem dúvida, o principal é o princípio do Devido Processo Legal (artigo 5º, LIV, CF 88), o qual, de acordo com Nelson Nery Júnior<sup>26</sup>, bastaria ser enunciado na Constituição de 88 para que o *caput* e a maioria dos incisos do artigo 5º fossem todos dispensáveis.

Segundo o mesmo doutrinador, isso ocorre em virtude das demais garantias fundamentais serem derivadas do devido processo legal; uma vez que da locução “devido processo legal” compreende as seguintes garantias: direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; direito a um julgamento rápido e publico; direito ao arrolamento de testemunhas e a notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; direito ao

---

<sup>26</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 70.

contraditório; direito à igualdade de acusação e defesa; direito de não ser acusado nem condenado através de provas ilegais; entre outras<sup>27</sup>.

Além desse princípio, temos ainda, o princípio da Isonomia (artigo 5º, I, CF 88); o princípio do Juiz e do Promotor Natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, CF 88); o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, conhecido também por princípio do Direito de Ação (artigo 5º, XXXV, CF 88), segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa (artigo 5º, LV, CF 88); o princípio da Proibição da Prova Ilícita (artigo 5º, LVI, CF 88); o princípio da Publicidade dos Atos Processuais (artigo 5º, LX, CF 88); o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, o qual assegura o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior; e por fim, o princípio da Motivação das Decisões Judiciais (artigo 93, IX, CF 88).

Devido à grande relevância para o presente trabalho, cabe falarmos de forma mais detalhada sobre dois desses princípios: o Princípio do Contraditório e o Princípio da Ampla Defesa, os quais são desdobramentos do Devido Processo Legal.

O Princípio do Contraditório, ou princípio da bilateralidade da ação, de acordo com Rui Portanova<sup>28</sup> é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas”, o que, segundo ele, torna deste princípio um “elemento essencial ao processo”, representando a garantia de que o processo seja democrático.

Tal princípio está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 88, o qual preceitua que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes”. Assim, o contraditório se pauta em fundamentos lógico e político; a bilateralidade da ação e da pretensão, gerando a bilateralidade do processo, são o fundamento lógico; enquanto que o fato de ninguém poder ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político<sup>29</sup>.

Dessa forma, por meio do Princípio do Contraditório, não basta que a parte seja intimada e ouvida, permitindo a produção de provas, é necessário, também, que ele seja pleno e efetivo. Além de acolher as razões das partes existe a preocupação de que essas razões possam de fato influenciar no convencimento do juiz.

---

<sup>27</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 70.

<sup>28</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 160-161.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 161.

O Princípio da Ampla Defesa, ou princípio da defesa plena, diante do qual “o cidadão tem plena liberdade, de em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas”<sup>30</sup>, é considerado uma consequência do Princípio do Contraditório e também está presente no artigo 5<sup>a</sup>, LV, da CF.

No entanto, a ampla defesa deve ser informada pelo princípio da efetividade social do processo, pois não basta que haja o direito de se defender, é necessário que essa defesa seja plena, que a parte possa se defender de todas as maneiras possíveis, com a liberdade para oferecer alegações e meios. De acordo com Portanova<sup>31</sup>, “só assim ter-se-á certa paridade de partes no processo”.

Resta-nos, ainda, expor dois importantes princípios que fazem parte do processo decisório dos magistrados e sobre os quais há muita discussão: proporcionalidade e razoabilidade.

A doutrina tradicional conceitua esses dois princípios praticamente como sinônimos, pois ambos buscam garantir o equilíbrio e a justiça da atividade do Estado, afastando o excesso da regra jurídica aplicada pela Administração Pública, derivam dos princípios da legalidade e da finalidade e estão presentes de forma implícita na Constituição de 1988.

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>32</sup>, o princípio da razoabilidade pode ser chamado de princípio da proibição de excesso e tem o objetivo de “aferir compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”. Enquanto que o princípio da proporcionalidade é considerado um desdobramento daquele e exige que haja proporção entre as consequências jurídicas advindas da atividade da Administração Pública e o fato que deu origem à demanda.

Já a teoria moderna acredita que há uma independência entre tais princípios, enquanto a razoabilidade, no direito americano, está mais voltada à racionalidade, bom senso e discricionariedade (falaremos melhor sobre ela no próximo capítulo, item 2.3); a proporcionalidade, no direito alemão, possui um conceito mais objetivo.

O princípio da proporcionalidade é considerado o “princípio dos princípios” por ser um verdadeiro princípio ordenador do direito, de acordo com Willis Santiago Guerra Filho<sup>33</sup>. Isso

---

<sup>30</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 125.

<sup>31</sup> *Ibidem*. p. 127.

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93

<sup>33</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 79.

porque, apesar de implícito na Constituição Federal de 1988, corresponde a uma garantia fundamental e decorre do princípio da isonomia.

Ele se divide em proporcionalidade em sentido estrito e nos subprincípios da exigibilidade e adequação. Segundo Henrique Garbellini Carnio<sup>34</sup>:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito prevê que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Isto quer dizer essencialmente que não se pode ferir o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, no sentido de que mesmo que haja desvantagens para o interesse de pessoas (de qualquer forma juridicamente consideradas), acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os subprincípios da adequação e exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*) determinam que o meio escolhido se preste a atingir o fim estabelecido, mostrando-se assim “adequado”, meio este que também deve se mostrar “exigível”, o que significa que não há outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais.

Então, concluindo, fazer justiça, na atualidade, configura-se na efetividade do processo e no acesso à justiça; gerando a plena consecução da missão social do Estado, no exercício da jurisdição, de eliminar conflitos. A justiça contemporânea, no Estado Democrático de Direito, é garantida através dos princípios processuais constitucionais expostos na nossa Constituição Federal e permeados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade aplicados pelos magistrados em suas decisões.

Ressaltando que é esta a maneira encontrada pelo direito brasileiro para que a justiça siga sendo o pressuposto para a sua realização, conforme Hans Kelsen<sup>35</sup>, e para que ela possa, efetivamente, executar o papel de delimitar e harmonizar os desejos e as pretensões das partes, norteando o direito na solução de conflitos.

Cabe agora entendermos quais os mecanismos práticos do direito, dentro da sistemática do Processo Civil para que ele sempre caminhe na busca da realização de seu objetivo maior: a justiça. Este será o objeto de estudo do próximo item.

### 1.3 A Finalidade do Processo

---

<sup>34</sup> CARNIO, Henrique Garbellini. **Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade**: Apontamentos a Partir da Teoria Alemã da Proporcionalidade. In: Revista Jurídica UNIRAXÁ, Araxá, v. 15, n. 14, p. 101-112, 2011. p. 104.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 67.

Vimos anteriormente, que justiça contemporânea é sinônimo de efetividade do acesso à justiça, a qual, no Estado Democrático de Direito é garantida pelos princípios constitucionais do processo, estabelecidos na Constituição brasileira de 1988; e ademais, assegura também o direito ao processo justo e com duração razoável. Assim, o processo assume o papel de assegurar o direito fundamental de acesso à via judiciária e de garantir o cumprimento das normas constitucionais de Direito Processual Constitucional; com a finalidade de realizar justiça e sempre nos lembrando da justiça como um princípio que irá nortear o direito na sua tarefa de solucionar conflitos.

Mas afinal, o que é Processo? O que é Direito Processual? O que é Processo Civil? Qual a sua relação com a Justiça? Como ele se presta a realizar a Justiça?

É o que responderemos a seguir.

Diante da insatisfação de uma pessoa, em virtude de uma pretensão não satisfeita, o Estado pode ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; a qual será realizada por ele em parceria com as partes envolvidas no conflito e seguindo determinadas regras estabelecidas. Processo é o nome que se dá a essa soma de atividades e poderes, impulsionados por deveres, ônus e sujeições<sup>36</sup>.

Ou seja, o processo surge da necessidade do Estado, no exercício da jurisdição, de solucionar um conflito de interesses, com uma pretensão resistida ou insatisfeita, da parte que o procurou para solucionar a sua demanda. A atividade jurisdicional do Estado é realizada através de um método de trabalho constituído por um conjunto de normas e princípios; denominado Direito Processual.

Portanto, Direito Processual é “o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”<sup>37</sup>; diferindo-se do Direito Material na medida em que este é um complexo de normas que regulam relações jurídicas de matérias determinadas, referentes aos bens da vida (direito civil, penal, tributário etc.), e aquele disciplina as relações dos sujeitos processuais (como a posição das partes e a forma dos atos).

Já o Processo Civil é considerado um gênero do Direito Processual, e configura-se no conjunto de normas jurídicas e princípios destinados a solucionar a lide responsável por estabelecer as regras de solução da lide. Para Francesco Carnelutti<sup>38</sup>, Processo Civil é o meio para eliminar o litígio, encontrando a senda da justiça, restabelecendo a paz entre as partes e combatendo o germen da discórdia; ou seja, a injustiça.

---

<sup>36</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46.

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 46.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas: Minelli, 2002. p. 36.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, trazendo os princípios constitucionais aplicados ao processo, concebe-se que “o processo destina-se a realização dos valores do Estado e da própria sociedade”<sup>39</sup>; ampliando a visão do processo para além das meras discussões técnico-jurídicas, conforme nos ensina Cândido Rangel Dinamarco<sup>40</sup>, em sua obra *Instituições de Direito Processual Civil*. Fato este confirmado pelas palavras de Francesco Carnelutti<sup>41</sup>, a seguir:

É o momento de repetir que os homens tem, antes de mais nada, a necessidade de viver em paz; mas se não há justiça, é inútil esperar a paz. Por isso não deveria haver nenhum serviço público ao qual o Estado dedicasse tantos cuidados como o que recebe o nome de processo.

Assim, afirma-se que “o processo é um instrumento”<sup>42</sup>, uma vez que o processo existe e se legitima na sociedade pela razão de seu escopo ser de “pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça”<sup>43</sup>, o que se enquadra perfeitamente na definição de instrumento ser o meio que se legitima pelo seu fim.

A instrumentalidade do processo, em virtude de sua própria finalidade é muito bem explicitada na seguinte passagem:

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver a sociedade à paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídicos. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político<sup>44</sup>.

Essa instrumentalidade processual ocorre em dois âmbitos: o positivo e o negativo. Pelo positivo, o processo está relacionado à adequação do processo aos escopos sociais,

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 186.

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1. p. 128.

<sup>41</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas: Minelli, 2002. p. 167.

<sup>42</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 181.

<sup>43</sup> *Ibidem*. p. 128.

<sup>44</sup> ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

jurídicos e políticos (efetividade processual); enquanto no que diz respeito ao âmbito negativo, o processo, a sua finalidade e as suas regras não possuem valor absoluto capaz de se sobrepor ao direito material, não tendo fim em si mesmo.

Portanto, a grande finalidade do processo é eliminar os litígios, de forma a garantir a realização dos valores do Estado e da sociedade, realizando seu papel como o próprio instrumento de consecução da justiça; garantindo o efetivo acesso à justiça, por meio do respeito aos princípios constitucionais processuais, em especial os princípios derivados do Devido Processo Legal.

Diante disso, podemos concluir que o grande elemento delimitador do processo jurídico é a sua relação intrínseca com os princípios, pois mais que suas regras, são os princípios que delimitam o papel do processo na realização da justiça. Assim, o princípio é mais que uma norma, ele representa uma diretriz dentro do ordenamento jurídico. Como já dissemos, a justiça se realiza no direito brasileiro contemporâneo por meio da observância dos princípios processuais inseridos na Constituição Federal de 1988.

Já destacamos os princípios constitucionais processuais quando falamos da Justiça Contemporânea no contexto do direito brasileiro, como o Devido Processo Legal, o Contraditório e a Ampla Defesa. Além destes, Rui Portanova<sup>45</sup> divide os princípios do Processo Civil em gerais (no âmbito da jurisdição e do juiz, como o princípio do Juiz Natural; no âmbito da ação e defesa, como o princípio do Acesso à Justiça; e no âmbito do processo e do procedimento, como o próprio princípio do Devido Processo Legal) e em princípios informativos (lógico, jurídico, político, econômico, instrumental e efetivo).

Assim, todo o Processo Civil brasileiro é informado por princípios, os quais apresentam grande importância no seu exercício e devem ser perseguidos para que o processo, de fato, se configure como um instrumento para a realização da justiça.

Faz-se salutar destacarmos ainda, que a concretização do Processo Civil como instrumento, no sentido de perseguir a justiça, guiando-se pelos princípios do Processo Civil, depende majoritariamente da postura dos operadores do direito, conforme observaremos agora.

#### **1.4 A Função dos Operadores do Direito**

Para que o Processo se estabeleça como um instrumento eficaz de realização da justiça não basta que ele seja usado corretamente; ele deve atingir a finalidade para o qual foi criado:

---

<sup>45</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 127.

atingir a justiça, respeitando os escopos sociais, políticos e jurídicos. Para tanto, deve-se primar sempre pelo respeito aos princípios constitucionais e processuais, principalmente ao devido processo legal; gerando, conseqüentemente, o pleno acesso à justiça e à efetividade processual.

É na mudança de sua postura, que o operador do direito, ao dar mais importância ao indivíduo e menos importância à técnica processual, se torna capaz de utilizar o Processo como instrumento de persecução da justiça em sua aplicação contemporânea da nova visão da ciência processual.

Tal postura enquadra-se principalmente ao papel desempenhado pelos juízes, pois de acordo com a clássica lição de Giuseppe Chiovenda<sup>46</sup>, “o processo deve dar, quanto for possível, praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”; e quem mais teria a possibilidade de aplicar o Processo nesses moldes e de realizar a justiça dessa maneira, se não fossem os juízes?

São eles que podem, ou devem, dar uma decisão judicial, coletiva ou individual, de modo a enfrentar as regras processuais, se isto for necessário para dar a cada um o que lhe for de direito; consolidando o Processo como instrumento pela busca da justiça. Afinal, o juiz é considerado o intérprete e aplicador autêntico do Direito<sup>47</sup> e, para tanto, deve ter a capacidade de fazer um juízo crítico adequado.

Todavia, essa regra e a tendência individualizadora das sentenças dão ao juiz uma liberdade de apreciação subjetiva muito extensa, podendo resultar em decisões arbitrárias ou parciais, consideradas injustas.

É nesse quesito que reside o perigo, afinal de contas, juízes são seres humanos, possuem desejos, memória, opiniões e sentimentos próprios e assim, suas decisões não estão livres de subjetivismos e juízos de valor particulares. No entanto, para agir legitimamente e realizar a justiça tratada acima, a atuação dos magistrados deve ser racionalmente fundamentada e pautada nas leis e na Constituição.

É por esse motivo que, nos próximos capítulos, analisaremos mais aprofundadamente a atuação dos magistrados para a consecução da justiça e, no último capítulo, estudaremos o fenômeno chamado Ativismo Judicial.

---

<sup>46</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1. p. 46.

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 387-388.

## 2 A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS

Conforme nos ensina Willis Santiago Guerra Filho<sup>48</sup>, o avanço da teoria do direito contemporânea se difunde cada vez mais “com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”, distinguindo as normas jurídicas que são regras (descrição de hipótese fática e consequência jurídica) das que são princípios (prescrição de um valor).

O desenvolvimento dessa nova teoria do direito é resultado da aproximação com a interpretação de textos constitucionais no exercício da jurisdição constitucional quando se trata dos *hard cases*, os quais não são resolvidos satisfatoriamente apenas com a aplicação das normas jurídicas, necessitando dos princípios (maior abstração), conforme observaremos nas teorias a serem estudadas a seguir.

Já para Miguel Reale<sup>49</sup>:

A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito embuída de “racionalidade abstrata”, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao “homo juridicus”. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros *atos de razão*. Na realidade, sabemos que **o juiz, antes de ser juiz, é um homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social**, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta de experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e de objetividade. (grifo nosso)

Assim, o mesmo doutrinador nos ensina que o ato de sentenciar não se trata apenas de um ato racional, pois antes de mais nada, existe uma atitude de estimativa do juiz diante da prova; o que não quer dizer que o direito possa prescindir de estruturas racionais, mas o mesmo também não pode ser simplificado em uma sucessão de silogismos<sup>50</sup>.

Em decorrência disso, a ordem jurídica se mostra como uma rede de normas e princípios entrelaçados, sendo compreensível que no Estado Democrático de Direito o Processo seja utilizado como instrumento de sua atuação, “ao aplicar o conjunto de normas que formam essa ordem jurídica: o Judiciário”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172.

<sup>49</sup> REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

<sup>50</sup> *Ibidem*. p. 113.

<sup>51</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188.

Sobre o papel do Poder Judiciário, Willis Santiago Guerra Filho<sup>52</sup> nos ensina que:

O papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje não é de se esperar uma posição subalterna perante os outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.

Assim, para entendermos melhor a atividade dos juízes, devemos estudar a própria decisão *lato sensu* e as relações entre o Direito, a interpretação, a lógica e a argumentação.

## 2.1 A Decisão

Segundo Willis Santiago Guerra Filho<sup>53</sup>, no direito pós-moderno existe uma tendência de crescente “procedimentalização”, o que corrobora o item 1.3 deste trabalho e significa dizer que:

a natureza dos problemas que se colocam para serem resolvidos pela regulamentação jurídica seria de um ineditismo e complexidade tal que o modo principal de resolver problemas jurídicos na modernidade, através da legislação, com suas normas gerais e abstratas, feitas a partir de espécies de fatos ocorridos no passado e para regular toda uma série indeterminada de fatos semelhantes a ocorrerem no futuro, mostra-se disfuncional. Daí necessidade crescente de se desenvolver a *dimensão processual do Direito*, em que há normas para permitir, em toda e qualquer hipótese, a aplicação de outras normas para a solução dos problemas jurídicos, ainda que se tenha de lançar mão de normas sem uma referência direta a espécies de fatos, mas sim a valores, como é o caso das normas constitucionais consagrando direitos fundamentais, os princípios.

Assim, pode-se dizer que a forma judicial de aplicação do Direito se torna mais importante em relação à forma legislativa, o que exige mais reflexões sobre os aspectos processuais do Direito. É nesse contexto que se apresenta, de forma extremamente relevante, a discussão sobre qual a principal manifestação do Direito: a decisão ou a norma?

Para a tomada de decisão, a doutrina dogmática preocupa-se com requisitos técnicos utilizados por aquele que irá tomar a decisão; adaptando sua ação à natureza dos conflitos e fazendo com que esta decisão prevaleça e esteja em conformidade com o direito. O problema,

<sup>52</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 188-189.

<sup>53</sup> *Ibidem*. p. 24.

segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>54</sup>, é que a teoria dogmática, diferentemente da analítica e da hermenêutica, não possui nenhuma forma específica e acaba restringindo-se a uma discussão meramente filosófica sobre a legitimidade do poder decisório ou se perde em técnicas decisórias não aplicáveis a todos os casos.

Tradicionalmente, “o termo *decisão* está ligado aos processos deliberativos”<sup>55</sup>, aparecendo como ato que se encerra com a possibilidade escolhida; atualmente, a decisão tem sido considerada um ato mais complexo, o qual faz parte de um processo de aprendizagem que se encerra com a resposta (questão de legitimidade). Nesse processo decisório busca-se a satisfação mediata ou imediata de um conflito, podendo-se dizer que o termo *decisão* é correlato ao termo *conflito*, o qual se entende como um conjunto de alternativas advindo da diversidade de interesses<sup>56</sup>.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>57</sup>:

É nos termos desse quadro teórico que devemos localizar a dogmática da decisão. A doutrina revela-se nesse sentido como uma investigação prática das regras de decisão e de configuração de conflitos. O fenômeno jurídico é captado, neste modelo, como um sistema de controle de comportamento, e decisão e conflito são dois termos correlatos que se centralizam na noção de controle: poder de decisão de conflitos institucionalizados.

Ademais, como o ato de decidir é uma ação humana, ele é também um ato de comunicação; uma vez que é a ação de alguém para alguém. Então, na decisão jurídica, a qual exige fundamentação (provar e comprovar), temos um discurso racional. Ainda segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>58</sup>:

A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever da prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final, a decisão jurídica termina as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isso não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada. Da argumentação para a obtenção das decisões cuida a teoria da argumentação jurídica.

Segundo a teoria perelmaniana, a qual será estudada mais aprofundadamente em breve, afirma-se que a argumentação se opõe a demonstração, uma vez que ela se refere aos

---

<sup>54</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 286.

<sup>55</sup> *Ibidem*. p. 286.

<sup>56</sup> *Ibidem*. p. 287.

<sup>57</sup> *Ibidem*. p. 289.

<sup>58</sup> *Ibidem*. p. 299.

raciocínios persuasivos, como os políticos e jurídicos, ademais a teoria da argumentação “desenvolveu-se com base na ideia de que nem toda prova é concebível como redução à evidência, mas requer técnicas capazes de provocar ou acrescer a adesão dos espíritos às teses que se apresentam em seu descortínio”<sup>59</sup>.

Argumentar é tecer argumentos sobre alguma questão e no âmbito jurídico aparece no sentido de alegar, sendo um modo específico de raciocinar; mas a argumentação jurídica não se restringe apenas a uma enumeração qualquer. Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>60</sup> no ensina que: “argumentar juridicamente significa, na verdade, tomar o direito como imposição normativa de uma ordem de distribuição, conforme princípios de justiça, que admitem duas possibilidades tipológicas que podemos denominar de sistema formal e sistema material”.

O sistema formal organiza o conjunto de normas conforme graus de generalidade, que vão do geral (norma que se estende ao maior número de pessoas) ao particular; enquanto que o sistema material organiza o sistema de normas conforme graus de universalidade, que vão do universal (norma que compreende o maior número de conteúdo) ao específico.

Vale ressaltar que:

Esse duplo enfoque, encarado pelo aplicador na construção dos argumentos, traduz uma escolha ética dentro de um conflito fundamental entre induzir a fazer aquilo que é *correto* e induzir a fazer aquilo que é *bom*. O que implica argumentações ora para obter decisões consistentes em agir corretamente segundo as leis e os princípios, nas quais as idéias de dever e correção (justiça como relação justa: justeza) são os temas centrais, ora para obter decisões consistentes na tentativa da satisfação de determinados fins considerados bons, nas quais a idéia de bem (justiça como senso absoluto do justo).

[...]

A distinção entre justiça como justeza e como senso absoluto do justo, termos de sentido orientador da argumentação, permite, em suma, entender as diferentes possibilidades argumentativas do direito, dando conta inclusive das combinatórias de argumentos daí resultantes. Nesses termos, se os argumentos admitem usos pragmáticos diferentes, que afetam a força da argumentação, a força predominante de uma (justeza) ou de outra (justo absoluto) afetam também a tomada de decisões jurídicas<sup>61</sup>.

Diante disso, é sabido que no raciocínio jurídico existe uma grande diversidade de abordagens sobre um mesmo tema, sendo variadas as interpretações possíveis diante de um

<sup>59</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 300.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 319.

<sup>61</sup> *Ibidem*. p. 320.

fenômeno. É por esse motivo, segundo Theodor Viehweg<sup>62</sup>, a retórica aparece como instrumento de convencimento e de persuasão por meio da construção de argumentos.

No entanto, o Direito não pode abrigar sentidos infinitos, sob pena de gerar insegurança jurídica e inaplicabilidade das normas; para impedir isso, existem soluções jurídicas como os pré-julgados, as súmulas e a jurisprudência. Por mais que existam inúmeras interpretações, é necessário que se chegue a uma decisão definitiva para determinado conflito jurídico.

## 2.2 A Interpretação

É exatamente no momento da escolha de determinado sentido textual, para a realização da decisão definitiva, que se apresenta o papel da argumentação; a qual irá sustentar a escolha interpretativa feita pelo julgador. Nesse momento então, a interpretação pode funcionar como uma alargadora dos textos do sistema jurídico, possibilitando que os mesmos sejam adaptados aos casos concretos; em síntese, é a atividade de interpretação dos juristas que irá completar o sistema jurídico diante das lacunas da lei.

Verifica-se, portanto, que a interpretação é construtiva para o Direito. Não cabe ao legislador, mas ao *sujeito-da-interpretação*, ou ao usuário da linguagem jurídica de modo geral, atribuir sentidos a textos normativos. Se o usuário for a um só tempo intérprete e aplicador, então a aplicação, a decisão, se forjará de acordo com uma interpretação sustentada em provas racionais. Com esse tipo de atitude ante a discussão da interpretação, não se está a atribuir ao *texto-em-si* um sentido único; está-se, em verdade, atribuindo ao usuário o poder de ‘dizer’ o sentido jurídico (*juris-dictio*)<sup>63</sup>.

Visto isso, podemos dizer que todas as expressões abertas utilizadas pelo legislador, como “boa-fé”, “fins sociais”, “bem comum”, “moralidade”, entre outras, consideradas *tópois* (lugares comuns), acabam por beneficiar os intérpretes e aplicadores do direito em sua função de adequar o texto da lei ao caso concreto e contexto em que se insere; sendo, inclusive, um mecanismo do legislador para manter a aplicabilidade da lei.

Necessário se faz salientar, no entanto, que existem limites interpretativos impostos ao “sujeito-da-interpretação”. Recaséns Siches<sup>64</sup> fala na existência de uma razoabilidade interpretativa, excluindo o problema da verdade na argumentação e a apresentando como um

<sup>62</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 196-201.

<sup>63</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 569.

<sup>64</sup> SICHES, Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación Jurídica**. 2 ed. México: Porrúa, 1973.

exercício racional. Corroborando essa teoria, Chaïm Perelman<sup>65</sup> afirma que a argumentação deve se apresentar de forma coerente, razoável e plausível; ou seja, a interpretação jurídica deve estar respaldada pela lei, pelos métodos e técnicas apropriados, não pode ser arbitrária.

Conclui-se portanto, que a participação do intérprete na construção do texto jurídico está vinculada pelo legislador e que a interpretação, em si, está vinculada a valores, ideologias, conceitos e momentos econômicos vigentes na sociedade; “nesse sentido, o fazer jurídico é um *lógos* que se constrói sobre a instabilidade do *dever-ser*, mas não deixa de ser um *lógos* do razoável”<sup>66</sup>.

Por derradeiro:

Deve-se repisar que interpretar é fazer da literal letra da lei um dado real da vida de existentes e paupáveis cidadãos e cidadãs. O estudioso do Direito que só aplica a lei em sua frieza (*summus ius, summa iniuria*) desconhece a verdadeira razão de ser do Direito, vale dizer, seu potencial transformador e equanimizador das relações sociais<sup>67</sup>.

Onde, então, encontramos a lógica, a razão, para a interpretação realizada pelos juízes na sua tomada de decisão?

### 2.3 A Lógica Argumentativa de Chaïm Perelman

O termo *lógos* pode ser considerado como a “razão verbalizada”<sup>68</sup>.

A lógica jurídica, considerada uma lógica argumentativa, envolve juízos de valor e em nada tem a ver com a lógica formal, matemática. É o que esclarece o excerto a seguir:

Em um sistema formal, uma vez enunciados os axiomas e formuladas as regras de dedução admitidas, resta apenas aplicá-las corretamente para demonstrar os teoremas de uma forma impositiva. Se a demonstração estiver correta, devemos inclinar-nos diante do resultado obtido e, se aceitarmos a verdade dos axiomas, admitir a verdade do teorema, enquanto não tivermos dúvidas sobre a coerência do sistema. O mesmo, porém, não acontece quando argumentamos<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação: A Nova Retórica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>66</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 571.

<sup>67</sup> *Ibidem*. p. 571.

<sup>68</sup> *Ibidem*. p. 572.

<sup>69</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 170.

Podemos dizer então, que a atividade decisória é um procedimento de interpretação de textos normativos, mas não se resume apenas à interpretação; pois o “Direito funciona à medida que suas práticas discursivas interagem entre si e com outras práticas alheias ao sistema jurídico. [...] o discurso decisório movimenta o sentido normativo”<sup>70</sup>.

Assim, a decisão, por meio da interpretação, apresenta um novo sentido normativo; conferindo ao texto a capacidade de individualizar juridicamente o problema em questão, solucionando-o. Nesse caso, ocorre uma atividade prudencial, uma vez que:

Quando, por razões de bom senso, de equidade ou de interesse geral, uma solução se apresenta como a única admissível, ela é que tende a impor-se também em direito, ainda que seja obrigado a recorrer a uma argumentação especiosa para mostrar sua conformidade com as normas legais em vigor<sup>71</sup>.

Para Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>72</sup>, “essa é uma visão que destaca e acentua o relevo do agente decisório na criação e aplicação da textualidade normativa à materialidade dos acontecimentos jurídicos, enquanto exercício da razão prática, enquanto *prudencia*”. É a interpretação e o entendimento do juiz, como agente da decisão, que irão definir o sentido da norma, pois ela se encontra em aberto até que o poder responsável a defina.

Assim, podemos dizer que na presença de lacunas e antinomias da norma, a atividade de construção de sentido das normas, deve-se atentar para o estudo dos fenômenos semióticos; pois são eles que ajudarão no entendimento da complexidade do ato de tomar uma decisão/julgar. Isso decorre do fato de a decisão se originar de uma fusão de processos decodificativos, culturais, ideológicos, sociais, psicológicos, pragmáticos e interpretativos, conforme estudaremos no próximo capítulo.

Abre-se, então, espaço para o apelo de contrariedade à lógica formal no âmbito do direito, pois a interpretação jurídica exige razoabilidade diante das decisões que envolvem inúmeras variáveis valorativas. Nas palavras de Recaséns Siches<sup>73</sup>,

---

<sup>70</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 574.

<sup>71</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 190.

<sup>72</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 574.

<sup>73</sup> “*el proceso de interpretación de una norma general respecto de los casos singulares, la individualización de las consecuencias de esa norma para tales casos, y las valoraciones que la interpretación y la individualización deban ir experimentando, todo eso, debe caer bajo el dominio del logos de lo humano, del logos de la acción humana. No es algo fortuito, ni tampoco algo que pueda ser decidido arbitrariamente. Es algo que debe ser razonablemente. Pero para eso no sirven las razones de tipo matemático. La lógica tradicional, la de la razón pura, no sirve para tratar ni resolver tales problemas. Necesitamos otro tipo de lógica, la cual es también lógica, pero diferente de la lógica tradicional: necesitamos de la lógica de lo humano, la lógica de lo razonable,*

o processo de interpretação de uma norma geral em relação a casos individuais, a identificação das consequências desta regra para esses casos, e as valorações que interpretação e a individualização devem experimentar, tudo isso, deve cair sob o domínio do logos do ser humano, do logos da ação humana. Não é fortuito, nem uma coisa que pode ser decidida arbitrariamente. É algo que deve ser razoavelmente. Mas para isso não servem as razões de tipo matemático. A lógica tradicional, da razão pura, não serve para tratar ou resolver tais problemas. Precisamos de outro tipo de lógica, a qual também é lógica, mas diferente da lógica tradicional: precisamos da lógica humana, a lógica da razão, ao contrário da lógica tradicional. (tradução livre)

É inegável concluir que toda prática jurídica seja carregada de uma lógica de valores, utilizando de uma razão instrumental para reger o convívio em sociedade, então, negar a perspectiva apresentada acima, da existência de uma lógica do razoável, seria negar a própria razão de ser do Direito. Sendo assim, nos resta uma questão: Como se procede essa razoabilidade nas decisões jurídicas?

Respondendo a esta questão, para Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>74</sup>, a razoabilidade:

- a) é exercida em função da ponderação de variantes circunstanciais, de modo que sua produção impede que se cristalice *ad perpetuum*, permanecendo claramente variante;
- b) não se exerce como expressão da opinião singular e não necessariamente como expressão coletiva, mas obedece a parâmetros de entendimentos jurídicos majoritários, o que reclama o estudo das palpitações da teoria da argumentação e do convencimento na busca do sentido mais plausível e sustentável;
- c) operacionaliza-se em função das necessidades práticas e ocorrências fenomênicas que demandam uma ação, no caso, jurídico-decisória pelo curso performativo, de modo que ocorre dentro de práticas sociojurídicas de sentido, imersa numa cultura;
- d) apela para a *prudentia* humana, que extrai soluções e vivencia experiências *in casu*, a partir das variáveis situacionais e vivenciais;
- e) constrói no uso discursivo e argumentativo a situação de exercício da razão jurídica, em comunicação e historicamente;
- f) em meio a juízos de intertextualidade, o poder estabelece sentido, em face da necessidade de decidir, à medida que encerra a cadeia interpretativa, atribuindo sentido às normas jurídicas.

---

*a diferencia de la lógica de lo tradicional.*” In: SICHES, Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 5 ed. México: Porrúa, 1975. p. 143.

<sup>74</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 576.

Dessa maneira, o reducionismo provocado pelo pensamento da lógica matemática aplicada ao Direito compromete a entrada e saída de valores no universo das práticas jurídicas, prejudicando a aproximação entre o Direito na teoria e a sua aplicação na realidade.

A complexidade do processo decisório no sistema jurídico não encontra respaldo no mecanicismo rigoroso da lógica formal; tal processo só gera soluções satisfatórias para os conflitos derivados da interação social se estiver revestido de razoabilidade, prudência e ponderação.

Nesse sentido, o trabalho teórico de Chaïm Perelman<sup>75</sup>, cujo foco foi o raciocínio jurídico, encontrou repercussão, ainda durante sua vida, nos estudos de lógica judiciária da Escola de Bruxelas. Dentre as questões principais de que tratou em seu trabalho, sendo capaz de formar uma sólida reflexão sobre o julgamento e o próprio ato de decisão do juiz, estão: 1. Como raciocinar de forma jurídica?; 2. Quais as peculiaridades e características do raciocínio jurídico ?; 3. Como o juiz constrói um decisão justa?; entre outras.

Para Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>76</sup>:

O pensador Chaïm Perelman, com seus estudos sobre a nova retórica, a lógica e a argumentação, na história das idéias contemporâneas, em matéria jurídica, a um só tempo, inovou com as contribuições (lógica, jurídica, ética e direito...) e resgatou alguns testemunhos históricos sobre temáticas importantes (a nova retórica e o pensamento aristotélico...), incrementando os debates atuais. Alguns autores chegam a ver prenúncios de uma Semiótica Jurídica no seio dos escritos de Perelman, o que denuncia sua preocupação com a pragmática e o uso do discurso pelos operadores do direito.

Visto isso, podemos dizer que ao estudar a argumentação dentro do sistema jurídico, o referido autor se preocupa em entender o funcionamento da prática jurídica e o processo de julgamento que acaba por criar a norma individual. Ademais, ele possui “um objetivo muito claro, jamais negado ou desmentido em seus escritos: declarar guerra ao positivismo jurídico”<sup>77</sup>.

Isso, pois para ele, o raciocínio jurídico não pode ocorrer de forma mecanizada e exata, não se resume a aplicação da lei, é necessário o pensamento de um juiz; como podemos depreender da passagem a seguir:

---

<sup>75</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Nouvelle Réthorique: logique et réthorique**. In: LEMPEREUR, Alain (Dir.). **L'homme et la Réthorique**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1990.

<sup>76</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 445.

<sup>77</sup> *Ibidem*. p. 446.

Se a justiça pode julgar, se nós pudéssemos mecanizá-las, as máquinas poderiam dizer o direito de uma maneira mais rápida e menos custoso que o homem. Mas, as máquinas não são capazes de julgamento, e é por isso que, diante de todas as situações difíceis, o recurso ao juiz (tribunais) é indispensável<sup>78</sup>. (tradução livre)

Porém, há de se ressaltar que essa reflexão antiformalista perelmaniana não ocorre no sentido de extinguir o raciocínio lógico-formal, mas sim de definir as bases de uma lógica jurídica que caminha para além do raciocínio dedutivo; de forma a não reduzir o judicial/jurídico a uma mera dedução (premissa maior, premissa menor, síntese).

Segundo Chaïm Perelman<sup>79</sup>, a lógica judiciária não se resume à mera dedução de conclusões extraídas do texto da lei, “deve-se antes verificar que a própria atividade de definição do conteúdo das premissas do raciocínio é uma atividade complexa para o juiz”<sup>80</sup>, pois um texto jurídico não é capaz de gerar um sentido pleno e absoluto, e desta forma, ele não pode ser encarado como possuidor de apenas um sentido; o campo de interpretação é vasto.

Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>81</sup> esclarece que o raciocínio jurídico de que trata o referido autor, se refere ao raciocínio fundamentado na decisão do juiz (responsável por recolher os elementos fundamentais esboçados pelos outros profissionais do direito e os demais dados necessário para a decisão) e que consiste em todo ato de aplicação da lei. Devemos, no entanto, ressaltar que esse raciocínio não tem o intuito de estabelecer uma verdade jurídica e o juiz não aparece como a “boca da lei”, o julgador não faz verdade.

Assim, o estudo de Chaïm Perelman, segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>82</sup>, está mais focado no juízo racional do magistrado no processo de obtenção da decisão,

[...] o juiz não invoca nenhum tipo de metafísica da justiça para resolver os casos concretos que estão diante de seus olhos, mas a sensos humanos e racionais, calçados sobretudo em experiências, valores, provas e discursos. Então, não se trarão à baila questões como a da justiça, visto que se procura substituir esta noção metafísica por outras que correspondem à **realidade material das práticas jurídicas**. A justiça é um termo equívoco, e faz apelo a valores sociais, éticos, morais sujeitos a grandes transformações

<sup>78</sup> “Si la justice pouvait se passer de jugement, si on pouvait la mécaniser, les machines pourraient dire le droit d’une façon beaucoup plus rapide et beaucoup moins coûteuse que l’homme. Mais, les machines n’ont pas de jugement, et c’est pourquoi, dans toutes situations délicates, le recours au juge est indispensable”. In: PERELMAN, Chaïm. **Le Champ de L’Argumentation**. Bruxelas: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970. p. 146.

<sup>79</sup> Idem. **Droit, Morale et Philosophie**. 2 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976. p. 93.

<sup>80</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 446.

<sup>81</sup> Ibidem. p. 447.

<sup>82</sup> Ibidem. p. 447.

semânticas no tempo e no espaço. [...] Perelman, portanto, não está preocupado em conceituar justiça, mas em vê-la acontecer nos casos concretos, e, corriqueiramente, a noção de justiça, em sua reflexão, é substituída por aquela de equidade dos casos concretos, tendo-se em vista a liberdade de convencimento do juiz. (grifo nosso)

Dessa forma, na teoria perelmaniana, a justiça das decisões ocorre na tentativa do juiz de equilibrar a equidade e o princípio da legalidade, sopesando e administrando valores diante de cada caso concreto e tomando a decisão mais plausível possível. Em seu trabalho, então, ele afasta o jurista da lógica formal e aproxima do que seria a lógica jurídica, argumentativa, capaz de construir o discurso do saber jurídico (equidade, justiça, razoabilidade) nas decisões judiciais.

Essa lógica argumentativa passa a ter um forte papel na atuação prática dos julgadores e juristas no geral, pois se trata de uma lógica voltada para o caso concreto no sistema jurídico. Sob a ótica dessa lógica argumentativa, totalmente oposta àquela proposta por Kelsen, o juiz realiza um complexo exercício de elaboração, valoração e ponderação, em que as normas jurídicas não são o único ponto de referência; pois dividem espaço com aspectos psicológicos, intuições pessoais, vivências e histórias comunitárias<sup>83</sup>.

A decisão do juiz, resultado final do processo de julgamento, é influenciada pelos argumentos, relatos e provas apresentados pelos demais operadores do direito e para chegar a ela, trata-se de um ato prudencial de ponderação do juiz. A argumentação dessa decisão, enquadrando o caso concreto juridicamente e logicamente às regras de determinado sistema jurídico, por ser a expressão legítima de um órgão investido de poder para tanto, coloca fim aos demais argumentos apresentados pelas partes.

No sistema de Chaïm Perelman<sup>84</sup>, toda atividade argumentativa está conectada à razão e o raciocínio jurídico é o raciocínio dialético, por meio do qual as partes reivindicam seus direitos e através dos quais o juiz se utiliza para formar a sua convicção. Segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>85</sup>, Chaïm Perelman está consciente de que a lei não prevê todas as hipóteses para ocorrências futuras e de que as palavras vagas e expressões indeterminadas da lei dão maior abertura e liberdade para o juiz tomar decisões; o que torna a atuação dos julgadores ainda mais complexa. Para completar:

---

<sup>83</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 450/451.

<sup>84</sup> PERELMAN, Chaïm. **Le Champ de L'Argumentation**. Bruxelas: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970. p. 329-332.

<sup>85</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 453.

O julgador possui a atribuição de construir e completar o sistema jurídico, que por sinal, tendo em vista as lacunas e as antinomias jurídicas, não é um sistema fechado, mas aberto. Perelman admite que se fale em sistema jurídico, mas não que se fale em sistema jurídico fechado, hermético, distanciado da prática prudencial, do convívio, da argumentação, do razoável de cada situação. [...] O julgador possui o poder, inclusive, de superar a lei para fazer justiça<sup>86</sup>.

Essa nova retórica proposta por Chaïm Perelman<sup>87</sup>, como pudemos notar e com a qual concordamos plenamente, ultrapassando as fronteiras do positivismo jurídico, incentiva os juízes a pensarem para além dos ditames da letra da lei; levando-os a raciocinar os fatos, normas e provas de forma valorativa, sendo capazes de gerar argumentos a favor ou contra os interesses de determinada causa, mas que independente disso, sejam argumentos revelados por meio da prática e discurso judiciários<sup>88</sup>.

Além disso, segundo Chaïm Perelman<sup>89</sup>, é esse discurso o responsável por acessar a consciência do juiz e se fazer instalar o gérmen de uma decisão favorável em determinado caso. Nesse sentido, a retórica é o instrumento que oferece conhecimento sobre as formas de argumentação e dos auditórios disponíveis, uma vez que deve haver uma adequação entre eles.

Na argumentação retórica, desenvolvida por meio de um sistema de ideias, não há obrigação do ouvinte em aceitar as conclusões do raciocínio desenvolvido; uma vez que tal argumentação não se trata de um sistema rígido de valores. Essa retórica trata, no entanto, de um “estudo técnico dos processos e dos instrumentos de produção de convencimento e persuasão, mas que o conteúdo dos expedientes retóricos utilizados caminhem para a verossimilhança, e não para a sofística pura e simples”<sup>90</sup>.

Assim sendo, a filosofia perelmaniana se foca no raciocínio jurídico, detectando as preocupações dos magistrados no processo de tomada de decisão; uma vez que o poder de jurisdição, de justiça e de equidade fazem parte do complexo trabalho desses julgadores.

<sup>86</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 453.

<sup>87</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Nouvelle Réthorique: logique et réthorique**. In: LEMPEREUR, Alain (Dir.). **L'homme et la Réthorique**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1990.

<sup>88</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 453.

<sup>89</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Nouvelle Réthorique: logique et réthorique**. In: LEMPEREUR, Alain (Dir.). **L'homme et la Réthorique**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1990. p. 117-151.

<sup>90</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 454.

Negando o positivismo, o citado autor leva o raciocínio jurídico para além da lógica formal, tratando de uma lógica que pode ser chamada de dialética/argumentativa, diante da qual o raciocínio jurídico acontece baseado em casos concretos e as suas decisões são tomadas com base também no contexto de cada caso, além da lei. Para Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>91</sup>, “trata-se de um modelo teórico que apela para casuística na determinação do justo e que inscreve à argumentação a tarefa de instrumentalizar as atividades do jurista e operadores do direito”.

É nesses moldes que acreditamos que os magistrados devem agir e “realizar” a justiça, sem “autismo” e alienação jurídicos; raciocinando e argumentando como seres humanos que são, em busca da melhor solução para o problema de cada caso que se lhes apresente.

Vale ressaltar, que é nesse âmbito de argumentação jurídica, contra o mecanicismo jurídico e preocupada com as falácias da própria argumentação jurídica, é que se formará a chamada semiótica jurídica, que será estudada no próximo capítulo.

Então, no contexto atual da pós-modernidade, com a enorme velocidade em que a sociedade se modifica e a superação do positivismo jurídico rigoroso com a afirmação dos princípios jurídicos, surge a necessidade de uma procedimentalização do Direito, para que este possa atingir a sua função social com maior eficiência.

## 2.4 A Aplicabilidade dos Princípios e os Valores Morais de Ronald Dworkin

A partir dessa procedimentalização do Direito, as respostas do processo deixam de ser dadas e passam a ser construídas e desenvolvidas; não há uma verdade ou decisão já prontas. Passa a existir uma discussão sobre valores e princípios jurídicos, a qual vai além do debate positivismo *versus* jusnaturalismo.

Essa fase, chamada pós-positivista, possui como maior expoente Ronald Dworkin<sup>92</sup>, o qual “busca por uma abrangência do sentido e aplicabilidade dos princípios a partir da constatação de que a concepção positivista do Direito como sistema de regras resulta em um modelo infiel à complexidade e sofisticação de suas práticas”<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 455.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>93</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 170.

Para esse autor, também contrariando o positivismo e corroborando e complementando a opinião do autor exposto anteriormente, o juízo jurídico não existe sem que se faça um juízo moral.

Na teoria de Ronald Dworkin<sup>94</sup>, o Direito “antes de ser um exemplo de regras que aplicam ora de maneira mecânica (*easy cases*), ora de maneira ‘refletida’ nos casos difíceis, é mais uma atitude interpretativa de uma comunidade que realiza a justiça”<sup>95</sup>. Nesse sentido, “o juiz está vinculado não somente pelo caso, mas pelo conjunto de determinações que pressionam sua decisão para decidir abrigo argumentos de princípio, mas não de política”<sup>96</sup>.

Ou seja, sempre haverá uma ponderação do juiz em relação ao caso que ele estiver resolvendo no momento; assim, cada caso será único. Ponderar, nesse sentido, significa refletir sobre princípios e quando houver um conflito entre eles, solucioná-lo por meio de uma análise cuidadosa que a sociedade, e não só o intérprete, fazem da prática jurídica e social. É isso que constitui a chamada “integridade”, na teoria dworkiana; diante da qual uma decisão só é justa, se apresentar uma resposta correta para o caso. Assim, a resposta correta para cada caso é o que garante essa integridade ao sistema jurídico.

Para o referido autor, deve-se fazer do objeto da interpretação o melhor que ela possa ser e nesse enfoque, o Direito é visto como fruto da concepção histórica de justiça, não podendo se desatrelar das suas próprias práticas sociais. A interpretação do Direito deve seguir as regras da “conveniência” – escolha dos casos semelhantes à situação em questão e dos argumentos apropriados –, e as regras do “valor” – escolha do valor de justiça que irá sustentar os argumentos, em acordo com a “moral política”; esta considerada a solução mais apropriada a um *hard case*.

Ao contrário do que versa o positivismo, o sistema jurídico não é composto apenas por normas, mas também por princípios, os quais são sempre aplicáveis na interpretação *in casu*, embora mais necessários nos casos de ambiguidade, lacunas e antinomia. Os *hard cases* (casos complexos que chegam aos tribunais) são os que mais ensejam a aplicação de princípios; contudo, “se o caso for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita

---

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>95</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 421.

<sup>96</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 459.

uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticos”<sup>97</sup>.

Os argumentos de orientação política são aqueles que representam uma meta econômica ou social a ser alcançada na comunidade, enquanto que os argumentos de princípio são um modelo a ser seguido pelos juízes, uma vez que representam uma exigência de justiça, de imparcialidade e de moralidade.

Então, podemos dizer, que os princípios são a ferramenta que auxilia o juiz na decisão judicial, construindo um inter-relação histórica com os valores morais; pois é necessária coerência ao relacionar o que foi decretado pelo legislador (normas) com o que as instituições reconhecem como práticas sociais legítimas (princípios) diante da recorribilidade à história e à prática em torno da justiça. Salientando a justiça como condição de possibilidade de bem-estar social<sup>98</sup>. Apenas dessa maneira existe a possibilidade de não comprometer a democracia ao resolver os *hard cases*.

Apresenta-se assim, o juiz vinculado a dados constantes do sistema jurídico, mas que ao mesmo tempo não estão contidos em normas específicas. No entanto, os princípios não são sinônimo de segurança jurídica para a decisão judicial, pois são passíveis de interpretações diferentes por juízes diferentes.

O juiz, antes de tudo, é um ser humano, e como tal possui ideias, convicções, valores e experiências pessoais; isso não quer dizer, no entanto, que o juiz vá tomar sua decisão livremente e arbitrariamente com base nessas inclinações próprias. De acordo com Ronald Dworkin<sup>99</sup>, um juiz, “só muito raramente irá mostrar esse tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado”.

Sobre a atuação dos julgadores dos casos difíceis, Ronald Dworkin<sup>100</sup> afirma que eles tem o dever de descobrir o direito das partes, mas não devem inventar novos direitos retroativamente; o juiz deve agir de acordo com os princípios, os quais possuem valores determinados em si mesmos e não de acordo com escolhas políticas (preferências político-sociais).

Ou seja, os magistrados não estão autorizados a simplesmente criar direito novo, pois o ato de decisão ocorre de acordo com uma tradição, uma história, e não pode se desvincular

---

<sup>97</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 131.

<sup>98</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005. p. 426.

<sup>99</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 175.

<sup>100</sup> *Ibidem*. p. 127.

totalmente de seus precedentes e nem tornar incoerente o discurso jurídico. Ademais, conforme Ronald Dworkin<sup>101</sup>:

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

Essa teoria interpretativa de Ronald Dworkin<sup>102</sup>, pautada na dinâmica de integridade do direito vista anteriormente, é explicada por meio de uma metáfora chamada de “romance em cadeia”. Ao interpretar, cada juiz tem o dever de desempenhar o papel de um escritor que está escrevendo um romance em conjunto com outros e para isso, ele deve ler tudo que foi escrito pelos outros autores e dar continuação à narrativa de forma coerente e que permita uma continuação também coerente. Ou seja, a ele não é permitido se desvincular do passado e ao mesmo tempo permitir que se faça uma conexão com o futuro.

Dessa forma, o sistema jurídico só é coerente e completo se os princípios que dele fazem parte forem avaliados. O juiz não tem liberdade indeterminada para poder atuar conforme seu arbítrio, mas ele possui um papel crítico, não apenas de aplicar regras do ordenamento e reproduzir a lógica dos precedentes, mas também de ser capaz de ponderar os valores em debate, especialmente quando se trata de uma situação complexa. Então, nos afirma Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>103</sup> que:

Aí está não só a chave para a compreensão do juiz-Hércules em seu pensamento, mas sobretudo a chave para a compreensão da idéia de que o raciocínio que legitima a lógica jurídica não é de pura racionalidade apodítica, mas sim de uma espécie de ação mental que pratica permanente e inexaurivelmente a busca do razoável.

O juiz, diante dos *hard cases*, deve proceder uma escolha, recorrendo a critérios de justiça que se encontram fora da ordem jurídica concreta e em decorrência disso, são abertos

---

<sup>101</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132.

<sup>102</sup> Idem. **O Império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 377-492.

<sup>103</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 467.

caminhos para decisões polêmicas, diante das quais o julgador é convidado a pensar os limites entre o Direito e a Política. Adentramos então, no campo de preocupação com os limites da interpretação e valorações pessoais das normas e princípios na tomada de decisão, o que vai impulsionar o Ativismo Judicial tratado no quarto capítulo do presente trabalho.

Diante disso, nos perguntamos “como as convicções morais de um juiz devem influenciar seus julgamentos acerca do que é direito?”<sup>104</sup>.

Ronald Dworkin<sup>105</sup> afirma que:

juristas, sociólogos, filósofos do direito, políticos e juízes têm, todos, suas respostas a essa pergunta, e elas vão de ‘nada’ a ‘tudo’. Tenho minhas próprias respostas, que defendi em livros e artigos ao longo dos últimos trinta anos. Nos ensaios agora reunidos nesse volume, discuto as teorias de vários estudiosos que divergem das minhas posições, cada qual a se modo e em diferentes níveis.

Para Ronald Dworkin<sup>106</sup>, “o direito exige, proíbe, permite ou cria e compartilha muitos pressupostos sobre os tipos de argumentos que são pertinentes à defesa de tais afirmações”, assim, “as proposições de direito desempenham um importante papel numa complexa rede de pressupostos e crenças e o sentido de que se investem advém desse papel”; e dentro dessa complexa rede de pressupostos e crenças, trata-se de uma questão de importância fundamental saber “se os critérios morais estão entre aqueles que os juízes e outras autoridades devem utilizar para decidir quando essas proposições são verdadeiras”.

Ademais,

É importante decidir se os critérios morais se encontram em alguma ocasião - e, se assim for, quando - entre as condições de veracidade das proposições de direito: as condições que devem vigorar para que tal proposição seja verdadeira. Isso é particularmente importante nas comunidades políticas como a nossa, em que importantes decisões políticas são tomadas por juízes dos quais se espera a responsabilidade de decidir apenas quando proposições de direito verdadeiras assim o exigem ou autorizem<sup>107</sup>.

Contudo, para fins de uma definição precisa do tipo de estrutura social que pode ser considerada sistema jurídico, não se poderá confundir o conceito doutrinário do direito com o seu conceito sociológico, já que, devemos utilizar o vocábulo para designar um tipo

<sup>104</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.

<sup>105</sup> *Ibidem*. p. 3-4.

<sup>106</sup> *Ibidem*. p. 4-5.

<sup>107</sup> *Ibidem*. p. 5.

específico de estrutura sócio-institucional.

De qualquer sorte, o conceito doutrinário de direito figura entre os limites do conceito sociológico da seguinte maneira: nada é um sistema jurídico no sentido sociológico a que menos que faça sentido perguntar que direitos e deveres o sistema reconhece. Essa é a interconexão importante entre dois conceitos, mas reconhece o autor que essa relação não é recíproca, pois nem todo conjunto de normas mobilizador de direitos e deveres irá constituir um sistema jurídico.

Paralelamente aos conceitos doutrinários e sociológicos do direito, Ronald Dworkin<sup>108</sup> entende haver um conceito taxonômico e outro conceito aspiracional, ao qual só designar-se como “o ideal de legalidade ou Estado de Direito”, que poderá ser compreendido como um ideal meramente formal (a legalidade é plenamente assegurada quando se exige que as autoridades só ajam de modo permitido pelos critérios estabelecidos) ou concebida como uma concepção mais substantiva do ideal (a legalidade só se sustenta quando os critérios aceitos pelas autoridades respeitam certos direitos básicos dos cidadãos).

Na maioria dos sistemas jurídicos do mundo julgar as proposições de direito como verdadeiras ou falsas depende da análise das leis que foram aprovadas pelo poder legislativo e também das decisões judiciais. Assim, deve-se atentar para as diferentes maneiras em que a moral pode estar presente ao tomar-se uma decisão acerca de o que é o direito.

Os conceitos, afirma Ronald Dworkin<sup>109</sup>,

podem atender a tipos muito diferentes de usos, e nossa teoria de qualquer dos conceitos de direito deve ser sensível ao papel que supomos que ele deva desempenhar. A questão fundamental é: quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem, claramente, concordar e divergir acerca de sua aplicação?

As distinções que ele apresenta ajudam a entender a resposta a pergunta formulada: a) conceitos baseados em critérios; b) conceitos de espécies naturais; e c) conceitos interpretativos. O conceito doutrinário de direito funciona como um conceito interpretativo, pelo menos em comunidades complexas.

Assim,

---

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 9.

<sup>109</sup> *Ibidem*. p. 15.

No estágio seguinte da teoria jurídica, que podemos chamar de estágio teórico, um teórico deve elaborar um tipo de teoria do direito que seja apropriada, tendo em vista a resposta por ele dada, no estágio semântico, à pergunta sobre que tipo de conceito é o doutrinário. Como acredito que ele seja um conceito interpretativo, tento, no estágio teórico, fazer uma interpretação geral das práticas em que esse conceito aparece<sup>110</sup>.

Portanto, a moral está presente nesse estágio, uma vez que a melhor maneira de se entender um valor político é um valor de moralidade política. Então, assim que a teoria do valor do direito for exposta no estágio teórico, parte-se para o estágio doutrinário; no qual são elaboradas descrições das condições de veracidade das proposições de direito.

Então, Ronald Dworkin<sup>111</sup> afirma:

Do meu ponto de vista, a melhor maneira de aplicar a interpretação da prática jurídica com base na integridade é adotar, no estágio doutrinário, condições de veracidade que tornem a pergunta acerca do que é direito, quando aplicado a quaisquer questões, ela própria uma pergunta interpretativa. Afirmo que uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea.

Com efeito, afirma Ronald Dworkin<sup>112</sup> que “a maioria das pessoas acredita que certos tipos de decisão política – em particular aquelas dos juízes que detêm o monopólio do poder de coação do Estado – só devem ser tomados quando necessários ou permitidos por proposições de direito verdadeiras. Para essas pessoas, isso configura uma restrição quase absoluta”. E, apresenta, a seguinte conclusão:

devemos, portanto, reconhecer um quarto estágio da análise jurídica: o nível da decisão judicial, em que se coloca a questão de saber o que autoridades políticas, das quais geralmente se espera que apliquem o direito, devem na verdade fazer em casos específicos. Trata-se, sem dúvida, de uma questão política e, conseqüentemente, também de uma questão moral. Não de uma questão sobre o modo como a moral figura na identificação do direito, mas sim de uma questão sobre quando, se é que alguma vez, a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem.

Assim, a moral está envolvida na identificação do direito não apenas no estágio

---

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20.

<sup>111</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>112</sup> *Ibidem*. p. 28.

teórico da teoria jurídica, mas também no estágio doutrinário e no estágio da decisão judicial de maneira quase integral. E,

como é do conhecimento de qualquer jurista não há diferença, no caso do direito, entre pensar na e com a prática. Trata-se da mesma coisa. Um bom juiz verá ‘naturalmente’ e ‘sem novas reflexões’ que faz parte de seu trabalho ser autoconsciente e autocrítico, perguntar quais são, realmente, as suas ‘obrigações’, que ‘evidência é, de fato evidência’, e assim por diante<sup>113</sup>.

De acordo com a teoria dworkiana, para ser correto a uma norma constitucional é necessário proceder a uma interpretação não apenas do texto atual da Constituição, como também do seu histórico, da sua prática do passado. A fidelidade ao texto da Constituição não esgota a interpretação constitucional e, em certas ocasiões, a integridade constitucional em sua plenitude pode exigir um resultado que não se poderia justificar por meio da melhor interpretação do texto constitucional, compreendido este como algo apartado da história de sua vigência, e que talvez chegasse, inclusive a contradizer tal interpretação.

Assim, levanta-se a hipótese de que talvez os juízes julgassem melhor se colocassem de lado a fidelidade. Talvez eles nos servissem melhor se seu objetivo fosse não o de aplicar a Constituição que temos, mas o de criar outra melhor ou, de qualquer modo, diferente. Porém, que bases teríamos a oferecer para descartar a fidelidade?

São elencadas, então, três virtudes que podem ser consideradas mais importantes no contexto constitucional, a saber, a questão da justiça; a democracia e o pragmatismo jurídico.

Ele menciona a justiça como um possível trunfo sobre as exigências da fidelidade para pô-la de lado, pois o suposto problema que identificamos não é que a fidelidade exija que os juízes defendam leis que considerem imorais. É quase o contrário disso: uma vez que a Constituição contém princípios morais abstratos, a fidelidade dá aos juízes uma excessiva liberdade de movimento para condenar leis que lhes pareçam injustas, embora tenham sido endossadas por um legislativo devidamente eleito.

Uma outra virtude que superaria a fidelidade é a democracia. Assim, numa verdadeira democracia as pessoas deveriam decidir as questões fundamentais de moralidade política por si próprias e não os juízes emitirem o tipo de juízo moral que a verdadeira fidelidade exigiria. Segundo essa objeção, se nos importarmos com nossa democracia faremos vistas grossa à fidelidade, pelo menos no caso das grandes cláusulas abstratas da Constituição, e insistiremos em atribuir um papel mais modesto aos nossos tribunais.

---

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 54.

O terceiro possível trunfo, pragmatismo jurídico – ou pelo menos, uma de suas vertentes mais importantes – sustenta que as decisões judiciais devem ser breves, criteriosas e experimentais. Tal afirmação é feita não por uma preocupação com a democracia, mas sim por uma convicção de que os juristas e os juízes farão melhor para a sociedade ao tentarem descobrir o que realmente funciona na prática, em vez de tentarem inferir decisões concretas a partir de afirmações de princípio extensas, longas e abstratas, do tipo que seria exigido pela fidelidade ao texto constitucional. Os juízes, afirmam os pragmatistas, devem concentrar-se nas circunstâncias reais e limitadas dos casos concretos, tentando apenas encontrar soluções conciliatórias para questões e interesses que são bem-sucedidos nesse contexto limitado.

Ronald Dworkin<sup>114</sup> acredita que:

[...] um juiz ou um cidadão que precisa decidir o que é o direito quando se vê diante de alguma questão complexa, deve interpretar o direito do passado para descobrir quais princípios melhor o justificam, e, em seguida, decidir o que tais princípios exigem no novo caso. Portanto, uma teoria do direito de um filósofo do direito não é diferente, em sua natureza – embora seja, sem dúvida, bem mais abstrata –, das alegações jurídicas comuns que os advogados fazem nos casos em que atuam.

[...]

[...] assim como os juristas devem engajar-se na interpretação construtiva e aspecto do direito estabelecido e da prática jurídica o que frequentemente terá uma dimensão moral-, para decidir o que é o direito quando se vê diante de questões específicas, os filósofos do direito e os filósofos políticos também devem utilizar a interpretação construtiva da prática jurídica como um todo - o que também terá uma dimensão moral - para defender concepções específicas do próprio conceito de direito.

Dessa forma, “os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis são responsáveis pela coerência de toda estrutura do direito”<sup>115</sup>.

Resumindo essa teoria:

Como os juízes devem raciocinar nos casos difíceis? Nos termos da combinação simples de positivismo e utilitarismo que descrevi, os juízes devem introduzir novas formas de julgamento para preencher as lacunas do direito, mas a combinação determina o caráter desse raciocínio judicial ao sustentar que os juízes devem tentar fazer o que o legislativo teria feito<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 200/305.

<sup>115</sup> *Ibidem*. p. 354.

<sup>116</sup> *Ibidem*. p. 355.

Isso posto, a concepção positivista do Direito como sistema de regras resulta em um modelo que não é fiel à complexidade e sofisticação de sua prática, principalmente quando se trata dos chamados *hard cases*, diante dos quais fica clara a utilização de outras fontes do direito, como os princípios éticos e morais. Nesses casos, além da mera utilização da norma, fica clara a necessidade de se sopesar princípios, os quais fazem parte do nosso ordenamento jurídico.

É o que se faz a partir da ponderação, da reflexão sobre os princípios, não analisando a hierarquia entre eles, mas sim qual deles pode ser a melhor solução para o caso concreto. Ou seja, a inconsistência aparente do direito pode ser resolvida a partir do momento que se defina o princípio racionalmente plausível; a única resposta correta para o caso em questão, mesmo que ela não se baseie na estrita legalidade.

## 2.5 A Racionalidade de Robert Alexy

É sob esta ótica que aparece Robert Alexy<sup>117</sup>, cuja discussão se foca, segundo Willis Santiago Guerra Filho<sup>118</sup>, na perspectiva de mútua fertilização entre os procedimentos lógico-formais de análise da estrutura do sistema normativo e os estudos pragmáticos de sua funcionalidade em determinado contexto, o que acaba por desenvolver uma teoria da argumentação jurídica capaz de assegurar uma racionalidade no processo de aplicação do direito.

Para Robert Alexy<sup>119</sup>, “os princípios são ‘determinações de otimização’ que se cumprem na medida das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente”, o que acaba por distingui-los das regras. Ou seja, os princípios não são aplicados de forma plena e integral diante de qualquer situação.

Diante disso, podemos dizer que a teoria alexyana parte da dicotomia entre regras e princípios elaborada por Ronald Dworkin<sup>120</sup>. Para este, a distinção entre regras e princípios tem natureza lógica e pode ser definida pela natureza da orientação que oferecem para o caso. Assim, as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser

---

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>118</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147.

<sup>119</sup> *Ibidem*. p. 170.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”<sup>121</sup>. Portanto, a partir do momento em que uma regra é considerada válida e seus pressupostos são verificados concretamente, a sua aplicação deve ocorrer de forma imediata.

Segundo Robert Alexy<sup>122</sup>, a decisão tomada em qualquer nível de fundamentação é uma decisão que revela o que pode ou deve ser feito, ou omitido e em decorrência dessa decisão, existe a preferência por certos comportamentos e ações em detrimento de outros. Nesse caso, o ato de preferir, se enquadra como uma valoração (juízo de valor), da qual o Direito não pode prescindir; à medida que, segundo Karl Larenz<sup>123</sup>, a aplicação da lei não se esgota na subsunção, pois exige uma valoração do aplicador.

No entanto, seria um erro deduzir que existe total liberdade para as convicções morais subjetivas dos aplicadores do direito; pois Robert Alexy<sup>124</sup> nos afirma ser possível objetivar essas valorações e que “deve-se sim exigir um modelo que, por um lado, permita levar em conta as convicções aceitas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço para os critérios do correto”.

Além disso, existem algumas possibilidades de tornar as valorações menos subjetivas, fazendo-as seguir um padrão aceitável dentro do sistema jurídico e impedindo a total arbitrariedade dos juízes, como: baseá-las em convicções e consensos existentes; extraí-las de materiais jurídicos, incluindo os precedentes; recorrer aos princípios e conhecimentos empíricos. Todavia, existem as mais variadas convicções e valorações para quase todos os casos práticos jurídicos e os consensos são raros; além disso, os princípios podem ser interpretados de formas diversas.

Sendo necessário, ressaltar ainda, que

a decisão jurídica não se pode fundamentar estritamente no sistema de valorações do ordenamento jurídico; não se pode, contudo, duvidar de que os posicionamentos valorativos formulados na Constituição ou em outras leis ou expressos em numerosas normas ou decisões são relevantes para a decisão a ser tomada. Como no caso das convicções da coletividade, o que se deve levar em conta, não é tanto a postulação da observância desses posicionamentos valorativos, mas sim a determinação exata das formas e regras segundo as quais esses podem e devem entrar na fundamentação da decisão<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>122</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 23.

<sup>123</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1982.

<sup>124</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 26-27.

<sup>125</sup> Ibidem. p. 28.

Isso posto, conclui-se que as valorações tomadas pelos julgadores nas suas decisões, podem ser explicadas, mas não podem ser justificadas sociologicamente ou psicologicamente. Em decorrência disso, a teoria alexyana tem a preocupação de encontrar critérios racionais de ponderação, afastando a discricionariedade das decisões.

De acordo com esta teoria, a argumentação jurídica se trata de uma atividade linguística de correção de enunciados normativos e tal atividade se denomina discurso prático. Assim, o discurso jurídico é considerado um caso especial de discurso prático geral; cuja diferença entre eles se encontra na liberdade limitada do discurso jurídico (limitação da lei, dos precedentes e da dogmática).

Para Robert Alexy<sup>126</sup> :

De grande interesse é, ademais, que Perelman, por um lado, oriente a argumentação racional de acordo com a ideia de universalidade, mas a vincule, por outro lado, ao estado social e historicamente dado das concepções e atitudes. A argumentação não pode partir de nada nem começar em qualquer ponto. Busca chegar, a partir do faticamente dado como concepções e atitudes, mediante um processo de elaboração racional, a resultados aceitáveis de maneira geral. Por isso, frequentemente não se pode indicar um resultado como o único e correto de maneira definitiva. Isso obriga a uma abertura à crítica e à tolerância.

Isso ocorre, pois as concepções da teoria perelmaniana, representaram uma tentativa de ampliação do conceito de racionalidade e a teoria alexyana considera que esse tipo de teoria, conhecida como tópico-retórica, apesar de acentuar a discussão como única instância de controle da validade de julgamentos valorativos, não oferece critérios capazes de garantir a racionalidade dos discursos jurídicos.

Assim, tenta-se elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica capaz de oferecer critérios para avaliar se um determinado juízo de valor pode ser racionalmente justificável. Uma fundamentação só pode ser considerada racional se puder explicitar suas razões de preferência.

Com esse intuito, Robert Alexy<sup>127</sup> formulou regras analíticas, apresentando uma espécie de código de razão prática, que seria “uma sinopse e uma formulação explícita de todas as regras e formas de argumentação prática racional”; as regras básicas são apresentadas como uma “condição prévia da possibilidade de toda comunicação linguística que dá origem a qualquer questão sobre a verdade ou a correção”.

---

<sup>126</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 173.

<sup>127</sup> Ibidem. p. 186.

São elas: 1. Nenhum orador pode se contradizer; 2. Todo orador só pode afirmar aquilo em crê; 3. Todo orador que aplique um predicado F a um objeto a, tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a em todos os aspectos importantes; e, 4. Diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados<sup>128</sup>.

Tentando criterizar a teoria perelmaniana, tais regras definem que um discurso racional precisa se basear numa linguagem única, ser sincero e pautado numa consistência lógica. A partir disso, ele cria um segundo grupo de regras e sustenta que o objetivo de uma afirmação não é apenas de expressar uma crença, mas também justificar e garantir a racionalidade do discurso.

É criado, ainda, um terceiro grupo de regras, o qual se preocupa com o ônus da justificativa, mas também introduz regras que regulam o modo específico de argumentação; convertendo a validade do argumento na possibilidade ideal de uma aceitabilidade por parte de todos os envolvidos, o que envolve, também, regras que garantam a reflexividade. Desse modo, todo falante deve aplicar a si mesmo as consequências da sua argumentação.

Além disso, existem regras abordando as concepções morais racionalmente justificadas; no entanto, admite-se que não é a observância dessas regras que garantem a racionalidade do discurso; uma vez que elas apenas aumentam a probabilidade de se alcançar um acordo em assuntos práticos, formando consensos que sempre estarão abertos a revisão, nos termos das próprias regras do discurso.

Assim, remete-se à interpretação para se obter a racionalidade aceitável em uma decisão jurídica, mas essa teoria da argumentação jurídica racional não garante a segurança de uma decisão. Não é a capacidade de gerar segurança que constitui o seu caráter racional, mas sim o fato de ela seguir determinadas regras, critérios e condições. A argumentação jurídica exige uma racionalidade de finalidade e verdade dos enunciados jurídicos, bem como a sua não contradição, o que também não garante, por si só, o caráter racional do discurso.

São necessários, então, critérios mais fortes; e, se uma discussão corresponder a esses critérios e regras, o resultado será considerado “correto”; o que faz das regras do discurso jurídico um instrumento de correção para as decisões jurídicas. Ademais,

o valor das regras e formas do discurso jurídico não se limita à explicação do conceito de argumentação jurídica racional (e, com isso, de pretensão de correção) e à sua função como critério de correção hipotético. Contém

---

<sup>128</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 187.

simultaneamente exigências sobre a argumentação que ocorrem de fato. Nesse sentido, constituem um critério para a análise das limitações necessárias na busca da decisão jurídica, por exemplo, no processo. Por isso, deve-se partir de fórmulas expostas, isto é, de que em determinada situação estão justificadas aquelas limitações que, em comparação com outras ou por si mesmas, oferecem uma maior oportunidade para alcançar um resultado que também teria sido alcançado sob condições ideais. Com isso, a teoria do discurso oferece um critério, em situações específicas, para a racionalidade das decisões produzidas neles<sup>129</sup>.

É a lei de colisão que irá garantir essa racionalidade das decisões, ou seja, um princípio só poderá ser satisfeito a custa de outro e a ponderação de princípios implica dizer que toda vez que houver um caso concreto de mesmas qualidades fáticas e jurídicas, o princípio que prevalecerá será sempre o mesmo, ou seja, será feita uma proporcionalidade; independente do juiz que esteja julgando o caso. Com essa regra, se garantiria a segurança jurídica.

Dessa forma, “os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isso pressupõe uma ordem social racional e justa”<sup>130</sup>; o que nos lembra a história contada por Ronald Dworkin<sup>131</sup> na introdução de seu livro chamado “A Justiça de Toga”, na qual o juiz da Suprema Corte Norte Americana, Oliver Wendell Holmes, responde a quem o falou para ele “fazer justiça”, que fazer justiça não era o seu trabalho.

No entanto, podemos dizer que com isso, a teoria alexyana acaba por renunciar a questão da justiça em prol da segurança jurídica e também acaba por retroceder a ciência do direito à lógica formal, uma vez que acredita que por meio de uma regra, quase que matemática, pessoas com visões diferentes serão capazes de decidir exatamente da mesma forma.

Analisando esses dois últimos autores, pode-se dizer então, conforme Willis Santiago Guerra Filho<sup>132</sup>, que “o método de aplicação dos princípios e da apreciação e implementação dos valores neles expressos se estrutura por meio de uma valoração explicitativa dos objetos que se pretende alcançar com seu emprego”. Enquanto um (Ronald Dworkin) trata os princípios como uma questão de ponderação e acredita ser possível encontrar apenas uma resposta correta para cada caso, outro (Robert Alexy) encara os princípios como uma questão

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 286.

<sup>130</sup> Ibidem. p. 286.

<sup>131</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.

<sup>132</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 170.

de proporção, os esvanziando de valoração e acreditando ser possível encontrar sempre a mesma resposta em casos parecidos, garantindo a segurança jurídica.

Essas duas teorias podem ser interpretadas como tentativas de impor um critério à atividade dos magistrados conforme entendida pelo primeiro autor apresentado neste capítulo (Chaïm Perelman), a qual possui a nossa maior simpatia, embora seja a mais subjetiva. O fato é que acreditamos numa determinada postura a ser seguida pelos magistrados, mas não na “robotização” dos mesmos e na padronização das decisões por meio de regras e critérios. Se assim fosse, o Direito poderia ser realizado por computadores!

Podemos dizer, então, que unindo as três teorias estudadas neste capítulo, o que deve prevalecer na atuação dos juízes ao construir as suas decisões e, dessa forma, realizar a justiça, é o que muito bem assinala, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>133</sup>:

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens.

Isso posto, seja na teoria de Chaïm Perelman, de Ronald Dworkin, ou de Robert Alexy, a atividade interpretativa é inerente à atuação dos magistrados; seja diante dos *hard cases*, de lacunas da lei, ou de decisões no geral, cada vez que um juiz aplica uma lei, ele está fazendo uma interpretação e usando a argumentação para justificar as suas escolhas de significado. Ele está sempre “criando” o direito que melhor se enquadre no caso concreto.

Sob essa perspectiva, não podemos dissociar do processo decisório as valorações morais e pessoais de cada magistrado; sendo impossível afirmar e, até mesmo, desejar, que o juiz seja totalmente imparcial, uma vez que ele não é uma máquina e possui sentimentos, vivências e vontades próprias. Nas palavras de Karl Larenz<sup>134</sup>, “toda aplicação genérica a um caso específico é necessariamente uma atividade pessoal, pelo qual será uma empresa inútil querer-se anular por completo a individualidade do juiz”.

Mas como os juízes decidem? Como optam por uma interpretação, em detrimento de outra? O que os influencia? É o que tentaremos entender no próximo capítulo. Passemos agora, ao entendimento prático e semiótico do processo de tomada de decisão pelos magistrados.

---

<sup>133</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.1162.

<sup>134</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1982. p. 70.

### 3 A DECISÃO SEMIÓTICA DOS MAGISTRADOS

A superação da interpretação mecanicista e formal do Direito, tal como concebida pelas correntes positivistas, tem ocorrido com a evolução das concepções teóricas sobre o Direito como fenômeno. Essa evolução começou a ocorrer a partir do momento em que o Direito deixou de ser encarado como ciência isolada e passou a se inter-relacionar com demais formas de se conhecer o homem que vive em sociedade.

Desde então, o Direito passou a ser encarado como um fenômeno que possui a linguagem como seu principal determinante; afinal de contas, não há Direito sem o discurso, sem a comunicação, visto que ele é uma ciência que rege os comportamentos humanos. A própria teoria de Chaïm Perelman<sup>135</sup>, estudada no capítulo anterior, e a citada teoria de Theodor Viehweg<sup>136</sup>, são prenúncios dessas atuais preocupações.

A linguagem surgiu da necessidade do homem se comunicar na sociedade e o Direito surgiu da necessidade do homem se organizar em sociedade; mas para que o direito pudesse exercer o seu papel ele teria de ser expresso, o que não aconteceria sem que houvesse primeiro a própria linguagem.

É através da linguagem que o Direito é disseminado em uma sociedade, da mesma maneira que a cultura; afinal de contas, tudo não passaria de pensamentos se não houvesse um sistema de signos e significados a ser expressado.

O Direito, segundo José Joaquim Calmon de Passos<sup>137</sup>, é servo da linguagem. O direito posto é linguagem, assim como o é o direito aplicado ao caso concreto; então, dissociar o direito da linguagem seria privá-lo da própria existência.

Assim, podemos concluir que o Direito Positivo, como produtor de um fenômeno que gera significado, é uma forma de linguagem. Para se firmar como um fenômeno social e se manifestar o Direito depende da linguagem, uma vez que todo ato da atividade jurídica envolve atos de linguagem.

Ademais, de acordo com Lúcia Santaella<sup>138</sup>, todos os sistemas e formas de linguagem tendem a se comportar como sistemas vivos, que se reproduzem, se readaptam, se transformam e se regeneram.

---

<sup>135</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Nouvelle Rhétorique: logique et rhétorique**. In: LEMPEREUR, Alain (Dir.). **L'homme et la Rhétorique**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1990.

<sup>136</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

<sup>137</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. Revista de Processo, v. 102, 2001. p. 63-64.

<sup>138</sup> SANTAELLA, Lúcia. **O que é Semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 20.

É exatamente o que ocorre com o Direito, pois as leis evoluem e se adaptam às necessidades da sociedade, a qual está em constante evolução. O papel do ordenamento jurídico é acompanhar a sociedade nessa evolução, para que ele não perca sua aplicabilidade.

No entanto, o Direito Positivo, assim como a teoria peirceana, apresenta seu grau de falibilidade; pois de acordo com o que abordaremos no capítulo sobre o Ativismo Judicial e com Clarice von Oertzen Araújo<sup>139</sup>:

Muitas vezes há contradição entre a previsão e a utilização dos critérios sintáticos prescritos para a produção normativa. Quando ocorre um questionamento concreto da legalidade das relações jurídicas assim estabelecidas, decisões judiciais frequentemente são proferidas em prestígio aos valores políticos, fazendo com que a imperatividade de uma ou várias normas ocorra segundo um critério semântico/pragmático, cuja sintaxe não corresponde à previsão genérica da ordem jurídica. Estes fenômenos provocam a dúvida e forçam a elaboração de reflexões sobre o sistema. Muitas vezes o resultado produzido é a reformulação ou a proposta de novas definições, considerando a possibilidade de falhas ou desvios dos critérios previamente estabelecidos para o estabelecimento das relações jurídicas.

Advinda dessa problemática, de discutir a função da linguagem dentro do Direito, surgiu a Semiótica, apresentando um estudo interdisciplinar sobre o Direito.

Os estudos mais recentes no campo da semiótica jurídica se desenvolvem no sentido da interpretação da teoria filosófico-semiótica de Charles Sanders Peirce, o qual será o foco da presente pesquisa.

A semiótica jurídica irá analisar o Direito sob o ponto de vista da juridicidade, ou seja, da sua produção textual. Tratando-se, nesse caso, de um *savoir-faire*; um método voltado para a construção da significação jurídica pelos aplicadores do Direito. Nesse sentido:

A Semiótica Jurídica não pode prescindir, diga-se desde já, de lançar sua metodologia adequadamente. Sua direção não deve ser outra senão a do universo do sistema cultural humano, portada por meio da qual se adentra ao universo dos valores deônticos. O Direito, frequentemente, embate-se não só com sua estrutura mutante, mas também com o fato de que a realidade é por si *pluri-discursiva* e polissêmica. A culturalidade, em uma análise de cunho jurídico, é e será sempre o supedâneo de toda a abordagem, visto que se trate aqui de perceber o fenômeno jurídico em sua produção, em sua estrutura regular de apresentação entre os fatos culturais. Esses encontram-se, portanto, subjacentes ao universo jurídico, que não só aflora sob o influxo sógnico, mas expressa-se por meio da positividade textualizada e estruturada num convencionalismo linguístico-formal de apresentação, de acordo com todas as regras comungadas pela comunidade linguística, em termos *sintáticos, pragmáticos e semânticos*. O participar humano na comunidade

<sup>139</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 16.

de valores e demais relações e implicações jurídico-sociais é um participante sógnico e discursivo não destacado das demais instituições sociais<sup>140</sup>.

Ademais, podemos dizer que o papel da semiótica jurídica, mais do que analisar os signos, é analisar a significação do sistema jurídico. O que torna possível entender o Direito como um todo, um fenômeno jurídico em sua completude e visualizar a dinâmica do discurso jurídico e a sua interação social – sociedade, cultura e discurso.

Sendo assim, a linguagem deixa de ser tratada como um instrumento do Direito e se corporifica no próprio Direito que é feito pelos tribunais, magistrados e pela doutrina; detectando as ideologias, valorações, dados culturais e interesses inerentes ao discurso jurídico criado por meio da interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

Passada esta breve introdução, partiremos agora aos assuntos a serem tratados neste capítulo.

### 3.1 Código x Repertório

Charles Sanders Peirce<sup>141</sup> define o signo como

um Cognoscível que, por um lado, é determinado [...] por algo *que não ele mesmo*, denominado de seu Objeto, enquanto, por outro lado, determina alguma Mente concreta ou potencial, determinação esta que denomino de Interpretante criado pelo Signo, de tal forma que essa Mente Interpretante é assim determinada mediatamente pelo Objeto.

Ou seja, o signo é a imagem mental de algo que representa, “é um primeiro que está em relação com um segundo, chamado seu objeto, de forma a ser capaz de determinar um terceiro, chamado seu interpretante”<sup>142</sup>.

Devemos observar, que a pessoa que interpreta um signo, “deve ser determinada pelo seu Objeto através de uma observação colateral totalmente independente da ação do Signo”<sup>143</sup>. Então, o objeto é o representado, mas o signo não tem a capacidade de representá-lo em todos os seus aspectos; pois o faz apenas sob o ponto de vista de alguém.

<sup>140</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 476.

<sup>141</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 160.

<sup>142</sup> PIGNATARI, Décio. **Semiótica e Literatura**. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 47.

<sup>143</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 160.

Isso ocorre, pois a representação de um objeto, para uma pessoa, difere da representação do mesmo objeto para outra pessoa, uma vez que os pontos de vista de cada um, ou seja, as observações colaterais, são diferentes.

Assim, o signo cria algo na mente da pessoa – intérprete, ou juiz no caso do presente trabalho – e essa criação é chamada de interpretante. Diante disso, podemos concluir que: o signo é a representação do objeto, enquanto que o interpretante é a ideia que se forma na mente de uma pessoa sobre o objeto representado pelo signo.

Nas palavras do próprio Charles Sanders Peirce<sup>144</sup>:

[...] aquilo que o autor pretendeu indicar ao leitor, presumindo que o leitor tenha toda a informação colateral necessária, o que quer dizer exatamente a qualidade do elemento entendedor da situação, em geral um elemento bastante familiar – provavelmente algo que o leitor nunca visualizou de forma tão clara antes – *isso* é o Interpretante do Signo – sua ‘significância’.

Podemos dizer, então, que é a observação colateral que irá influenciar na formação do interpretante do signo. Essa observação colateral é algo que não faz parte do signo e do objeto, é uma espécie de familiaridade prévia com aquilo que o signo denota; é o que também se conhece por experiência colateral e que podemos entender como a visão de mundo; o ponto de vista, como já citado anteriormente; o contexto; ou o repertório.

Segundo Charles Sanders Peirce<sup>145</sup>, devemos observar que:

na medida em que o Signo denota o Objeto, ele não exige nenhuma *inteligência* ou *Razão* particular da parte de seu Intérprete. Para ler-se um Signo, e distinguir um Signo do outro, o que se requer são percepções delicadas e familiaridade com aquilo que são os concomitantes usuais de tal aparência, e com aquilo que são as convenções do sistema de signos. Para conhecer o Objeto, o que se requer é experiência prévia desse Objeto Individual. O Objeto de todo Signo é um Individual, normalmente uma Coleção Individual de Individuais. [...] Conhecer o Interpretante, que é aquilo que o próprio Signo expressa, pode ser algo que requeira o mais alto grau de raciocínio.

Resumindo, todo esse processo ocorre numa relação triádica chamada de semiose, a qual ocorre na nossa mente cada vez que vamos interpretar um signo e é justamente uma associação triádica, na qual o signo representa um objeto na mente e gera uma ideia nessa mente, que é o interpretante. Esse interpretante é diretamente determinado pelo signo e indiretamente determinado pelo objeto.

<sup>144</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 162.

<sup>145</sup> *Ibidem*. p. 162.

Cabe ainda, explicarmos que, nessa relação, existem dois tipos de objeto: o primeiro é o objeto imediato, o qual faz parte da associação triádica; o segundo é o objeto dinâmico, o qual fica de fora da relação, mas influencia na formação do interpretante. O primeiro é o objeto como conhecido em um determinado signo (uma ideia), enquanto que o segundo é o objeto tal como ele mesmo, independente de qualquer particularidade, em todas as suas acepções.

Como ilustração dessa divisão, temos que

o ‘Sol’ pode significar uma ocasião para diversas sensações, e desta forma é Objeto Imediato, ou então pode significar nossa interpretação habitual de tais sensações em termos de lugar, de massa, etc. quando se torna Objeto Dinâmico. Em relação tanto ao Objeto Imediato quanto ao Dinâmico, a verdade é que o conhecimento deles não pode ser dado por um Retrato ou Descrição, nem por qualquer outro signo que tenha o Sol por Objeto<sup>146</sup>.

Consequentemente, um signo não pode ser entendido a menos que o seu intérprete tenha um conhecimento colateral prévio de cada um de seus objetos, sendo este conhecimento/experiência representado pelo objeto dinâmico, o qual também pode significar o contexto ou o repertório individual de cada intérprete<sup>147</sup>.

Sobre a importância do repertório, Décio Pignatari<sup>148</sup> afirma que:

A comunicação é uma função do código e do repertório, que, por sua vez, estão na dependência da *informação*. *Informação* não é uma ‘coisa’, mas uma relação estatística entre o que se conhece e o que não se conhece, entre o previsível e o imprevisível. O grau de imprevisibilidade dos sinais – da informação, portanto – vincula-se à capacidade de manipulação do código. Uma grande capacidade de manipulação do código implica um repertório mais redundante, mais previsível e ambíguo, menos preciso: quer-se informar mais do que os sinais comportam (vejam-se os nomes das revistas de fotonovelas, por exemplo). O problema da cultura reside justamente nos conflitos, antagônicos e não-antagônicos, entre os diversos repertórios, que tendem a coincidir com a divisão da sociedade em classes [...].

O repertório está sempre vinculado a um código padrão/básico, em função do qual ele se define. Podemos dizer que o código central da maioria das sociedades é a palavra escrita, então o repertório irá se definir em função disso; e assim, um país com altos índices de analfabetismo, pode ser considerado um país de baixo repertório.

<sup>146</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 163.

<sup>147</sup> Na teoria de peirceana não há identidade entre os conceitos de intérprete e interpretante, pois intérprete é a pessoa que interpreta um conteúdo ou signo ou idéia; enquanto que interpretante diz respeito à uma idéia formada na mente diante de uma representação de um objeto feita por um signo, na semiose.

<sup>148</sup> PIGNATARI, Décio. **Contracomunicação**. 3 ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 53.

Quanto maior o repertório, mais reduzida a audiência; quanto menor o repertório, mas ampla a audiência. Assim, a relação entre repertório e audiência, se dá de maneira inversamente proporcional. No universo jurídico, por exemplo, quanto maior for o repertório dos juízes, maior será a sua possibilidade de interpretação e de compreensão das leis e normas.

Ademais:

O conceito de repertório é importante para a análise dos fenômenos jurídicos porque a existência de um repertório de experiências, seja ele social ou individual, atua no sentido de influir nos hábitos de conduta, estando incluídos entre tais hábitos a obediência ou a desobediência de questões normativas<sup>149</sup>.

Assim, resta-nos concluir que:

O repertório, assim, é uma memória, assemelha-se a um acúmulo de experiências – as quais, no universo jurídico, ficam registradas pela jurisprudência. A jurisprudência sistematiza tudo a experiência tanto no âmbito das condutas, ao proferir decisões que devem ser cumpridas, como no código, ao deixar o registro de uma interpretação concreta, contribuindo para a formação de um repertório jurídico de forma interna ao código (sistema) e externa (conduta, contexto)<sup>150</sup>.

Cabe, ainda, ressaltar que a linguagem é a organização dos códigos para a manifestação do pensamento (representação) e que código é tudo que nos circunda e é representado pela linguagem; são os sinais, os signos.

É por meio desse código “unificador”, que, de acordo com Décio Pignatari<sup>151</sup>, os demais códigos se tornam inteligíveis; pois ele atua como um código tradutor, decodificador ou metalinguístico. Assim, para que haja comunicação, o ato de falar deve ter um código comum entre os seus participantes.

Então, segundo Clarice von Oertzen Araújo<sup>152</sup>, o Direito pode ser considerado um código. Um código artificial, de acordo com ela, na medida em que comunica padrões de comportamento lhes atribuindo valores; os comportamentos desejados são classificados como obrigatórios ou permitidos (legais) e os comportamentos indesejados são classificados como proibidos (ilegais).

<sup>149</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 48.

<sup>150</sup> *Ibidem*. p. 48.

<sup>151</sup> PIGNATARI, Décio. **Contracomunicação**. 3 ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 54.

<sup>152</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 18-19.

Além disso, é possível ver o Direito Positivo como um código em transformação e evolução, uma vez que ele, sendo a disciplina dos comportamentos sociais intersubjetivos, é suscetível de mudanças e adaptações diante das necessidades da sociedade, com o intuito de satisfazer o bem-estar social da forma mais econômica e racional.

### 3.2 A Operação de Seleção na Decisão

Como visto anteriormente, para que haja comunicação, o ato de falar deve ter um código comum entre os seus participantes.

De acordo com Roman Jakobson<sup>153</sup>:

Falar implica a seleção de certas entidades linguísticas e sua combinação em unidades linguísticas de mais alto grau de complexidade. Isso se evidencia imediatamente no nível lexical: quem fala seleciona palavras e as combina em frases, de acordo com o sistema sintático da língua que utiliza; as frases, por sua vez, são combinadas em enunciados. Mas o que fala não é de modo algum um agente completamente livre na sua escolha de palavras: a seleção (exceto nos casos de efetivo neologismo) deve ser feita a partir do repertório lexical que ele próprio e o destinatário da mensagem têm em comum.

Todo signo linguístico possui dois modos de arranjo: seleção (substituição) e combinação (contexto). A operação de seleção é realizada no eixo paradigmático, e se dá pela escolha do repertório lexical a ser utilizado na comunicação pretendida; ou seja, é a escolha de palavras, sinônimos ou antônimos a serem utilizados na comunicação. A elaboração de uma lei pelo Poder Legislativo é um exemplo dessa operação no direito<sup>154</sup>.

Já a operação de combinação é realizada no eixo sintagmático e como o próprio nome diz, se dá pela combinação das palavras escolhidas no eixo paradigmático para a formação de frases, sentenças ou até mesmo um discurso. Um exemplo jurídico de combinação, segundo Clarice von Oertzen Araújo<sup>155</sup>, na qual ocorre a combinação entre o direito material e o formal, é o artigo 295, V, do CPC; pois este prescreve que a petição inicial será indeferida quando o procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa.

Nas palavras de Clarice von Oertzen Araújo<sup>156</sup>:

---

<sup>153</sup> JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 22 ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 46.

<sup>154</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 29.

<sup>155</sup> *Ibidem*. p. 33.

<sup>156</sup> *Ibidem*. p. 27.

No eixo paradigmático estariam compreendidas operações relativas ao domínio que um usuário ou o emissor de uma mensagem possui a respeito do repertório lexical de uma língua como código: o domínio do significado, variação que compreende, por exemplo, o conhecimento dos sinônimos e também dos antônimos. Já no eixo horizontal, sintagmático, estariam compreendidas as operações ou ações linguísticas que encerram o conhecimento da sintaxe de uma língua, as normas de encadeamento de uma sequência de signos ou palavras, assim compreendidas, por exemplo, as noções de gramática.

Ainda sobre essas duas operações, Roman Jakobson<sup>157</sup> ensina que,

a seleção (e, correlativamente, a substituição) concerne às entidades associadas no código mas não na mensagem dada, ao passo que, no caso da combinação, as entidades estão associadas em ambos ou somente na mensagem efetiva. O destinatário percebe que o enunciado dado (mensagem) é uma combinação de partes constituintes (frases, palavras, fonemas etc.) selecionadas do repertório de todas as partes constituintes possíveis (código). Os constituintes de um contexto têm um estatuto de contiguidade, enquanto num grupo de substituição os signos estão ligados entre si por equivalência dos sinônimos e o fundo comum (*commom core*) dos antônimos.

Podemos então dizer, que a liberdade de um sujeito é limitada para fazer operações de seleção e, conseqüentemente, para fazer operações de combinação; pois ele deve escolher em seu repertório apenas o código que possa ser compreendido por todos os destinatários da mensagem, sob pena da comunicação ser ineficiente.

No Direito, “a operação de subsunção e a incidência de uma norma iniciam-se sob o domínio do eixo paradigmático, numa identificação de similaridades entre o real e a representação contida na hipótese normativa”<sup>158</sup>, ou seja, no caso de enquadramento entre a norma e o caso concreto, há a predominância do eixo paradigmático.

Assim, no universo jurídico, o juiz possui grande liberdade para fazer as operações de seleção, uma vez que tem a possibilidade de escolher entre qualquer fato social para gerar uma relação jurídica. Esta liberdade, no entanto, é limitada pela Constituição de 1988, uma vez que esta estabeleceu cláusulas pétreas no seu artigo 60, parágrafo 4; ou seja, o legislador está proibido de redigir emendas constitucionais tendentes a abolir a forma federativa de estado, o voto secreto, direto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 22 ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 50.

<sup>158</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 31.

<sup>159</sup> Ibidem. p. 29-30.

É necessário lembrar que, durante essas operações, pode ocorrer uma perturbação da linguagem conhecida por afasia, uma espécie de interferência na comunicação.

Quando há uma deficiência na operação de seleção (substituição), ocorre o que se chama de afasia por similaridade; nesse caso, o contexto é um fator decisivo e indispensável; pois quanto mais os enunciados dependam do contexto, mais facilmente será cumprida a tarefa verbal<sup>160</sup>. Além disso, a possibilidade de interpretação de um signo linguístico, por meio de outros signos do mesmo código, na forma de sinônimos, facilita a compreensão da linguagem.

Já a deficiência na capacidade de construir proposições, combinando signos em unidades mais complexas por meio do contexto, ou seja, deficiência na operação de combinação, é chamada de afasia por contiguidade. Tal afasia tende a reduzir o discurso a frases de uma só palavra e enunciados fracos<sup>161</sup>.

Segundo Charles Sanders Peirce<sup>162</sup>, entende-se a sugestão por contiguidade como a situação em que uma ideia que faz parte de um sistema que nos é familiar é capaz de trazer esse sistema de ideias à nossa mente; enquanto a sugestão por semelhança é entendida como a situação em que a mente une, no pensamento, duas ideias similares.

Décio Pignatari<sup>163</sup> nos ensina que, assim como ocorre na sugestão por contiguidade, a interferência por similaridade também implica a ideia de conjunto, mas nesta decorre de operações mentais, enquanto que naquela decorre de experiências.

Pode se dizer, então, de acordo com Roman Jakobson<sup>164</sup>, que a interferência por similaridade envolve a deterioração de operações de metalinguagem, enquanto que a interferência por contiguidade modifica a capacidade de preservação das unidades linguísticas. Assim, os fenômenos mentais diferem apenas em grau; as interferências por contiguidade se relacionam com as interferências por similaridade, da mesma maneira como a consciência interna se relaciona com a experiência externa<sup>165</sup>.

Roman Jakobson<sup>166</sup> afirma que no desenvolvimento de um discurso, um tema pode levar a outro tanto por similaridade (processo metafórico), quanto por contiguidade (processo metonímico). Ambos os processos se fazem presentes na comunicação verbal; a

---

<sup>160</sup> JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 22 ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 52-53.

<sup>161</sup> *Ibidem*. p. 63-64.

<sup>162</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1958. 8 v. 7.391-7.392.

<sup>163</sup> PIGNATARI, Décio. **Semiótica & Literatura**. 6 ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 63.

<sup>164</sup> JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 22 ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 69.

<sup>165</sup> PIGNATARI, Décio. **Semiótica & Literatura**. 6 ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 62-63.

<sup>166</sup> JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 22 ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 69.

predominância de um ou de outro de mostra de acordo com a influência sofrida pela personalidade, pelo estilo e modelo cultural do falante.

Há de se ressaltar, que essa influência, conforme demonstrado no tópico anterior deste capítulo, é justamente aquela que depende do contexto, ou do repertório, ou da experiência colateral do intérprete; diante da qual, dependendo da visão de mundo do intérprete, o interpretante formado na semiose será diferente. Assim, o contexto age influenciando, inegavelmente, nas operações de seleção e de combinação daquele que está interpretando algo ou expressando uma ideia na forma de linguagem; no caso, o juiz de direito no processo de tomada da decisão judicial.

### 3.3 Argumentação, Interpretação, Juízo e Valores

“Um Argumento é um signo que representa distintamente o interpretante, denominado de sua Conclusão, que ele deve determinar”<sup>167</sup>. Então, “um Argumento é um Signo que, para seu Interpretante, é Signo de lei”<sup>168</sup> e o interpretante do argumento o representa como uma classe geral de argumentos, que diante do conjunto, sempre tenderá para a verdade. Portanto, é esta lei/generalidade que o argumento evidencia e de acordo com Charles Sanders Peirce<sup>169</sup>,

o Argumento deve ser um Símbolo, ou um Signo cujo Objeto é uma Lei ou Tipo Geral. Deve envolver um Símbolo Dicente, ou Proposição, que é denominado sua *Premissa*, pois o **Argumento só pode sublinhar a lei sublinhando-a num caso em particular**. No entanto, esta Premissa difere muito em força (i.e., em relação com seu interpretante) de uma proposição meramente afirmada; e, além do mais, isto está longe de ser o Argumento total. Quanto a um outra proposição denominada Conclusão, frequentemente enunciada e talvez exigida para completar o Argumento, representa ela claramente o Interpretante e tem, da mesma forma, uma força peculiar ou relação para com o Interpretante. (grifo nosso)

O argumento, “entendido por se Interpretante como fazendo parte de uma classe geral de argumentos análogos, classe essa que, como um todo, tende para a verdade”<sup>170</sup>, pode ser dividido em três tipos: a) dedução, quando representa fatos nas premissas, de maneira que somos obrigados a representar o fato declarado na conclusão; b) abdução, quando apresenta fatos em suas premissas similares com o fato enunciado na conclusão; e, c) indução, quando o argumento emerge de uma hipótese.

<sup>167</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 29.

<sup>168</sup> Ibidem. p. 53.

<sup>169</sup> Ibidem. p. 54.

<sup>170</sup> Ibidem. p. 59.

Mais detalhadamente, uma dedução, é um argumento que possui o interpretante pertencente a uma classe geral, de tal modo que, a maior parte de suas premissas verdadeiras geram conclusões verdadeiras. Uma abdução consiste na maneira de formar uma predição geral sem nenhuma certeza de que ela se verificará; e uma indução, consiste na verificação experimental de uma predição geral<sup>171</sup>.

Diante disto, qual seria a essência de um juízo? Charles Sanders Peirce<sup>172</sup> afirma que “um juízo é um ato mental pelo qual o julgador impor-se a verdade de uma proposição”. O que, para ele, equivale ao ato de afirmar uma proposição, ou à ação de assumir a responsabilidade pela verdade de uma proposição diante de um notário; com a diferença de que esses atos afetam terceiros e um juízo afeta apenas quem o formulou.

Além disso, segundo Charles Sanders Peirce<sup>173</sup>:

Toda cognição envolve algo representado, ou aquilo de que estamos conscientes, e alguma ação ou paixão do eu pelo qual ela se torna representada. O primeiro deve ser denominado de elemento objetivo, e o segundo de elemento subjetivo da cognição.

Em decorrência dessa subjetividade presente na cognição, podemos dizer, sobre a interpretação, por exemplo de uma norma pelo juiz, que:

Nada garante que haverá um dia uma interpretação definitiva, nem que somente venha a haver uma única interpretação. Mas se a busca da interpretação verdadeira se fizer continuamente, sempre se subentendendo as concepções ao teste da experiência, os erros tenderão a ser eliminados e as interpretações estarão convergindo para sua verdade, como melhor adequação da conduta ao fenômeno, tomado como seu objetivo de investigação<sup>174</sup>.

Assim, no âmbito da incidência das leis jurídicas, conclui-se que quanto mais houver interpretações da lei, com o objetivo de aplicá-la da maneira mais adequada, maior será a chance de se encontrar um entendimento que seja de fato o melhor e que este passe então a ser considerado o correto a se fazer.

Em síntese, as citadas operações de seleção e combinação, no mundo jurídico, são dotadas de imprecisão e plasticidade. Isso ocorre, pois elas dependem muito do sujeito que irá

---

<sup>171</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 60.

<sup>172</sup> *Ibidem*. p. 53.

<sup>173</sup> *Ibidem*. p. 250.

<sup>174</sup> SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. **Curso de Semiótica Geral**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 50.

interpretar a lei e elaborar as normas; pois cada sujeito (intérprete/juiz) possui um repertório diferente, experiências diferentes, escolhas de interpretação e valores, portanto, diferentes.

Assim, os valores acabam por agir, também, como grandes influenciadores das decisões judiciais. Sobre eles, afirma-se que:

ao participarem ou integrarem uma determinada linguagem num dado momento histórico, serão objeto de uma seleção de natureza ideológica, que os organizará de forma hierárquica. A mera enunciação de um valor em qualquer instância da linguagem jurídica já é manifesta expressão de um juízo de preferência, e portanto, de uma operação de seleção. A expressão de valores pode refletir, por exemplo, o caráter da efetividade, quando se sobrepõe ao plano sintático da legalidade, da validade<sup>175</sup>.

E, ainda:

Os valores são interpretantes, na medida em que o conteúdo de um valor não tem uma determinação semântica cristalizada, seu conteúdo será uma relação entre o próprio valor e as suas diferenças. Um juízo de preferência sempre tem, ao menos, dois pólos, dois eixos, um bit. Uma relação semelhante àquela que uma palavra tenha com seu antônimo. Na verdade, a existência de valores opostos em um único sistema jurídico pode muitas vezes explicar porque o direito é diferente de justiça. A justiça, em uma dimensão genérica, poderia se caracterizar como o equilíbrio. Os valores, em sua concreção, sempre trarão uma expressão ideológica de preferenciabilidade<sup>176</sup>.

Dessa forma, toda decisão positivará um valor, revelando um juízo de preferência, por meio do argumento utilizado, na tentativa de fazer com que o direito expresse o valor da justiça.

Por fim, diante do que foi estudado no presente capítulo, podemos concluir que o repertório e o contexto do intérprete/juiz, sempre influenciam na operação de seleção e combinação que ocorre na tomada de decisão. No processo de semiose, o interpretante formado, a partir da representação do objeto pelo signo, difere de pessoa para pessoa, justamente por causa da influência externa do objeto direto nessa relação (contexto/experiência colateral/visão de mundo).

Assim, tanto os valores pessoais, como o contexto, incidem na interpretação de uma lei, modificando o interpretante; dessa maneira, o ao interpretar a norma, proferir a sentença e argumentar em favor de sua decisão, o juiz muda o resultado da semiose e transforma o próprio Direito.

<sup>175</sup> ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 37.

<sup>176</sup> *Ibidem*. p. 38.

Dessa forma, toda decisão judicial irá positivizar um valor e revelar um juízo de preferência daquele que a proferiu, por meio do argumento utilizado.

Essa atuação subjetiva dos magistrados e essa tendência individualizadora das sentenças e do anti-formalismo, tem gerado grandes discussões sobre a ocorrência de decisões arbitrárias ou parciais (consideradas injustas) e, conseqüentemente, o fenômeno conhecido por Ativismo Judicial; o qual será, justamente, o tema do próximo capítulo.

## 4 O ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Willis Santiago Guerra Filho<sup>177</sup>, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 trouxe a exigência da renovação do Direito brasileiro no plano doutrinário. Para ele:

A possibilidade de lidar com valores no direito de forma racional e intersubjetivamente controlável, que é própria da ciência, assume uma importância decisiva ao se pretender adotar um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.<sup>178</sup>

Ocorre que, a partir da Constituição Democrática de 1988, a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, aumentando a demanda da sociedade brasileira por justiça, ao mesmo passo em que o Poder Legislativo passou por uma retração e houve um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais fossem atendidas de maneira efetiva<sup>179</sup>.

Então, cada vez mais, o Poder Judiciário, diante da atuação de seus magistrados, passa a ser chamado a atender demandas da sociedade que o Poder Legislativo não fora capaz de satisfazer e com isso surge o chamado Ativismo Judicial.

Em consequência disso, apesar de os magistrados não possuírem vontade política própria, diante da lacuna deixada pelos legisladores eles são obrigados a decidir situações, intervindo no processo de criação do direito, e se tornam muitas vezes coparticipantes do processo de criação do direito<sup>180</sup>.

Então, passemos ao estudo desse fenômeno.

### 4.1 O Fenômeno Ativismo Judicial

Com o fim da 2ª Guerra Mundial iniciou-se a derrocada dos regimes políticos totalitários e com isso o enfraquecimento do positivismo jurídico; assim, surgiu a necessidade de novas reflexões sobre o Direito, sua interpretação e função social. Em decorrência disso, a Constituição (texto normativo puro) já não trazia mais a segurança de garantir a sociedade

---

<sup>177</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137.

<sup>178</sup> *Ibidem*. p. 139.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, 2010. p. 389-406.

<sup>180</sup> *Ibidem*. p. 389-406.

livre, justa e solidária e começa a discussão sobre a materialização dos princípios nela idealizados.

Tratava-se, portanto, da preocupação de dar eficácia a uma Constituição que se encontrava defasada em relação à sociedade atual. Tal eficácia, depende de condições históricas, sociais, econômicas e técnicas de um país; as quais não podem ser relevadas na aplicação das normas constitucionais, sob pena das mesmas carecerem de valor e eficácia<sup>181</sup>.

Sobre o Estado moderno, o ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau<sup>182</sup> afirma que ele:

lança mão do direito moderno para *preservar* os mercados. Daí que o direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas...Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir.

Assim, podemos dizer que calculabilidade e previsibilidade são pressupostos do direito moderno, o qual se classifica como racional diante da sua aplicação nesse contexto de mercado. Troca-se a segurança pela submissão aos poderes e a segurança e a certeza jurídicas ficam vinculadas apenas à segurança do mercado; enquanto que o Poder Judiciário converte-se em um produtor de inseguranças<sup>183</sup>.

Sobre a situação do direito nesse contexto, Eros Roberto Grau<sup>184</sup> explica que:

O fato é que não se interpreta a *norma*: a *norma* é o resultado da interpretação. E mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do *mundo* da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.

[...] Por outro lado, a concretização do direito é operada em dois momentos: (i) no primeiro deles caminhamos do *texto* até a norma jurídica; (ii) no segundo, caminhamos da *norma jurídica* até a *norma de decisão* (= a solução, a decisão do caso), unicamente então, neste momento, podendo atuar as *pautas* da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

Ademais, [...], a interpretação é uma *prudência*, da sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não que *pode*) tomar. Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata.

<sup>181</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 15.

<sup>182</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13.

<sup>183</sup> *Ibidem*. p. 15-16.

<sup>184</sup> *Ibidem*. p. 16.

A partir da Constituição Federal de 1988, uma constituição de cunho mais democrático e preocupado com a ordem social e os direitos fundamentais de todos os cidadãos, como visto no primeiro capítulo, os magistrados, de um modo geral, passaram a atuar de forma mais participativa, criativa e ativa no curso processo.

Nesse cenário, surge o chamado Ativismo Judicial, delegando mais poderes aos magistrados, com o objetivo de dinamizar a condução do processo e gerar a decisão judicial mais eficaz para cada situação que é submetida ao judiciário. Ao juiz, como principal sujeito do Poder Judiciário, é dado, nesse caso, o poder de mitigar algumas regras e princípios jurídicos, em prol da melhor decisão.

Luís Roberto Barroso<sup>185</sup> preceitua que:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Conquanto a Constituição seja reflexo da realidade, ela configura um “dever ser”, podendo modificá-la ativamente e direcioná-la, afirma Konrad Hesse<sup>186</sup>, conforme a citação a seguir:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Segundo o citado autor, para que a força normativa da Constituição se desenvolva, é necessária a participação de todos (governantes e governados), os quais deverão ser capazes

---

<sup>185</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383.

<sup>186</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 19.

de interpretar as normas constitucionais de forma que elas se concretizem adequadamente diante da situação real. Assim, não fica clara a distinção entre interpretar e criar o direito.

Mauro Cappelletti<sup>187</sup> também não declara a oposição entre a interpretação e a criação do direito, pois a criação e a discricionariedade, em certo grau, são inerentes ao ato interpretativo. Assim como duas pessoas não tocam a mesma música exatamente da mesma maneira, dois juízes também não interpretam a mesma lei de forma igual, pois a atividade de interpretar não é algo puramente mecânico.

A discricionariedade citada acima, nas sociedades modernas, se evidencia numa legislação composta por fins sociais; pois este tipo de legislação não distingue o que é certo do que é errado e nem o que é permitido ou proibido, além de estabelecer políticas públicas, relegando ao Poder Legislativo a tarefa de dar contornos de realidade ao objeto legislado e impondo ao Poder Judiciário a função de efetivar o controle desses atos<sup>188</sup>.

Nesse caso, cabe aos juízes:

a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador<sup>189</sup>.

É sob este enfoque que o fenômeno denominado Ativismo Judicial deve ser compreendido e analisado. Tal fenômeno, entretanto,

não se confunde com ‘fazer políticas’, a pretexto de interpretar e aplicar a lei. Tampouco, consiste em dar ao juiz ‘carta branca’ ou poderes ilimitados a decidir o caso concreto de acordo com sua exclusiva opinião, valores pessoais, preferências [...] <sup>190</sup>.

Nesse contexto, existe a necessidade de magistrados mais atentos à realização concreta dos valores e princípios da Constituição e preocupados em exterminar a ineficiência dos demais poderes. É justamente esse esforço, realizado pelo Poder Judiciário, de materializar e realizar os princípios e regras constitucionais que devemos entender por Ativismo Judicial;

<sup>187</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 20-23.

<sup>188</sup> Ibidem. p. 40-42.

<sup>189</sup> Ibidem. p. 47.

<sup>190</sup> MELLO, Alessandra Lopes Santana de. **Subjetivismo e Ativismo Judiciais: É Preciso Compreendê-los.** In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual.** Salvador: Jus Podium, 2013. p. 50.

para nós essa atividade ocorre como uma forma de atuação contra as omissões dos demais poderes. Esse é o nosso posicionamento.

De acordo com Luís Roberto Barroso<sup>191</sup>:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dread Scott vs. Sanford*, 1857) e para invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast vs. Parrish*, 1937).

O mesmo autor, nos ensina que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>192</sup>.

Já, para Miguel Reale<sup>193</sup>, o Ativismo Judicial é

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Por sua vez, Elival da Silva Ramos<sup>194</sup>, nitidamente se filiando ao pensamento do autor acima e à corrente que defende a vinculação do intérprete/juiz ao texto base da norma, sustenta que:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe,

---

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto . **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

<sup>192</sup> Ibidem. p. 389-406.

<sup>193</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 387.

<sup>194</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Como vantagens do Ativismo Judicial, podemos elencar as seguintes: consagra a importância do constitucionalismo; proporciona a consciência de um Estado Democrático de Direito; realça valores constitucionais; garante acesso ao Judiciário; maximiza os direitos em geral; preserva os direitos e garantias fundamentais; amplia as conquistas sociais, entre outras<sup>195</sup>.

Dentre as críticas o Ativismo Judicial, destacamos as seguintes: enfraquecimento dos poderes constituídos; antidemocrático e ilegítimo, uma vez que os juízes não foram eleitos pelo povo; exposição demasiada do Poder Judiciário; gera a acomodação dos Poderes Legislativo e Executivo; grande subjetividade em prol da “justiça”; e, por fim, abre espaço para o chamado clientelismo, pois o acesso ao Judiciário ainda é pequeno<sup>196</sup>.

No entanto, o termo ativismo tem sido empregado de forma desconecta, ora com significados diferentes, ora justificando e legitimando decisões judiciais apenas em função de seu resultado<sup>197</sup>.

Existe quem prefere qualificar o ativismo em bom e mau, mas para Nelson Nery Júnior e Georges Abboud<sup>198</sup> essa classificação não se faz necessária, uma vez que de qualquer maneira o ativismo é “pernicioso” para o Estado Democrático de Direito; para ele, “ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente”. A legalidade, nesse caso, deve ser entendida como legitimidade do sistema jurídico e não como subsunção do fato à norma ou positivismo estrito.

Os mesmos autores afirmam que no nosso país, o entendimento é de que o ativismo é o desapego à legalidade vigente, com o intuito de fazer prevalecer a justiça; nessa classificação se enquadram várias atitudes, como a relativização da coisa julgada, efeito

---

<sup>195</sup> GOMES, Gustavo Gonçalves. **Juiz Ativista x Juiz Ativo: Uma Diferenciação Necessária no Âmbito do Processo Constitucional Moderno**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 291.

<sup>196</sup> Ibidem. p. 291.

<sup>197</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 527.

<sup>198</sup> Ibidem. p. 528.

vinculante em decisões, a substituição da função constitucional legislativa pelo Judiciário, ideia de que o juiz é o destinatário da prova e não o processo, a realização de motivação concisa nas decisões, entre outras.

Diante dessa perspectiva, Nelson Nery Júnior e Georges Abboud<sup>199</sup> acreditam que

o ativismo não possui ideologia ou orientação política pré-definida. Pode ser extremamente liberal (análise puramente econômica do direito) ou de extrema esquerda (viés marxista). O que efetivamente caracteriza o ativismo é a substituição da legalidade vigente e do texto constitucional pelo senso de justiça e pelas convicções pessoais do magistrado de ocasião.

Nesse ponto, segundo Lênio Streck<sup>200</sup>:

Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente. Numa palavra: resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Ronald Dworkin<sup>201</sup>, adentrando aspectos interpretativos já tratados no segundo capítulo deste trabalho e que tornarão a aparecer no item 4.3 deste capítulo, também considera o Ativismo Judicial como algo nocivo, pois segundo ele:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista **ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte** que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (grifo nosso)

<sup>199</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito**: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 530.

<sup>200</sup> STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109.

<sup>201</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451.

Então, a partir do ativismo, tem-se dado considerado legítimas algumas decisões que, na verdade, são inconstitucionais; embora a aplicação da lei não seja uma opção para o julgador e o senso de justiça não seja parâmetro para a legitimidade de uma sentença. Diante disso, Nelson Nery Júnior e Georges Abboud<sup>202</sup> sustentam que:

No Estado Democrático de Direito o Judiciário tem o **dever de demonstrar os fundamentos jurídicos** que o fizeram decidir dessa ou daquela maneira. Desse modo, ainda que o juiz considere injustas as figuras, por exemplo, da revelia, da usucapião, da prescrição, apenas para ficarmos nesse exemplo, deverá aplicá-las quando for o caso, porque contempladas na **legislação** vigente que, por sua vez, **vincula sua atividade decisória**.

Enfim, o juiz não pode se desapegar do arcabouço normativo-constitucional que vincula sua atividade para decidir com base em convicções e seu senso de justiça. O juiz e todos os Tribunais, principalmente o STF, têm o **dever de prestar contas à Sociedade** demonstrando os fundamentos jurídicos da motivação de sua decisão. Daí o porquê de somente Zeus pode ser ativista, justamente porque não precisava prestar contas a ninguém. (grifo nosso)

É por isso que se diz que a justiça não se mede pela vontade de ninguém e nem pela vontade do STF; no Estado Democrático de Direito não predomina, ou não deve predominar, a vontade do mais forte.

Visto isso, podemos considerar que no Brasil, cujo regime jurídico aplicado é o *civil law*, baseado na plena observância das regras consolidadas pelo Poder Legislativo, o Ativismo Judicial é encarado de forma bastante negativa; uma vez que o magistrado “ativista” pode deixar de aplicar a lei ou interpretá-la de forma extensiva em prol da solução mais justa para o caso concreto. Assim, o juiz, ao exercer sua função, acaba por extrapolar os limites da função jurisdicional e isso acarreta a invasão do Poder Judiciário no papel do Poder Legislativo, pois agindo assim, o juiz acaba por criar direitos.

Por outro lado, nos países que adotam o regime jurídico *common law*, o Ativismo Judicial é apreciado, justamente por auxiliar o juiz a adaptar leis antigas às necessidades da sociedade moderna. Adeptos ao sistema de precedentes, tais países possuem um Poder Judiciário bem mais ativo no que diz respeito à criação do direito por parte dos próprios julgadores.

Ocorre que, atualmente, tem ocorrido uma grande convergência e os países adeptos do *civil law* tem se tornado cada vez próximos do *common law*, no que diz respeito ao

---

<sup>202</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito**: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 533.

criacionismo judicial e a necessidade de aceitação do Ativismo Judicial. Assim, a forte separação dos poderes, em países como o Brasil, tem se afrouxado e as funções se reorganizado; sendo capaz, inclusive, de manter com isso, o sistema de freios e contrapesos, desde que ajude o Poder Judiciário a cumprir suas funções.

Somos obrigados a refutar todos os posicionamentos contrários ao Ativismo Judicial expostos acima, e corroborar a posição do Ministro Celso de Mello, no discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, em 23 (vinte e três) de abril de 2008 (dois mil e oito), segundo o qual:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. [...]Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade<sup>203</sup>.

Assim, o importante é pensarmos que nocivo, ou não, o Ativismo Judicial se faz necessário em nosso país, pois o Estado não é capaz de suprir todos os anseios da população e nem realizar os objetivos e valores propostos em seu próprio ordenamento.

O Ativismo Judicial não deve se enquadrar, entretanto, nos casos em que se dizendo ativistas, os juízes desrespeitam totalmente as leis e os princípios do Estado Democrático de Direito, as jurisprudências e os precedentes, e agirem exclusivamente pautados em suas próprias convicções e valores. É notável que a decisão de qualquer juiz não está livre dos subjetivismos de sua personalidade e experiências, como já foi visto; mas uma atitude assim deve ser considerada como um desvio, um excesso da atividade interpretativa e criativa do juiz, não fazendo parte da chamada postura “ativista”. Esse seria um caso gerador de total insegurança jurídica.

---

<sup>203</sup> Celso de Mello, Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do inistro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>

É possível, aceitável e até necessário, em algumas situações, diante do desenvolvimento de nossa sociedade (vide adoção por casais homossexuais), que o magistrado desempenhe uma função interpretativa e criativa, mais ativa, sem incorrer em tais vícios. É o Ativismo Judicial visto com bons olhos, como deve ser, em prol da tutela jurisdicional adequada caso a caso; o que as regras confeccionadas há tempos por nossos legisladores não é mais capaz de proporcionar.

É a atitude maléfica, do Poder Judiciário tomando decisões políticas, em total substituição ao Poder Legislativo, que não podemos conceber; mas o Ativismo Judicial, da forma como enquadrado nesse trabalho, a saber: a atitude ativista, criativa e interpretativa dos julgadores, sem desrespeitar nossos princípios constitucionais e sem se deixar levar totalmente por suas individualidades, agindo com o intuito de gerar a solução mais justa e adequada para a causa que se lhe apresenta, a qual não encontra a melhor opção na letra ultrapassada da lei; esse sim tem o direito de se estabelecer mesmo no nosso sistema de *civil law*.

Isso posto, nota-se que há uma grande divergência doutrinária sobre o real significado de Ativismo Judicial, bem como opiniões diversas sobre seus benefícios ou malefícios. Para nós, a melhor definição seria a de Luís Roberto Barroso<sup>204</sup>, segundo a qual o Ativismo Judicial trata-se de uma atividade de interpretação da Constituição, aumentando a sua abrangência e, para nós, suprindo as omissões dos demais poderes. Para ele, tal ideia está relacionada justamente à participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais; ou seja, para a realização da justiça dentro do nosso Estado Democrático de Direito e do sistema processual vigente no Brasil.

Dessa maneira, entendemos o Ativismo Judicial, como a atividade do magistrado, que por meio de uma interpretação mais extensiva da lei e da aplicação dos princípios constitucionais, consegue suprir uma lacuna da lei, perante a inércia do Poder Legislativo em criar/atualizar as leis de acordo com as necessidades da sociedade, adequando o direito ao caso concreto da forma mais efetiva e justa possível.

Devemos lembrar que o Direito é, antes de qualquer coisa, um fenômeno social e, portanto, é dinâmico, tendo o dever de se adequar as necessidades que surgem na sociedade; se o Poder Legislativo não é capaz de acompanhar esse desenvolvimento, cabe ao Poder Judiciário o papel de suprir essa defasagem. Apesar de termos um sistema jurídico baseado no

---

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto . **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

*civil law*, sem a existência do Ativismo Judicial, no Direito brasileiro, uma criança jamais poderia ter sido adotada por um casal de mesmo sexo, por exemplo.

Assim, contrariando Nelson Nery Júnior<sup>205</sup>, consideramos o Ativismo Judicial como um fenômeno benéfico e até mesmo necessário ao Direito da pós-modernidade. Não deve ser considerado Ativismo Judicial, no entanto, a atitude de total desrespeito às normas e princípios constitucionais, uma vez que a liberdade decisória, criacional e interpretativa dos magistrados é ampla, mas é limitada pela nossa Constituição; esse caso deve ser considerado como um vício/excesso de atuação do Poder Judiciário.

#### 4.2 Ativismo Judicial x Judicialização

Para falarmos de Ativismo Judicial, devemos discutir a judicialização da política.

Pelo termo Judicialização entende-se a transferência de questões, que antes eram resolvidas no âmbito social e político, para o Poder Judiciário; ou seja, é o judiciário assumindo tarefas designadas aos outros poderes, de acordo com a tripartição dos poderes. A partir de tal fenômeno os direitos garantidos pela Constituição acabam sendo efetivados apenas por força da atuação do Poder Judiciário.

Assim, pode-se dizer, que a Judicialização não é um fenômeno do Judiciário, mas sim do próprio Estado; à medida que o Poder Legislativo deixa de sedear a discussão política e o Poder Executivo perde o papel de executor das políticas públicas, transferindo ao Poder Judiciário essas duas tarefas não pertencentes originalmente a ele. Ocorrendo, diante dessa situação, uma reorganização das funções e atividades estatais.

É o caso de particulares, que, autorizados pela Constituição de 1988, pleiteiam diretamente ao judiciário os medicamentos que necessitam e não podem pagar, a internação e o tratamento médico de alto custo, e demais direitos garantidos em nossa Carta Magna, os quais o Estado não é capaz de cumprir.

Não se caracteriza, portanto, a judicialização da política como Ativismo Judicial, uma vez que o ativismo vai além do garantismo e até se encontra mais pautado na criação do direito; sendo uma questão que vai além do fenômeno estatal da transferência de tarefas para o judiciário. É apenas o Judiciário sendo provocado e agindo para efetivar e assegurar os direitos fundamentais e garantias constitucionais já expressos em nossa Constituição.

---

<sup>205</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito**: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 527.

Passemos então a compreender a postura daqueles que possuem o papel principal no Ativismo Judicial.

### 4.3 O Ativismo Judicial e a Atuação dos Magistrados

A transformação do Estado e do próprio Direito, originando essa “revolta formalista”, foi resultado, principalmente, da atividade legislativa ao criar o chamado estado de bem-estar social; a partir do qual se fez intervenções nas políticas sociais, na economia e no setor público. Assim, nos estados modernos, tornou-se impossível a não-intervenção do governo; e o *welfare state* se tornou um “estado burocrático/administrativo”<sup>206</sup> com direitos sociais (direito à assistência médica, trabalho, moradia), estes muito mais difíceis de serem efetivados do que os direitos tradicionais, os quais compreendiam apenas numa proibição.

Esses novos direitos trouxeram a atividade dos juízes um grau muito mais elevado de liberdade para apreciação crítica, uma vez que apresentavam uma legislação muito mais vaga e aberta à interpretações. Sendo esta, uma das principais causas da criatividade dos juízes e do atual Ativismo Judicial.

Fundada nos interesses públicos, a tendência reforçadora dos poderes do magistrado, foi a solução adequada para a crise do Poder Judiciário; cujo marco inicial foi a reforma do Processo Civil da Áustria em 1896. Dentre as diversas atitudes tomadas para que o Processo se concretizasse como instrumento da justiça, a que mais interessa é a simplificação da técnica processual, mediante a possibilidade dos juízes flexibilizarem os rigores da lei, conduzindo, assim, o Processo de acordo com suas circunstâncias de forma adequada<sup>207</sup>.

A atuação do magistrado, mais do que assegurar o cumprimento da técnica, se destina a conduzir o Processo de modo que este seja solucionado da melhor maneira possível. Devemos considerar, ainda, que:

Quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-la às necessidades do caso concreto. Esse poder não se confunde com a denominada ‘discricionariedade judicial’, mas implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 39.

<sup>207</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, Processo e Justiça**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 141.

<sup>208</sup> *Ibidem*. p. 142.

Ao intérprete (juiz), cabe o papel de adequar a letra da lei ao caso concreto em questão. Não se trata, portanto, de discricionariedade, pois diante de indeterminações legais não há juízo de valor por conveniência e oportunidade, mas sim uma decisão fundamentada representando a melhor solução possível para a realidade. O que se observa, nesse caso, é uma maior liberdade crítica do juiz<sup>209</sup>.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>210</sup> defende que:

O conseqüente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador automático da lei, e passa-se a lidar com um juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O juiz, antes mero aplicador da lei, dada como pronta e acabada pelo legislador, passa ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa. É ele, isto não tem por que ser negado, criador da norma jurídica.

Sobre o papel do juiz nesse novo aspecto, Luiz Guilherme Marinoni<sup>211</sup> afirma que:

A obrigação do jurista não é mais apenas de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção e adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

No entanto, o Direito não se traduz em pura atividade racional, é um fenômeno complexo; na medida em que ele é realizado por pessoas e a razão humana é suscetível a sentimentos e aspectos subjetivos, como vontade e emoção. É necessário compreender essas questões para que se possa compreender o exercício da função dos juízes no Direito.

Como já salientado anteriormente, os juízes, como seres humanos, não podem se desvincular de suas subjetividades e influências sociais; afinal, eles são indivíduos com ideologias, memórias e histórias próprias. É inclusive o que foi estudado no campo da semiótica, no terceiro capítulo; as decisões estão sob a influência de fatores externos, relacionados à realidade vivida pela pessoa que as toma.

<sup>209</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, Processo e Justiça**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 143.

<sup>210</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 110.

<sup>211</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1. p. 45.

Luís Roberto Barroso<sup>212</sup>, afirma que apesar dessa condição humana de nossos julgadores, é possível

produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção de sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente de distribuição de poder e riquezas na sociedade ou projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.

Segundo Paulo Bonavides<sup>213</sup>, a correta interpretação de uma norma só é possível diante da análise do caso concreto em questão e de todas as circunstâncias nele envolvidas.

Para Fábio Konder Comparato<sup>214</sup>:

Quem não percebe o fato óbvio de que juízes de visão de mundo bem diversa tendem, naturalmente, a interpretar de modo distinto, senão contraditório, as fórmulas gerais do texto constitucional, tais como ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’; ‘os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa’ e, sobretudo, ‘a dignidade da pessoa humana’? Daí porque o aprimoramento das instituições, em matéria de jurisdição constitucional, não é alcançado pela busca de uma imaginária pureza democrática, mas sim pelo estabelecimento de sólidas garantias de independência da magistratura, com a consequente responsabilidade funcional dos magistrados.

Assim, corroborando os três autores citados acima, o nosso entendimento é de que o desenvolvimento de um juízo crítico, por parte dos intérpretes e julgadores, é fundamental para que se obtenha decisões dentro dos parâmetros sociais e culturais aceitáveis; o juiz deve ser capaz de não se fechar em suas próprias opiniões para compreender a condição da norma e enquadrá-lo adequadamente ao caso concreto, independente de seus pré-conceitos e sua mentalidade. Só assim, poderá ser o mais imparcial possível.

Conforme nosso entendimento, há quem afirme que em todos os casos existe a criação da lei pelo intérprete, como veremos a seguir:

Importa salientar que a tarefa construtiva do juiz, na qualidade de intérprete autêntico, não se resume às hipóteses de lacunas e ambiguidades no texto normativo ou mesmo nos casos de abertura legislativa (como ocorre, por exemplo, nas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados que permeiam a legislação civil brasileira em vigor). Tampouco, limita-se às

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 311.

<sup>213</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 481.

<sup>214</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280-281.

hipóteses de aplicação de princípios, em que se adota, inequivocamente, um processo de valoração.

A construção da norma jurídica ocorre sempre. Não há casos considerados simples (sujeitos à aplicação de regras jurídicas por métodos dedutivos e silogismos lógicos) e casos difíceis (*hard cases*) (os quais envolvem aplicação de princípios jurídicos, passíveis de valoração e ponderação, em que o órgão julgador usa de discricionariedade judicial). Todos eles exigem do intérprete judicial a mesma construção, partindo da pré-compreensão do intérprete, da compreensão dos fatos relevantes, do texto normativo e demais elementos do ordenamento jurídico, encerrando-se com um ato de escolha entre várias soluções possíveis<sup>215</sup>.

Com relação ao que acreditamos sobre o papel do juiz no Processo, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>216</sup> afirma que:

Compete-lhe **interpretar as regras e extrair resultados úteis**. Como já observado por ilustre jurista, enquanto o crítico literário fica ansioso para saber se sua interpretação é aceita pelo público, no juiz esse sentimento consubstancia verdadeiro **dever jurídico**, pois faz parte de sua função a solução da crise de direito material. (grifo nosso)

Enquanto que, segundo Eros Roberto Grau<sup>217</sup>, o papel dos juízes não é a realização da justiça, mas sim a aplicação do direito; pois justiça é com a filosofia, a religião. Os juízes não devem decidir subjetivamente, movidos pelo seu senso de justiça, mas sobretudo, aplicando o direito posto; o que não significa que cada decisão seja matematicamente previsível, pois a lei é abstrata e geral, devendo ser interpretada e aplicada caso a caso.

Além disso, o ex-ministro do STF afirma que:

O intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua *justiça*, porém o *direito*. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao *direito*.

O juiz é necessário porque cada caso é um caso: *interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular*<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> MELLO, Alessandra Lopes Santana de. **Subjetivismo e Ativismo Judiciais: É Preciso Compreendê-los**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 47.

<sup>216</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, Processo e Justiça**. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 141.

<sup>217</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19.

<sup>218</sup> *Ibidem*. p. 20.

O citado doutrinador acredita que o direito positivo moderno foi destruído pelos valores e a tomada dos princípios como superiores à própria lei, o que floresceu a partir dos estudos de Ronald Dworkin<sup>219</sup>. Refutando essa teoria, ele afirma que os juízes, abusando do uso de princípios, acabam por destruir a segurança jurídica e que “enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na arbitrária *formulação de juízos de valor* -, a segurança jurídica estará sendo *despedaçada*”<sup>220</sup>.

Há de se ressaltar que, para Eros Roberto Grau<sup>221</sup>, os princípios (existem de dois tipos: explícitos, os que estão expressos no texto constitucional; e implícitos, os que resultam de interpretação de preceitos constitucionais e normativos) são regra de direito, pois possuem um grau de generalidade e proximidade aos valores que inspiram o direito positivo; ou seja, regras são gênero e princípios são espécie. Assim, conflitos entre princípios, são conflitos entre normas e, portanto, desrespeitar um princípio não é pior do que desrespeitar uma norma; se a amplitude da norma/princípio não é explícita, deve ser apurada pelo intérprete em relação a cada caso.

É essa ponderação de princípios que pode gerar incerteza jurídica, pois é feita de forma subjetiva pelo juiz de cada caso em particular. Nesse sentido, razoabilidade e proporcionalidade, sendo pautas de aplicação do direito, só podem ser utilizadas pelos juízes no momento da norma de decisão (norma jurídica aplicada a um caso concreto por meio de decisão judicial – aplicação) e não no momento da produção de norma jurídica (interpretação), pois última deve respeitar o texto. Assim, o uso inadequado desses dois não-princípios (pois não consubstanciam regras), que o fazem temer os juízes e tribunais, gerando incertezas e inseguranças jurídicas<sup>222</sup>.

Isso porque, segundo Eros Roberto Grau<sup>223</sup>, proporcionalidade – apenas um novo nome para equidade – e razoabilidade, diferentemente do restante da doutrina, devem atuar na aplicação e não na interpretação da norma jurídica; sob a pena do intérprete substituir o controle de constitucionalidade das leis por um controle de outra espécie, transgredindo totalmente o texto da lei.

---

<sup>219</sup> Ronald Dworkin foi um filósofo do Direito norte-americano, autor de “Uma Questão de Princípio”, “Levando os direitos a sério”, “A Justiça de Toga”, “O Império do Direito” – os quais fazem parte da bibliografia da presente dissertação – entre outros.

<sup>220</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22.

<sup>221</sup> Ibidem. p. 99-114.

<sup>222</sup> Ibidem. p. 24.

<sup>223</sup> Ibidem. p. 135.

Assim, “os juízes *produzem* direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o *texto*) em outra (a *norma*). Nesse sentido, o juiz *produz* direito (isto é, *norma*)”<sup>224</sup>.

Interpretar, em sentido amplo, significa compreender. A interpretação do direito não ocorre apenas pelo fato de que a linguagem jurídica é imprecisa e ambígua, mas também pelo fato de que aplicação e interpretação do direito são uma só ação; o juiz interpreta para poder aplicar e assim, não se limita a interpretar/compreender os textos normativos, ele também compreende a realidade dos fatos aos quais o direito deverá ser aplicado<sup>225</sup>.

A criação da norma pelo juiz, segundo Eros Roberto Grau<sup>226</sup>, é uma visão equivocada; pois na verdade, como já visto, o juiz “produz” a norma, no sentido de reproduzi-la e não no sentido de fabricá-la. Afinal, a norma já preexiste, a interpretação feita pela juiz apenas libera o seu potencial guardado nos seus inúmeros sentidos possíveis; ou seja, o juiz apenas escolhe o sentido mais adequado ao caso real, dentre as possibilidades que a norma engloba.

Nesse mesmo sentido, Elival da Silva Ramos<sup>227</sup> acredita que dessa atividade única de interpretação e aplicação do direito, resulta uma dissociação lógico-temporal entre enunciado normativo e norma de decisão, o que culmina com a formulação da norma pelo intérprete/aplicador, a partir do processo hermenêutico. Essa atividade exegética engloba uma carga de pré-compreensões e é influenciada pela circunstância de fato que pretende normatizar.

O direito é dinâmico e a interpretação serve para adequá-lo às necessidades sociais presentes e futuras, já que as leis não são feitas a todo tempo “a decisão judicial implica, inarredavelmente, emoção e volição, visto que o juiz decide dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo”<sup>228</sup>.

Para Eros Roberto Grau<sup>229</sup>:

O modo de pensar criticamente que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, a ponto de justificar, em nome da *Justiça*, uma quase discricionariedade judicial – compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é *mais justo*, encanta, fascina e legitima o modo de produção

<sup>224</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 25.

<sup>225</sup> *Ibidem*. p. 31.

<sup>226</sup> *Ibidem*. p. 44.

<sup>227</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 306.

<sup>228</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73.

<sup>229</sup> *Ibidem*. p. 138.

social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre, então, atenuações; evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema.

[...] o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos de lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como uma norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente<sup>230</sup>.

Luís Roberto Barroso<sup>231</sup> aponta, então, que:

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser diferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

Assim, de acordo com o entendimento de João Maurício Adeodato<sup>232</sup>:

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuismo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos

<sup>230</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 33.

<sup>231</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

<sup>232</sup> ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional:** Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 164-165.

participantes na lide concreta.

Diante dessa perspectiva, cabe-nos questionar se: Essa atividade de criatividade judiciária, assumida pelos julgadores, os torna legisladores? Invasão dos domínios do Poder Legislativo?

Mauro Cappelletti<sup>233</sup> responde a essa pergunta afirmando que o fato dos juízes serem chamados a interpretar e esclarecer/transformar/integrar a lei; não raramente, criando novo direito, não faz deles legisladores. De acordo com suas explicações, tanto o processo judicial, quanto o processo legislativo resultam na criação do direito; entretanto, o modo/procedimento dessa criação é diferente em cada um dos casos.

Diferentemente do processo legislativo, no processo jurisdicional, o juiz deve ser *super partes*, ou seja, superior às pressões das partes envolvidas no litígio (agir com imparcialidade e neutralidade); o contraditório deve ser respeitado (as partes tem o direito de se manifestarem/se defenderem/serem ouvidas pelo juiz); e por fim, o juiz deve ter atitude passiva/inerte e se manifestar apenas sob provocação dos interessados, o que não ocorre no Poder Legislativo.

Ademais: “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”<sup>234</sup>. Quando um juiz ultrapassar o pedido das partes, e conseqüentemente, descumprir o princípio da congruência<sup>235</sup>, excetuando-se os casos permitidos em lei, estará, todavia, atuando como um legislador.

Uma qualidade do direito criado pelos magistrados, seja jurisprudencial ou não, é que ele

tem certamente um potencial de flexibilidade, de concretude e de adaptabilidade às circunstâncias imprevisíveis do caso, maior em princípio do que o direito legislativo. E como já foi verificado, essas qualidades assumem valor particularmente grande justamente naquelas épocas e domínios do direito em que as transformações sociais são muito rápidas e profundas, como ocorre com intensidade sem precedentes em nossos dias<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 74.

<sup>234</sup> *Ibidem*. p. 74.

<sup>235</sup> Tal princípio preceitua que o juiz deve julgar nos termos do pedido, da maneira como ele foi feito pela parte, nem mais, nem menos e nem fora do que foi pedido.

<sup>236</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 85.

Grande oposição ao processo criativo dos juízes se faz no sentido de que eles e os tribunais não dispõem dos instrumentos necessários para a criação do direito. O que ocorre pelo fato de se acreditar que os juízes não tem a possibilidade de desenvolver as pesquisas requeridas para uma obra criativa, as quais não devem se limitar apenas às leis e aos precedentes; além do fato de que os juízes, geralmente, são conservadores demais para adaptar o direito de acordo com a evolução da sociedade.

A objeção mais grave contra a criação jurisprudencial do direito é de que ela é inaceitável, uma vez que se caracteriza como antidemocrática; afinal, os juízes possuem independência, não foram escolhidos democraticamente pelo povo e por isso, não tem o dever de prestar contas à população. Mauro Cappelletti<sup>237</sup> entende, no entanto, que no respeito das regras fundamentais de que a atividade jurisdicional não pode ser exercida sem a provocação da parte e que o juiz deve garantir o contraditório e se manter imparcial, encontra-se a melhor garantia de legitimidade democrática da função judiciária.

De acordo com o artigo de Alessandra Lopes Santana de Mello<sup>238</sup>, ao realizar a atividade descrita, o magistrado não comete qualquer impropriedade, visto que ele estará exercendo uma parte do poder e uma função política, o que está de acordo com a Constituição.

Todavia, existem limites para essa atuação e a mesma será considerada como excessiva, segundo Ronald Dworkin<sup>239</sup>, quando o juiz ignorar totalmente o texto da Constituição, os precedentes, a história dos acontecimentos e outros, impondo ao demais Poderes a sua visão pessoal de justiça.

Como limitadores da atuação dos juízes interpretadores e criadores do Direito, temos, de acordo com Friedrich Müller<sup>240</sup>: a própria norma, os precedentes judiciais e a própria doutrina, o dever de manter o sistema uno e coerente, e a vontade real do legislador. Além dessas limitações materiais, o juiz também deve identificar e explicar, de maneira justificada e racional, os métodos, conceitos e valorações realizadas na interpretação e materialização da norma.

---

<sup>237</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 102.

<sup>238</sup> MELLO, Alessandra Lopes Santana de. **Subjetivismo e Ativismo Judiciais: É Preciso Compreendê-los.** In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual.** Salvador: Jus Podium, 2013. p. 50.

<sup>239</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>240</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 192-193.

Elival da Silva Ramos<sup>241</sup>, ao falar de limites do Ativismo Judicial, também nos fala sobre os limites de interpretação das normas jurídicas, pois de acordo com sua doutrina de vinculação do intérprete/juiz ao texto base da norma, deve-se seguir a preponderância da lei; o que se dá por meio da utilização de critérios gramatical, histórico e finalístico. Dessa maneira, para que a lei seja respeitada, a interpretação constitucional do juiz deve ser compatível com a amplitude de sentidos que foi projetada pelo texto do legislador ao dar origem à norma.

No entanto, entendemos que seria uma grande contradição tentar estabelecer parâmetros para um fenômeno, que por sua própria definição – e isso é uma unanimidade na doutrina – extrapola os limites do ordenamento jurídico. É necessário, então, tomarmos por base um elemento que atenda aos requisitos de fundamentação do direito; essa foi a tentativa da lógica formal do discurso prático geral de Robert Alexy<sup>242</sup> em criterizar a fundamentação de lógica argumentativa da teoria de Chaïm Perelman<sup>243</sup>.

Para Luís Roberto Barroso<sup>244</sup>, compete ao magistrado expor analiticamente o raciocínio utilizado na argumentação jurídica da decisão; o que se apresenta como um dos meios de controle objetivo das decisões judiciais. Enquanto que para Robert Alexy<sup>245</sup>, os principais limitadores da atuação dos julgadores são o dever de respeitar os direitos fundamentais e a vontade do legislador constituinte.

Lênio Streck<sup>246</sup> ressalta ainda, que a decisão judicial não pode violar a integridade do sistema jurídico; só assim pode-se falar em interpretação adequada ou correta da lei – deve-se adequar a decisão à Constituição e não à consciência do intérprete.

Então, o doutrinador conclui dizendo que,

embora a profissão ou carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a **produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática**, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. Trata-se, repito, de uma potencialidade que, contudo, necessita de certas condições para se tornar realidade. [...] A primeira radica-se no sistema de seleção dos juízes, que deve ser aberto a todos os extratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação. A

<sup>241</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168 e 305.

<sup>242</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. de Gerbélia Batista de Oliveira Mendes. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>243</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 364.

<sup>245</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>246</sup> STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105-110.

segunda é que todos tenham igual oportunidade de acesso aos tribunais. O problema, enfim, é de ‘acesso’: acesso aos tribunais e à educação. Em termos mais gerais, cuida-se afinal de contas, do problema da igual acessibilidade ao ‘sistema jurídico’<sup>247</sup>. (grifo nosso)

Assim, podemos concluir que a atividade criativa do judiciário e seus juízes, não é tão antidemocrática quanto se acredita. Afinal, democracia também significa participação, tolerância e liberdade; e um judiciário razoavelmente independente, ativo e dinâmico, capaz de assegurar o sistema de freios e contrapesos em face dos poderes políticos, pode contribuir efetivamente para essa democracia.

Diante disso, e contrariando a posição de Eros Roberto Grau<sup>248</sup>, entendemos que a atuação de todo magistrado está imbuída de subjetivismos de sua personalidade e que, portanto, toda decisão judicial acaba sendo pautada em convicções pessoais; uma vez que elas são inerentes ao intérprete e fazem parte do processo semiótico, influenciando a tomada de decisão. Não é isso, então, que se classifica como Ativismo Judicial, senão toda decisão seria enquadrada nesse caso; mas é a partir dessa atuação mais “humanizada”, na qual “a obrigação do jurista não é mais apenas de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”<sup>249</sup> que o ativismo é gerado.

Assim, é aceitável e até necessário, diante do desenvolvimento de nossa sociedade, que o magistrado desempenhe uma função interpretativa e criativa, de ativista judicial em prol da tutela jurisdicional adequada caso a caso, quando as regras confeccionadas há tempos por nossos legisladores não forem mais capazes de proporcionar o que a sociedade necessita.

É a atitude ativista, criativa e interpretativa dos julgadores, sem desprezitar nossos princípios constitucionais e sem se deixar levar totalmente por suas individualidades, agindo com o intuito de gerar a solução mais justa e adequada para a causa que se lhe apresenta, a qual não encontra a melhor opção na letra ultrapassada da lei, que consideramos como Ativismo Judicial e consequência direta da atuação dos magistrados para a consecução da justiça; esse sim tem o direito de se estabelecer mesmo no nosso sistema de *civil law*.

Não é mais de meros aplicadores do direito que a sociedade precisa e muito menos de pessoas que acreditem na total despersonalização dos juízes, como se eles não tivessem alma e

---

<sup>247</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 105-106.

<sup>248</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73.

<sup>249</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1. p. 45.

representassem apenas “a boca da lei”; esse tipo de direito, os computadores seriam capazes de fazer. É necessário julgadores de carne e osso, pensadores do direito, que entendam o direito desde as suas origens com as teorias filosóficas; que compreendam as mazelas da sociedade e que sejam capazes de agir criando o direito sem subjugar as leis e os princípios. Só esse tipo de “intérprete autêntico” do direito e sujeito principal do processo judicial será capaz de fazer do direito um instrumento de justiça e transformação social.

Deve-se, então, deixar de lado o mito da neutralidade do juiz, como mero aplicador automático da lei, uma vez que ele é influenciado pelos valores da sociedade e do Estado, devendo ser compreendido como o elo fundamental na cadeia de produção normativa, o criador da norma jurídica<sup>250</sup>. As decisões devem se pautar no raciocínio jurídico, detectando as preocupações dos magistrados no processo de tomada de decisão, conforme visto na teoria perelmaniana exposta no segundo capítulo (item 2.3) dessa dissertação.

Assim, a justiça não deveria ser medida pela vontade de alguém<sup>251</sup>, mas diante dessa atuação, na realidade ela é; pois é pela vontade dos magistrados, expressa e argumentada em suas decisões, que ela se realiza, nos moldes do Processo Civil brasileiro e dos nossos princípios constitucionais, como sustentada no primeiro capítulo desse trabalho. Bem como baseada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pois diversamente do que afirma Eros Roberto Grau<sup>252</sup> e de acordo com o primeiro capítulo desta dissertação, item 1.2, acreditamos que eles são sim verdadeiros princípios, e nos filiamos à teoria de Willis Santiago Guerra Filho<sup>253</sup>, segundo o qual o princípio da proporcionalidade é considerado o “princípio dos princípios”.

Isso posto, o Direito é a experiência e não um cálculo matemático e, portanto, o mecanicismo e o formalismo não podem mandar na aplicação das leis; o “autismo jurídico” deve ser extinto. São os magistrados os responsáveis maiores por essa mudança e é diante da atuação deles que o Processo Civil pode ser utilizado como o instrumento do Direito para a realização da justiça. E, assim, podemos enquadrar o fenômeno do Ativismo Judicial como uma consequência de tal atuação.

---

<sup>250</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 110.

<sup>251</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito**: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 527.

<sup>252</sup> GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 24.

<sup>253</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 79.

Podemos afirmar então, por meio de uma percepção ampliativa, que uma vez que o objetivo maior do direito é fazer justiça, sem o qual ele perderia o sentido; e é dele que a sociedade se socorre para alcançar o bem supremo da atualidade. O próprio direito é o instrumento da justiça, pois legitima-se pelo seu fim; sendo o juiz, diante da inércia do Poder Legislativo e representando o Poder Judiciário, sem deixar de lado os demais operadores do Direito, o responsável pela sua realização da justiça e transformação do Direito.

## CONCLUSÃO

A partir do estudo sobre a noção de justiça e o Direito, apresentado no primeiro capítulo, concebemos que a justiça possui o papel de delimitar e harmonizar os desejos, as pretensões e os interesses em conflito na vida em sociedade; sendo capaz de nortear o direito na solução dos litígios, uma vez que os problemas do direito são vistos como problemas de distribuição.

Analisando a justiça na atualidade, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, percebemos que a realização da justiça, nos parâmetros acima descritos, só é possível quando as garantias e os princípios processuais presentes na Constituição Federal de 1988 são respeitados, gerando o pleno e efetivo acesso à tutela jurisdicional. Resumindo, a justiça contemporânea do Brasil se faz garantindo acesso à justiça; o que se consolida, principalmente, na observância dos princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, além dos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade aplicados pelos magistrados em suas decisões.

Por meio da aplicação desses princípios, presentes na Constituição Federal de 1988, ao Processo Civil, concebe-se o Processo como a ferramenta destinada à realização dos valores do Estado e de toda a sociedade. E, diante do seu escopo de pacificar pessoas mediante a solução de conflitos com justiça, o Processo é o meio que se legitima por seu fim; sendo de fato o instrumento utilizado para se fazer justiça.

Nesse prisma, ele possui relação com a própria justiça, na medida em que representa o meio, o instrumento, para a sua realização. Salientando-se, aqui, que essa instrumentalidade do Processo, diante da realização da justiça, só é possível através da atuação dos operadores do direito ao analisar cada caso concreto de forma a priorizar o indivíduo, mas sem se esquecer dos princípios processuais.

Em decorrência disso, a visão do Processo deve ser ampliada para além de discussões técnico-jurídicas; propiciando a pacificação social, educando para o exercício e o respeito dos direitos, garantindo as liberdades e servindo de canal para a participação democrática. Os maiores responsáveis pela interpretação do Processo diante dessa nova visão da ciência processual, ressaltando a instrumentalidade processual na persecução da justiça, dando mais importância ao indivíduo do que à técnica, são os operadores do direito.

São os juízes, que em suas decisões, através do tratamento processual mencionado acima, são capazes de fazer justiça dando a cada um aquilo que tem direito.

Então, vimos no segundo capítulo do presente trabalho, que a forma judicial de aplicação do Direito, no contexto atual, se tornou mais importante em relação à forma legislativa, e por mais que existam inúmeras interpretações possíveis, é necessário que o juiz chegue a uma decisão definitiva para determinado conflito jurídico.

É no momento da escolha de determinado sentido textual, para a realização da decisão definitiva, que se apresenta o papel da argumentação; a qual irá sustentar a escolha interpretativa feita pelo julgador.

No entanto, o reducionismo provocado pelo pensamento da lógica matemática aplicada ao Direito compromete a entrada e saída de valores no universo das práticas jurídicas, prejudicando a aproximação entre o Direito na teoria e a sua aplicação na realidade.

Por isso, de acordo com Chaïm Perelman a complexidade do processo decisório no sistema jurídico não encontra respaldo no mecanicismo rigoroso da lógica formal, uma vez que tal processo só gera soluções satisfatórias para os conflitos derivados da interação social se estiver revestido de razoabilidade, prudência e ponderação.

Dessa forma, na teoria perelmaniana, a justiça das decisões ocorre na tentativa do juiz de equilibrar a equidade e o princípio da legalidade, sopesando e administrando valores diante de cada caso concreto e tomando a decisão mais plausível possível. Em seu trabalho, então, ele afasta o jurista da lógica formal e aproxima do que seria a lógica jurídica, argumentativa, capaz de construir o discurso do saber jurídico (equidade, justiça, razoabilidade) nas decisões judiciais.

Uma vez que a atividade argumentativa está conectada à razão e o raciocínio jurídico é o raciocínio dialético, por meio do qual as partes reivindicam seus direitos e através dos quais o juiz se utiliza para formar a sua convicção, a teoria perelmaniana, acertadamente, incentiva os juízes a pensarem para além dos ditames da letra da lei; levando-os a raciocinar os fatos, normas e provas de forma valorativa, sendo capazes de gerar argumentos a favor ou contra os interesses de determinada causa, mas que independente disso, sejam argumentos revelados por meio da prática e discurso judiciários.

A partir dessa procedimentalização do Direito, as respostas do processo passam a ser construídas e desenvolvidas e inicia-se uma discussão sobre valores e princípios jurídicos. Para Ronald Dworkin, o juízo jurídico não existe sem que se faça um juízo moral e o juiz deve fazer uma ponderação de princípios para resolver os casos difíceis. Tal ponderação deve ser feita diante da reflexão sobre os princípios e o juiz deve resolver respeitando a integridade do direito e encontrando a resposta correta para cada caso.

Os princípios, na teoria dworkiana são a ferramenta que auxilia o juiz na decisão judicial, construindo um inter-relação histórica com os valores morais; pois é necessária coerência ao relacionar o que foi decretado pelo legislador (normas) com o que as instituições reconhecem como práticas sociais legítimas (princípios) diante da recorribilidade à história e à prática em torno da justiça. Assim, por mais que os valores pessoais e morais da pessoa do juiz o influenciem, ele não deve agir com arbitrariedade e está vinculado ao sistema jurídico.

Robert Alexy parte da dicotomia entre princípios e regras elaborada por Ronald Dworkin e acredita que a decisão tomada em qualquer nível de fundamentação é uma decisão que revela o que pode ou deve ser feito, ou omitido e em decorrência dessa decisão, existe a preferência por certos comportamentos e ações em detrimento de outros. No entanto, seria um erro deduzir que existe total liberdade para as convicções morais subjetivas dos aplicadores do direito.

Diante da preocupação em encontrar critérios racionais de ponderação, afastando a discricionariedade das decisões, Robert Alexy elabora uma teoria normativa da argumentação jurídica capaz de oferecer critérios para avaliar se um determinado juízo de valor pode ser racionalmente justificável.

Assim, remete-se à interpretação para se obter a racionalidade aceitável em uma decisão jurídica, mas essa teoria da argumentação jurídica racional não garante a segurança de uma decisão. É a lei de colisão, a partir da qual um princípio só poderá ser satisfeito a custa de outro e a ponderação de princípios implica dizer que toda vez que houver um caso concreto de mesmas qualidades fáticas e jurídicas, o princípio que prevalecerá será sempre o mesmo, ou seja, será feita uma proporcionalidade; independente do juiz que esteja julgando o caso, que irá garantir essa racionalidade das decisões e a segurança jurídica.

Diante disso, a teoria alexyana renuncia a questão da justiça em prol da segurança jurídica e retrocede a ciência do direito à lógica formal, uma vez que acredita que por meio de uma regra, quase que matemática, pessoas com visões diferentes serão capazes de decidir exatamente da mesma forma.

Isso posto, enquanto Ronald Dworkin trata os princípios como uma questão de ponderação e acredita ser possível encontrar apenas uma resposta correta para cada caso, Robert Alexy encara os princípios como uma questão de proporção, esvanziando-os de valoração e acreditando ser possível encontrar sempre a mesma resposta em casos parecidos, garantindo a segurança jurídica.

Concluimos, então, que essas duas teorias podem ser consideradas como tentativas de impor um critério à teoria de Chaïm Perelman; a qual, como já deixamos claro, nos afiliamos.

Isso porque, acreditamos que os magistrados devem seguir uma determinada postura, mas eles não podem ser “robotizados” e as suas decisões padronizadas e criterizadas das formas como propostas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Assim, a atividade interpretativa é inerente à atuação dos magistrados, seja diante dos *hard cases*, de lacunas da lei, ou de decisões no geral, cada vez que um juiz aplica uma lei, ele está fazendo uma interpretação e usando a argumentação para justificar as suas escolhas de significado. Ele está sempre “criando” o direito que melhor se enquadre no caso concreto.

Além disso, é impossível, nesse processo decisório, dissociar as valorações morais e pessoais de cada magistrado de suas decisões; sendo impossível afirmar e, até mesmo, desejar, que o juiz seja totalmente imparcial, uma vez que ele não é uma máquina e possui sentimentos, vivências e vontades próprias.

Corroborando tal fato, no campo da semiótica, estudado no terceiro capítulo, encontramos a explicação para o processo de decisão realizados pelos juízes; como ele ocorre e o que influencia nas suas decisões; e, diante desse estudo, pudemos concluir que o repertório e o contexto do intérprete/juiz, sempre influenciam na operação de seleção e combinação que ocorre na tomada de decisão.

Isso ocorre, pois, no processo de semiose, o interpretante formado, a partir da representação do objeto pelo signo, difere de pessoa para pessoa, justamente por causa da influência externa do objeto direto nessa relação (contexto/experiência colateral/visão de mundo).

Dessa forma, os valores pessoais, assim como o contexto, incidem na interpretação de uma lei, modificando o interpretante; e, o ao interpretar a norma, proferir a sentença e argumentar em favor de sua decisão, o juiz muda o resultado da semiose e transforma o próprio Direito. Então, toda decisão judicial irá positivar um valor e revelar um juízo de preferência daquele que a proferiu, por meio do argumento utilizado.

Todavia, essa atuação subjetiva dos magistrados e essa tendência individualizadora das sentenças e do anti-formalismo, tem gerado grandes discussões sobre a ocorrência de decisões arbitrárias ou parciais, consideradas injustas e, conseqüentemente, o surgimento do fenômeno conhecido por Ativismo Judicial.

A partir da Constituição Federal de 1988, uma constituição de cunho mais democrático e preocupado com a ordem social e os direitos fundamentais de todos os cidadãos, começa a discussão sobre a materialização dos princípios idealizados. Assim, diante da lacuna deixada pelos legisladores e da omissão estatal, os magistrados, de um modo geral, passaram a atuar de forma mais participativa, criativa e ativa no curso Processo. Ou seja, o

Poder Judiciário passa a ser chamado a atender demandas da sociedade que o Poder Legislativo não fora capaz de satisfazer.

Nesse cenário, surge o chamado Ativismo Judicial, delegando mais poderes aos magistrados, com o objetivo de dinamizar a condução do Processo e gerar a decisão judicial mais eficaz para cada situação que é submetida ao judiciário. Ao juiz, como principal sujeito do Poder Judiciário, é dado, nesse caso, o poder de mitigar algumas regras e princípios jurídicos, em prol da melhor decisão.

Nesse contexto, existe a necessidade de magistrados mais atentos à realização concreta dos valores e princípios da Constituição e preocupados em exterminar a ineficiência dos demais poderes.

Nota-se, no entanto, de acordo com o quarto capítulo desta dissertação, que há uma grande divergência doutrinária sobre o real significado de Ativismo Judicial, bem como opiniões diversas sobre seus benefícios ou malefícios.

É justamente esse esforço, realizado pelo Poder Judiciário, de materializar e realizar os princípios e regras constitucionais o que devemos entender por Ativismo Judicial; para nós essa atividade ocorre como uma forma de atuação contra as omissões dos demais poderes.

Sendo assim, a melhor definição para este fenômeno seria a de Luís Roberto Barroso, segundo a qual o Ativismo Judicial constitui uma atividade de interpretativa da Constituição, aumentando a sua abrangência. Tal ideia está relacionada justamente à participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais; ou seja, para a realização da justiça dentro do nosso Estado Democrático de Direito e do sistema processual vigente no Brasil.

Resumindo, entendemos o Ativismo Judicial, como a atividade do magistrado, que por meio de uma interpretação mais extensiva da lei e da aplicação dos princípios constitucionais, consegue suprir uma lacuna da lei, perante a inércia do Poder Legislativo em criar/atualizar as leis de acordo com as necessidades da sociedade, adequando o direito ao caso concreto da forma mais efetiva e justa possível.

Mais importante do que classificar esse fenômeno como nocivo, ou não, é nos atermos ao fato de que ele se faz necessário em nosso país, pois o Estado não é capaz de suprir todos os anseios da população e nem realizar os objetivos e valores propostos em nosso ordenamento jurídico.

O Direito é, antes de qualquer coisa, um fenômeno social e, portanto, é dinâmico, tendo o dever de se adequar as necessidades que surgem na sociedade; se o Poder Legislativo não é capaz de acompanhar esse desenvolvimento, cabe ao Poder Judiciário o papel de suprir

essa defasagem. Apesar de termos um sistema jurídico baseado no *civil law*, sem a existência do Ativismo Judicial, no Direito brasileiro, uma criança jamais poderia ter sido adotada por um casal de mesmo sexo, por exemplo.

Assim, consideramos o Ativismo Judicial como um fenômeno benéfico e até mesmo necessário ao Direito da pós-modernidade; não se confundindo, no entanto, com judicialização da política.

A atuação do magistrado, mais do que assegurar o cumprimento da técnica, se destina a conduzir o Processo de modo que este seja solucionado da melhor maneira possível.

Assim, o desenvolvimento de um juízo crítico, por parte dos intérpretes e julgadores, é fundamental para que se obtenha decisões dentro dos parâmetros sociais e culturais aceitáveis; o juiz deve ser capaz de não se fechar em suas próprias opiniões para compreender a condição da norma e enquadrá-lo adequadamente ao caso concreto.

Apesar disso, entendemos que a atuação de todo magistrado está imbuída de subjetivismos de sua personalidade e que, portanto, toda decisão judicial acaba sendo pautada em convicções pessoais; uma vez que elas são inerentes ao intérprete e fazem parte do processo semiótico, influenciando a tomada de decisão.

Não é esse fato, no entanto, que qualifica o Ativismo Judicial, senão toda decisão seria enquadrada nesse caso; mas é a partir dessa atuação mais “humanizada”, na qual a obrigação do jurista não é mais apenas de servir como a “boca da lei”, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais que o ativismo é gerado.

Assim, apesar de existir grande oposição ao processo criativo dos juízes, é necessário, em nossa sociedade, que o magistrado desempenhe uma função interpretativa e criativa, de ativista judicial em prol da tutela jurisdicional adequada caso a caso, quando as regras confeccionadas há tempos por nossos legisladores não forem mais capazes de proporcionar o que a sociedade necessita. Lembrando que os magistrados devem sempre fundamentar argumentativamente suas decisões.

É a atitude ativista, criativa e interpretativa dos julgadores, sem desrespeitar nossos princípios constitucionais e sem se deixar levar totalmente por suas individualidades, agindo com o intuito de gerar a solução mais justa e adequada para a causa que se lhe apresente, a qual não encontra a melhor opção na letra ultrapassada da lei, que consideramos como Ativismo Judicial e consequência direta da atuação dos magistrados para a consecução da justiça.

Não precisamos mais de meros aplicadores do direito, mas sim de pensadores do direito, capazes de compreender as mazelas da sociedade e agir em prol do direito sem subjugar as leis e os princípios. Só esse tipo de “intérprete autêntico” do direito e sujeito principal do processo judicial será capaz de fazer do direito um instrumento de justiça e transformação social.

Deve-se, então, deixar de lado o mito da neutralidade do juiz, uma vez que ele é influenciado pelos valores da sociedade e do Estado, devendo ser compreendido como o criador da norma jurídica, o elo fundamental na cadeia de produção normativa. As decisões devem se pautar no raciocínio jurídico, detectando as preocupações dos magistrados no processo de tomada de decisão, conforme visto na teoria perelmaniana exposta no segundo capítulo (item 2.3) desta dissertação.

Assim, a justiça não deveria ser medida pela vontade de alguém, mas diante dessa atuação, na realidade ela é; pois é pela vontade dos magistrados, expressa e argumentada em suas decisões, que ela se realiza, nos moldes do Processo Civil brasileiro e dos nossos princípios constitucionais, incluindo a razoabilidade e a proporcionalidade.

Isso posto, o Direito é a experiência e não um cálculo matemático e, portanto, o mecanicismo e o formalismo não podem mandar na aplicação das leis e a atuação dos magistrados deve se libertar do “autismo jurídico”. São eles os maiores responsáveis por essa mudança e é diante da atuação deles que o Processo Civil pode ser utilizado como o instrumento do Direito para a realização da justiça; enquanto que o Ativismo Judicial aparece como uma consequência dessa atuação.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito.** Trad. Gerbélia Batista de Oliveira Mendes. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, 2010.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito.** Trad. Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11 ed. Brasília: UnB.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. Bauru: Edipro, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. Revista de Processo, v. 102, 2001.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Campinas: Minelli, 2002.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade: Apontamentos a Partir da Teoria Alemã da Proporcionalidade**. In: Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 15, n. 14, p. 101-112, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie et al (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Jus Podium, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luíz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007.

\_\_\_\_\_; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e Comunicação**. 22 ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito: Dos Modernos aos Contemporâneos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito e Filosofia Política: A Justiça é Possível**. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: RT, 2004.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1958. 8 v.

\_\_\_\_\_. **Semiótica**. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Le Champ de L'Argumentation**. Bruxelas: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.

\_\_\_\_\_. **Droit, Morale et Philosophie**. 2 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

\_\_\_\_\_; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Nouvelle Rhétorique: logique et rhétorique**. In: LEMPEREUR, Alain (Dir.). **L'homme et la Rhétorique**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1990. p. 117-151.

\_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação: A Nova Retórica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIGNATARI, Décio. **Contracomunicação**. 3 ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. **Semiótica e Literatura**. Cotia: Ateliê Editorial, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2003.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é Semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

SICHES, Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación Jurídica**. 2 ed. México: Porrúa, 1973.

SICHES, Recaséns. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 5 ed. México: Porrúa, 1975.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. **Curso de Semiótica Geral**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho**. 2 ed. Barcelona: Gedisa, 1997.